

Número único de radicación: 250002324000200900249-01

Demandante: Industria Nacional de Gaseosas S.A.

OPERACIÓN DE JUEGOS PROMOCIONALES – Requisitos / OPERACIÓN DE JUEGOS PROMOCIONALES – Autorización / DERECHO AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO – No vulneración

[L]a Sala no encuentra vulnerados los artículos 3.º, 6º y 7.º del Código Contencioso Administrativo en la medida en que: i) la parte demandada dio trámite a la solicitud de 10 de diciembre de 2008 y, en especial, aplicó el mandato contenido en el artículo 11 de esa misma normativa, que permitía, en el acto de recibo, indicar las falencias de la solicitud sin radicar la petición; ii) posteriormente, la parte demandante radicó la solicitud de autorización de la actividad promocional, el 13 de enero de 2009, -con el lleno de los requisitos señalados por la autoridad pública demandada-, y, en atención a ello, la parte demandada expidió el acto administrativo acusado; iii) la parte demandada aplicó el procedimiento establecido en la normativa aplicable y, en consecuencia, garantizó a la parte demandante su derecho del debido proceso administrativo.

OPERACIÓN DE JUEGOS PROMOCIONALES – Autorización / OPERACIÓN DE JUEGOS PROMOCIONALES – Requisitos / JUEGOS PROMOCIONALES – Exclusión del arbitrio rentístico / JUEGOS DE SUERTE Y AZAR PROMOCIONALES - Concepto previo de exclusión

**La Sala considera que no se configura una vulneración de la normativa indicada supra [artículos 84 de la Constitución Política y las Leyes 232 y 962] porque, al ser la promoción denominada "Coca-Cola trae a tu mesa color" un juego promocional del orden nacional, la normativa indicada en acápites supra de esta providencia le otorgaba la facultad a la autoridad demandada para autorizar o no el desarrollo de dicha actividad por el promotor. Además, para la fecha en que se expidió el acto administrativo acusado, la ley le otorgaba a la parte demandada la competencia para aprobar su realización, máxime si se tiene en cuenta que esta actividad tiene la condición de monopolio de arbitrio rentístico, en donde el particular requiere de permisos para ejercitarla, so pena de convertirse en una actividad ilícita. Sobre el particular, el artículo 31 de la Ley 643, sobre juegos promocionales y respecto de las características de los mismos, establece que el premio otorgado al público no debe implicar un pago para acceder al mismo porque, en caso de que deba sufragarse algún estipendio, se causan en favor del Estado los derechos de explotación y gastos de administración. De manera que fue el legislador quien estableció dicha condición para que los juegos promocionales de suerte y azar fueran excluidos del pago de estos rubros, sin que la autoridad administrativa creara nuevos requisitos para desarrollar el juego promocional. [...] Respecto del cumplimiento de la Ley 962, en especial**

**del procedimiento establecido en el artículo 1, sobre tramites que requieren autorización del Departamento Administrativo de la Función Pública a fin de cumplir los objetivos de simplificación, unificación y racionalización; es importante resaltar que el artículo 31 de la Ley 643 fue reglamentado por el Decreto núm. 493 de 2001 que fija, entre otros aspectos, el trámite y los requisitos para desarrollar los juegos promocionales de suerte y azar [...] En el caso sub examine, la parte demandada aplicó el artículo 11 del Decreto supra que establece la obligación del concepto previo al señalar que "[...] [t]oda persona natural o jurídica que pretenda realizar juegos de suerte y azar promocionales que considere se encuentra dentro de las excepciones previstas en el inciso tercero del artículo 5° de la Ley 643 de 2001, deberá solicitar y obtener de la Empresa Territorial para la Salud -ETESA- o de la respectiva Sociedad de Capital Público Departamental (SCPD), según el ámbito de operación de que se trate, concepto mediante el cual se establezca dicha circunstancia, para lo cual deberá acreditar los requisitos establecidos en la citada disposición [...]". En suma, el concepto en el caso sub examine se expidió en virtud de la normativa aplicable; es decir, el artículo 11 del Decreto ibídem, que reglamentó en forma parcial la Ley 643 y faculta a la autoridad demandada para ello, sin que se establezca para su expedición una autorización del Departamento Administrativo de la Función Pública.**

FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO – Marco normativo y desarrollos jurisprudenciales / OPERACIÓN DE JUEGO PROMOCIONAL – Autorización del denominado COCA COLA TRAE COLOR A TU MESA / FALSA MOTIVACIÓN – No configuración

[L]a Sala considera que no hubo indebida interpretación de los artículos 5 y 31 de la Ley 643 que constituya una falsa motivación porque el sentido que la parte demandada le asignó a la norma para no conceder la exclusión en el juego "Coca-Cola trae color a tu mesa" de los derechos de explotación y gastos de administración es el correcto en la medida en que siempre que en vigencia de las anteriores normas el juego promocional de suerte y azar lleve implícito un pago por participar en el mismo para lograr el incentivo deberá el promotor sufragar dichos derechos y gastos.

PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA - Marco normativo y desarrollos jurisprudenciales / OPERACIÓN DE JUEGO PROMOCIONAL – Autorización del denominado COCA COLA TRAE COLOR A TU MESA / PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA – No vulneración

La Sala considera que, en el caso sub examine, no están configurados los elementos para que opere la confianza legítima por carencia de una base objetiva y legítima de la misma en la medida en que la exclusión de pago de los derechos de explotación y gastos de administración no es procedente cuando el operador cobra una suma de dinero al consumidor por participar en el juego promocional. Asimismo, los dos condicionamientos anotados implican que la situación era particular para la promoción denominada "Vasos olímpicos" y que una nueva promoción debía estudiarse bajo la mecánica y el plan presentado por el promotor del juego, sin que la exclusión procediere si se solicitaba un pago por parte del consumidor para acceder al premio o incentivo ofrecido. En este orden de ideas, la parte demandante no podía aducir una legítima expectativa y, en consecuencia, la legitimidad de la confianza queda desvirtuada porque la autoridad pública, en este caso, la parte demandada, no está obligada a permanecer en error; por el contrario, está llamada a superarlo en virtud del deber mínimo de diligencia en el ejercicio de sus funciones públicas y administrativas, que demandan la cumplida y correcta ejecución de la ley, en especial, del artículo 31 de la Ley 643 que impide la exclusión cuanto se realicen cobros de dinero a los consumidores para acceder al premio.

JUEGOS DE SUERTE Y AZAR – Monopolio / JUEGOS DE SUERTE Y AZAR – Modalidades / JUEGOS DE SUERTE Y AZAR – Exclusión de algunos sorteos promocionales y rifas / JUEGOS PROMOCIONALES – Están excluidos del arbitrio rentístico / POTESTAD REGLAMENTARIA EN MATERIA DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR – Alcance

FUENTE FORMAL: LEY 643 DE 2001 / DECRETO 493 DE 2001

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Bogotá, D.C., doce (12) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 25000-23-24-000-2009-00249-01

Actor: INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A

Demandado: EMPRESA TERRITORIAL PARA LA SALUD – ETESA EN LIQUIDACIÓN

Referencia: Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

Asunto: Juegos Promocionales de suerte y azar; pago de derechos de explotación y gastos de administración cuando en un juego de suerte y azar organizado y operado con fines de publicidad o promoción se requiere un pago para acceder al premio

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia de 2 de agosto de 2012 proferida por la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

La presente sentencia tiene las siguientes partes: i) Antecedentes; ii) Consideraciones de la Sala y iii) Resuelve; las cuales se desarrollan a continuación.

I. ANTECEDENTES

La demanda

**Industria Nacional de Gaseosas S.A. -en adelante la demandante o la parte demandante-, por intermedio de apoderado, presentó demanda contra la Empresa Territorial para la Salud[1] -en adelante la demandada o la parte demanda- en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, con el fin de que se declare la nulidad de la Resolución núm. 0035 de 14 de enero de 2009, "Por la cual se autoriza la operación de un juego promocional a INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.", expedida por el Vicepresidente Comercial de la Empresa Territorial para la Salud, y se conceda un restablecimiento del derecho.**

Pretensiones

La parte demandante solicitó que se reconozcan las siguientes pretensiones:

**"[...] PRETENSIONES**

**(Art. 137 No. 2 CCA)**

- 1. Que se declare nula la Resolución No. 0035 de 14 de Enero de 2009 por la cual ETESA autorizó la operación de un juego promocional a la INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. y por medio de la cual le cobró los derechos de explotación y gastos de administración a una actividad promocional de juegos de suerte y azar excluida de la ley.**
- 2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se declare que la actividad promocional denominada "Coca-Cola trae color a tu mesa" constituye una excepción al régimen establecido en la Ley 643 y por tanto la INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. estaba exenta del pago de los valores correspondientes a los derechos de explotación y gastos de administración que tuvo que pagar, así como tampoco estaba obligada a constituir la garantía que se vio obligada a constituir, todo en abierta oposición a la normatividad vigente.**
- 3. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a la EMPRESA TERRITORIAL PARA LA SALUD - ETESA a reconocer y pagar a la sociedad demandante, lo correspondiente al daño emergente causado que asciende a la suma de doscientos cuarenta y cinco millones doscientos cuarenta y ocho mil doscientos veinticinco pesos M.L. (\$245.248.225,00) por concepto de los derechos de explotación y gastos de administración más el costo pagado por la constitución de la póliza de cumplimiento.**
- 4. Que como corolario de las anteriores declaraciones se condene a la EMPRESA TERRITORIAL PARA LA SALUD -ETESA- a reconocer y pagar a la sociedad demandante, todas las sumas correspondientes intereses que se hubieren causado desde el momento en que la INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A., efectuó las erogaciones a que se refieren a los numerales anteriores.**
- 5. Que como consecuencia de la anulación del acto y para dejar solventada la actuación lícita de la promoción realizada por la demandante, se ordene a ETESA proferir el correspondiente acto administrativo donde conste que la actividad promocional denominada "Coca- Cola trae color a tu mesa" constituía una excepción al régimen establecido en la Ley 643 y por tanto la INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. estaba exenta del pago de los valores correspondientes a los derechos de explotación y gastos de administración que tuvo que pagar.**
- 6. Que mediante providencia judicial se le advierta a la entidad la imposibilidad legal de producir autorizaciones condicionadas al cobro y pago de los derechos de explotación y gastos de administración cuando se trata de desarrollar actividades promocionales excluidas del régimen legal.**
- 7. Que la condena respectiva sea actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del C.C.A., aplicando los ajustes de valor (indexación) desde la fecha en que se hizo efectivo el derecho hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que le ponga fin al proceso [...]"**

Presupuestos fácticos

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

**"[...] Con base en el artículo 336 de la Constitución Política Nacional se expidieron la Ley 643 de 2001 y su decreto reglamentario 493 del mismo año [...]"**.

**La Ley 643 de 16 de enero de 2001, "Por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar" y el Decreto núm. 493 de 22 de marzo de 2001, "por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 31 de la Ley 643 de 2001", regulan los juegos promocionales y, entre otros aspectos, los valores que dichos juegos generan en favor de la parte demandada.**

**El inciso 3.º del artículo 5 de la Ley 643 establece los juegos de suerte y azar que se encuentran excluidos del ámbito de esa ley. Agrega que el artículo 11 del Decreto núm. 493 de 2001 establece que "[...] [t]oda persona natural o jurídica que pretenda realizar juegos de suerte y azar promocionales que considere se encuentra dentro de las excepciones previstas en el inciso tercero del artículo 5º de la Ley 643 de 2001, deberá solicitar y obtener de la Empresa Territorial para la Salud -ETESA- [...] concepto mediante el cual se establezca dicha circunstancia, para lo cual deberá acreditar los requisitos establecidos en la citada disposición [...]"**.

El Decreto núm. 493 de 2001 fue objeto de una demanda, en ejercicio de la acción de nulidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Señala que, para la fecha en que se presentó la demanda, el proceso se encontraba para fallo.

**La parte demandante, en cumplimiento de su deber legal, ha presentado durante la vigencia del Decreto núm. 493 de 2001, diversas solicitudes para el desarrollo de actividades promocionales como juegos de suerte y azar legalmente excluidos y agrega que, con fundamento en esa normativa, y atendiendo a la naturaleza de los juegos promocionales, la demandada ha proferido "[...] innumerables autorizaciones para la realización de juegos de suerte y azar legalmente excluidos [...]"**.

**"[...] El pasado 10 de diciembre de 2008, la sociedad INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A., en aras de adelantar la promoción "Coca-Cola trae color a tu mesa", y dando cumplimiento a la Ley 643 de 2001 y al Decreto reglamentario 493 de 2001 –en especial el artículo 11 de este Decreto- y como era costumbre y tradición entre las partes, presentó ante la EMPRESA TERRITORIAL PARA LA SALUD – ETESA- una solicitud de concepto mediante el cual se estableciera que la actividad promocional que pretendía adelantar se encontraba excluida del ámbito de dicha ley y por tanto exenta del pago por los conceptos de derechos de explotación y gastos de administración a que se refiere [...]" esa normativa.**

La parte demandada se negó a radicar la solicitud de exclusión y, en lugar de expedir el correspondiente acto administrativo en el que de manera motivada explicara las razones de la no aceptación, manifestó de manera verbal la improcedencia del concepto de exclusión y la necesidad de realizarse el trámite de autorización.

**"[...] La sociedad demandante replicó vía correo electrónico y de manera verbal a tal hecho, sin obtener Acto Administrativo alguno de parte de ETESA que diera respuesta a sus inquietudes y a su petición [...]"**. Agrega que en situaciones anteriores, similares y absolutamente comparables, la parte demandada concedió a la sociedad demandante el

concepto de exclusión favorable, en cumplimiento de la Ley 643. Citó, por ejemplo, el caso denominado "Vasos Olímpicos".

Señala que, el caso "Vasos Olímpicos" constituye un precedente administrativo que permitía concluir, en virtud de los principios de confianza legítima y buena fe, que en el caso de la actividad promocional "Coca-Cola trae color a tu mesa" era igualmente procedente el concepto de exclusión del régimen legal, sobre todo teniendo en cuenta que la legislación sobre el particular no ha sufrido ninguna modificación de la que pudiera desprenderse un cambio en lo que denomina "tradicional postura asumida por la Entidad".

La parte demandante, con el objeto de no perjudicar su campaña promocional, y, según señala, "[...] ante las omisiones y negativas de ETESA frente a sus peticiones [...]", resolvió radicar ante la parte demandada una solicitud de autorización para desarrollar la actividad promocional denominada "Coca-Cola trae color a tu mesa"; y señala que ello "[...] sin renunciar ni expresa ni tácitamente a sus legales y legítimos derechos de contradicción y reclamación por las evidentes irregularidades presentadas [...]".

La parte demandada expidió concepto de viabilidad y comunicó a la parte demandante que debe constituir la garantía de cumplimiento de que trata la ley y pagar los derechos de explotación correspondientes al 14% del valor total del plan de premios y el 1% de los derechos de explotación como gastos de administración. Señala que, surtido dicho trámite, "[...] ETESA profiere el Acto Administrativo mencionado mediante el cual otorga la autorización y lo notifica al interesado [...] en abierta contradicción a lo dispuesto en el artículo 31 inciso 3 de la Ley 643/01 que ordena: "Los derechos mencionados deberán ser cancelados por la persona natural o jurídica gestora del juego al momento de la autorización del mismo." [...]".

La parte demandante incurrió en gastos por valor de doscientos treinta y dos millones doscientos setenta y tres mil ochocientos cuarenta pesos M/cte. (\$232'273.840,00), discriminados así: i) por derechos de explotación, doscientos veintinueve millones novecientos ochenta y cuatro millones de pesos M/cte. (\$229'984.000,00); ii) por gastos administrativos, dos millones doscientos ochenta y nueve mil ochocientos cuarenta pesos M/cte. (\$2'289.840,00); y iii) constituyó la póliza de cumplimiento por valor de mil seiscientos treinta y cinco millones seiscientos mil pesos M/cte. (\$1.635'600.000,00), con un costo de doce millones novecientos setenta y cuatro mil trescientos ochenta y cinco pesos M/cte., con setenta y nueve centavos (\$12'974.385,79).

La parte demandada, una vez verificado el trámite anterior, profirió el acto administrativo acusado, mediante el cual se autoriza la operación de un juego promocional a la parte demandante. Señala que la resolución es "[...] abierta y ostensiblemente contraria al ordenamiento jurídico [...]".

La parte demandante presentó petición ante la parte demandada, el 6 de marzo de 2009, según señala "[...] reclamando sobre los hechos presentados, solicitando, entre otras cosas, que ETESA emitiera un concepto de exclusión (acto administrativo de carácter particular y concreto) para eventuales y futuras promociones que pretendiera realizar la sociedad demandante, siempre y cuando se cumplieran los requisitos legales de exclusión [...]".

La parte demandada dio respuesta a la petición supra el 26 de marzo de 2009, exponiendo las razones por las cuales no procedía el concepto de exención, entre ellas: i) la viabilidad

**de declarar exento a una empresa que al efectuar el sorteo promocional le cobra al consumidor un valor adicional para poder acceder a un incentivo o premio; ii) como se trata de un simple concepto, el mismo no es obligatorio para la entidad.**

**Por último, señala, por un lado, que la parte demandante presentó solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación, la cual se realizó el 10 de junio de 2009, siendo declarada fallida por inasistencia de la parte demandada. Agrega que la no comparecencia de la parte no solamente constituye falta de ánimo conciliatorio sino que, conforme con el artículo 22 de la Ley 640 de 5 de enero de 2001[2], "[...] indicio grave en contra de sus pretensiones o de sus excepciones de mérito en un eventual proceso judicial que verso sobre los mismos hechos [...]". Y, por el otro, que la presente acción no se encuentra caducada.**

Normas violadas y concepto de violación

La parte demandante invocó en la demanda, como normas violadas, las siguientes:

- a. Artículos 83 y 84 de la Constitución Política.
- b. Artículos 5.º y 31, inciso 3, de la Ley 643.
- c. Ley 962 de 8 de julio de 2005[3].
- d. Ley 232 de 26 de diciembre de 1995[4].
- e. Artículos 3.º, 6.º, y 7.º del Código Contencioso Administrativo[5].

Con fundamento en las normas anteriores, presentó los siguientes cargos de nulidad: i) "[...] Nulidad por violación de normas de rango superior en que debió fundamentarse la resolución [...]" acusada; y ii) "[...] NULIDAD POR FALSA MOTIVACIÓN [...]".

Primer cargo: Nulidad por violación de normas de rango superior en que debió fundamentarse el acto administrativo acusado

El cargo de nulidad se fundamenta, en síntesis, con base en los siguientes argumentos:

Violación al artículo 83 de la Constitución Política

Señala que, conforme con el artículo 83 de la Constitución Política, las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas.

El acto administrativo acusado vulnera los principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica porque la demandada expidió su decisión haciendo caso omiso de los conceptos rendidos con anterioridad para casos similares, en los cuales había excluido promociones similares a la que dio origen al acto administrativo acusado.

**Señala que la parte demandante, en agosto de 2008, presentó ante la demandada una promoción denominada "Vasos Olímpicos", cuya mecánica era igual a la de la promoción objeto de la presente demanda. Agrega que, en esa oportunidad, la parte demandada entendió que esta promoción cumplía los requisitos para ser excluida de la aplicación de la Ley 643, de manera que, en criterio de la parte demandante, está debidamente probada la violación los principios de confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica, debido a que el marco normativo no ha cambiado pero sí la posición de la administración, sin justificación legal.**

## Violación del artículo 84 de la Constitución Política

Señala que, conforme con el artículo 84, cuando un derecho o actividad haya sido reglamentado de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio.

La Ley 643 estableció los requisitos para que cierto tipo de juegos o sorteos promocionales fueran excluidos de tal regulación y, por tanto, la parte demandada, al exigir requisitos adicionales a los previamente establecidos en la ley, vulneró el artículo 84 de la Constitución Política.

## Violación de la Ley 962

La Ley 962 se orienta a facilitar las relaciones de los particulares con la administración pública, para lo cual desarrolló unos principios que deben regir tal actividad, a fin de evitar exigencias injustificadas a los administrados.

**La Ley 643 no exige los conceptos de viabilidad de la autorización ni de viabilidad de exclusión del régimen legal; por lo tanto, al exigir la expedición de un concepto previo, mediante el Decreto núm. 493 de 2001, que, en el caso sub examine se materializó en el acto administrativo acusado, se infringe la Ley 962 que persigue no exigir requisitos que no hayan sido dispuestos taxativamente en la ley.**

**La parte demandada no ha acreditado, como lo exige la Ley 962, haber cumplido con el procedimiento para establecer trámites adicionales –se refiere al concepto previo- en la medida en que no han sido autorizados por el Departamento Administrativo de la Función Pública, en los términos del artículo 1.º de la ley ejusdem; asimismo, señala que la parte demandada carece de competencia para autorizar o emitir concepto para el desarrollo de actividades promocionales.**

## Violación a la Ley 232

Señala que el artículo 1.º de la Ley 232 establece que las autoridades no podrán exigir, para el funcionamiento de los establecimientos, autorización o concepto previo de autoridad administrativa, como en este caso la autorización o concepto para llevar a cabo actividades promocionales en desarrollo de su objeto societario, situación extensible a la parte demandada, que no podía exigir requisitos, conceptos o autorizaciones adicionales a los fijados por Ley 643. En ese orden de ideas, señala que si la ley excluía los juegos de suerte y azar promocionales de las cargas y obligaciones que esa misma ley dispone, mal hace la administración en establecerlas vía actos administrativos.

## Violación del inciso tercero del artículo 31 de la Ley 643, por desconocimiento del procedimiento

El hecho generador, tanto de los derechos de explotación como de los gastos de administración, es la autorización y no el concepto de viabilidad de autorización establecido en el artículo 5.º del Decreto núm. 493 de 2001, situación contraria al artículo 31 de la Ley 643.

El hecho gravable corresponde a la expedición del acto administrativo que otorga un derecho que ingresa al activo del peticionario y no una expectativa originada en un concepto de viabilidad que, en criterio de la parte demandante es ilegal.



Violación de los artículos 3.º, 6.º y 7.º del Código Contencioso Administrativo

Las autoridades públicas en sus actuaciones están sujetos a los principios del artículo 209 de la Constitución Política y 3.º del Código Contencioso Administrativo; normativa infringida por la parte demandada al negarse a radicar la primera solicitud de concepto favorable sobre exclusión de la promoción; agrega que no fue resuelta la solicitud presentada y que la demandada se abstuvo de emitir concepto de exclusión.

**Señala, además, que la parte demandada vulneró los artículos 6.º y 7.º del Código Contencioso Administrativo en la medida en que omitió la respuesta "[...] por falta de radicación o por falta de respuesta propiamente tal, frente a la solicitud de concepto de exclusión, configurándose la mala conducta a que se refiere el artículo 7 del CCA [...]"**.

**La parte demandante precisó que no pretende "demandar" los hechos y omisiones administrativas porque lo que se persigue es la nulidad del acto administrativo acusado y el resarcimiento de los daños causados; actuación rodeada de circunstancias de hecho y de derecho que violan los artículos 3.º, 6.º y 7.º de la norma supra.**

Violación del inciso tercero del artículo 5.º de la Ley 643

**La promoción "Coca-Cola trae color a tu mesa" consistía en que las tapas de los productos participantes estaban contramarcadas con una leyenda que otorgaba al consumidor puntos y una vez sumara tres puntos más quinientos pesos M/cte. (\$500,00), podía reclamar un vaso coleccionable, según las especificaciones señaladas en el reglamento.**

**La actividad consistía en un sorteo de naturaleza promocional por involucrar el alea o suerte del participante para reunir los puntos y adicionando solo quinientos pesos M/cte. (\$500,00) destinados a pagar los costos directos de la promoción, sin que existiere un fin lucrativo con la actividad promocional que está excluida de la aplicación de la Ley 643, como dispone el inciso tercero del artículo 5.º de la norma ejusdem, en consonancia con la sentencia C-169 de 2004.**

**Por tratarse de una actividad promocional, "Coca-Cola trae color a tu mesa" estaba excluida de la aplicación de la Ley 643 porque no tenía como propósito el ánimo de lucro. En ese orden de ideas, considera evidente la violación del inciso tercero del artículo 5.º de la Ley 643; máxime, si se tiene en cuenta que la parte demandante persigue el impulso de las ventas y que la actividad promocional no corresponde a la actividad principal de Industria Nacional de Gaseosas S.A.**

Cargo Segundo: falsa motivación

**La administración expidió el acto administrativo acusado con falsa motivación por error de derecho en la medida en que la parte demandada apreció y calificó erradamente la mecánica y reglamento de la promoción presentada por la parte demandante al considerar que la actividad era un juego promocional enmarcado bajo el régimen de la Ley 643. Señala que la promoción "Coca -Cola trae color a tu mesa" contenía todos y cada uno de los elementos que contiene el inciso tercero del artículo 5.º de la ley mencionada, para excluir la promoción del ámbito de aplicación de la Ley 643.**

He ahí el error de derecho cometido por la parte demandada, al analizar las circunstancias de hecho y considerar que la parte demandante le había presentado una actividad promocional que

debía general el cobro de derechos de explotación y de gastos de administración, cuando claramente y como en otras ocasiones análogas y anteriores, dicha actividad promocional estaba excluida y por ende exenta de los pagos mencionados,

Contestación de la demanda[6]

Destacó en torno a la obligatoriedad de los conceptos emitidos en desarrollo de las funciones consultivas, los artículos 230 de la Constitución Política; 5.º de la Ley 153 de 15 de agosto de 1887[7], 25 del Código Contencioso Administrativo; 26 del Código de Comercio y señala que esa normativa contiene criterios auxiliares de interpretación. Afirma que los conceptos de exención emitidos por esa autoridad con anterioridad no tienen un carácter obligatorio ni vinculante.

Los conceptos no comprometen la responsabilidad permanente de quienes los expiden y pueden ser modificados. Advierte que quien no los cumpla no queda excluido de la responsabilidad que de dicha omisión se pueda derivar. En consecuencia, no se configura una infracción a los principios de seguridad jurídica ni confianza legítima porque los conceptos emitidos durante las dos últimas administraciones de la parte demandada interpretaron correctamente el ordenamiento jurídico, conforme a la doctrina, la jurisprudencia y los publicitados factores endógenos y exógenos, determinados por circunstancias de mercado y principalmente por la evolución tecnológica de los juegos de suerte y azar.

La parte demandada se abstuvo de emitir concepto de exclusión porque no era viable excluir a la promoción de la demandada de la regulación establecida por la Ley 643, conforme con el inciso tercero del artículo 5 de esa misma normativa. Lo anterior teniendo en cuenta que las empresas dedicadas a actividades industriales y comerciales que efectúan sorteos promocionales en el ámbito nacional y que cobran al consumidor una suma determinada para obtener el incentivo o premio, generan para estas el 14% del valor del plan de premios. En consecuencia, señala que la parte demandante debía pagar los derechos de explotación y gastos de administración.

**En relación con la presunta vulneración de los artículos 83 y 84 de la Constitución Política, señala que la parte demandada es la encargada de la explotación monopólica, en beneficio del sector salud, de todas las modalidades de juegos de suerte y azar, diferentes de las loterías y apuestas permanentes. Agrega que mediante el acto administrativo acusado autorizó a la parte demandante la operación del juego promocional denominado "Coca-Cola trae color a tu mesa".**

El acto administrativo acusado cumplió los mandatos contenidos en el Decreto núm. 493 de 2001 y en la Ley 643. Agrega que la exención no aplica a las empresas dedicadas a actividades industriales y comerciales en las que, al efectuar sorteos promocionales del ámbito nacional, el consumidor tenga que cancelar una suma determinada para poder acceder al incentivo o al premio.

**La parte demandada, en relación con el argumento de la demandante, relativo a la violación de los principios de buena fe y de seguridad jurídica, citó las promociones "TRANSFORMA TU CELULAR CON COCACOLA Y COMCEL" y "Vasos Olímpicos" y señaló que la parte demandante desconoce los motivos que rodearon esas situaciones específicas; sin embargo, señala que si se trató de un error de esa administración al conceder la exención, no le es dable a la parte demandante invocar la seguridad jurídica o la confianza legítima en la medida en que estos principios no se pueden fundamentar en**

## **errores anteriores de la administración porque una decisión así afecta el sector salud.**

En relación con la Ley 962, señala que no existe violación alguna a esta norma, ni se ha impuesto trámite diferente al establecido en la ley y que si la parte demandante no está de acuerdo en someterse a obtener de la parte demandada la autorización para poner en funcionamiento alguna promoción especial, la demanda debe dirigirla en contra de la ley y el decreto que ordena solicitar y obtener concepto de exclusión.

Propuso la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda y señala que la parte demandante fundamenta su solicitud en un supuesto normativo equivocado, consistente en que el Decreto núm. 493 de 2001 esta demandado y no admite aplicación por parte de la empresa. Pretende la nulidad del acto administrativo acusado invocando la violación de normas como la ley anti tramites. Señala que la parte demandante está inconforme con el mandato establecido en el Decreto núm. 493 de 2001 y que, en consecuencia, la demanda debe dirigirse contra esta norma específica.

Afirma que la parte demandada aplicó los parámetros establecidos por la normativa administrativa y comercial, sobre el reconocimiento de los derechos, y agrega que la buena fe se presume en todas las actuaciones públicas y privadas. Al respecto, señala que la parte demandada, al expedir el acto administrativo acusado, busca garantizar la buena administración y recaudo de unos recursos dirigidos al sector salud.

Por último, solicitó que se declare, de oficio, cualquier otra excepción que resulte probada dentro del proceso.

Sentencia proferida por el Tribunal, en primera instancia[8]

La Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la sentencia de 2 de agosto de 2012, resolvió lo siguiente:

**"[...] FALLA:**

**Primero. Decláranse no probadas las excepciones de inepta demanda, buena fe y la excepción oficiosa, propuestas por la Empresa Territorial para la Salud Etesa, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.**

**Segundo. Deniéganse las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.**

**Tercero. Absténesse de condenar en costas [...]"**.

El Tribunal manifestó que el objeto de la controversia consistía en determinar si el acto administrativo acusado se expidió "[...] con la violación a los principios de confianza legítima y buena fe, a las normas de las Leyes 962 de 2005, 232 de 1995, de los artículos 5 y 31 de la Ley 643 de 2001, los artículos 3, 6 y 7 del C.C.A. y se encuentra falsamente motivado [...]". Para efectos de lo anterior, señaló que tendría en cuenta las excepciones propuestas por la parte demandada y los argumentos de defensa expuestos.

Por un lado, en relación con la excepción de inepta demanda, el Tribunal señala que la parte demandante cumplió con el requisito establecido en el numeral 2 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, sobre contenido de la demanda. En consecuencia, consideró que la excepción no está llamada a prosperar. Por el otro, en relación con la excepción de buena fe,

considera que se trata de argumentos que deben ser resueltos al momento de abordar el fondo de la controversia.

### **Resolución del cargo de nulidad por violación del artículo 83 de la Constitución Política.**

La aplicación del principio de la confianza legítima significa que las autoridades no pueden crear cambios sorpresivos que afecten derechos particulares consolidados y fundamentados en la convicción objetiva; es decir, fundada en hechos externos de la autoridad suficientemente concluyentes que dan una imagen de aparente legalidad a la conducta del particular. Este principio exige a las autoridades y a los particulares mantener coherencia en sus actuaciones, respetar los compromisos a los que se han obligado y la garantía de estabilidad y durabilidad de la situación que objetivamente permita esperar el cumplimiento de las reglas propias del tráfico jurídico.

**Señala que, de las pruebas allegadas al proceso no es posible determinar que el acto acusado vulneró los principios de buena fe y confianza legítima porque si bien se aportó copia de la solicitud de exclusión de la promoción denominada "Coca-Cola trae color a tu mesa", tal solicitud no tiene sello ni fecha de radicado ante la parte demandada, ni se aporta respuesta a tal requerimiento. Además, señala que no es posible determinar las razones de un trato diferencial a la promoción denominada "Vasos olímpicos" y la promoción objeto del presente proceso.**

### **Resolución del cargo de nulidad por violación del Artículo 84 de la Constitución Política**

**Luego de revisados el artículo 5 de la Ley 643 y el Decreto núm. 493 de 2001, relativos a los juegos de suerte y azar; y acreditado que la parte demandante presentó formulario el 13 de enero de 2009 en el que solicitó autorización para desarrollar la actividad promocional denominada "Coca-Cola trae color a tu mesa", donde el consumidor obtendrá un vaso a color coleccionable, una vez reúna tres puntos y cancele quinientos pesos M/cte. (\$500,00), con el objeto de impulsar las ventas: la parte demandada expidió la correspondiente autorización, mediante la Resolución núm. 0035 del 14 de enero de 2009.**

Señaló que la parte demandante aportó escrito en el que solicita la exclusión de la mencionada promoción de pagar gastos de administración y derechos de explotación, pero que el documento carece de sello de radicado ante la parte demandada y que tampoco se acreditó una respuesta a la solicitud.

Concluyó que la parte demandada, con la expedición del acto acusado, cumple con las normas aplicables a la promoción de la referencia, sin exigir ningún requisito adicional a los establecidos legalmente, de manera que no se configura la violación al artículo 84 de la Constitución Política.

### **Resolución de los cargos de nulidad por violación de las leyes 962 y 232**

Concluyó que la parte demandada no exigió a la parte demandante el cumplimiento de requisitos no establecidos en la ley en la medida en que la autorización para el ejercicio de juegos promocionales se encuentra regulada por la Ley 643 y su Decreto núm. 493 de 2001, normativas que concuerdan plenamente con el propósito de garantizar que la realización de juegos de suerte y azar promocionales se lleven a cabo sin menoscabo ni peligro para el público.

El acto administrativo acusado, al exigir que se solicite una autorización para la operación del juego, no impuso un requisito adicional; en consecuencia, no se vulneran las leyes 232 y 962.

### **Resolución del cargo de nulidad por violación del inciso tercero del artículo 31 de la Ley 643, por desconocimiento del procedimiento**

**Consideró, una vez analizados los artículos 5 y 31 de la Ley 643 y el Decreto núm. 493 de 1991, así como las pruebas allegadas al proceso, que, en el caso sub examine, la parte demandada no exigió el pago de los gastos de administración y los derechos de explotación y la constitución de la póliza de cumplimiento antes de la autorización, porque fue la misma parte que, junto con la solicitud de autorización de la promoción denominada "Coca-Cola trae color a tu mesa", allegó el pago de los conceptos requeridos y la respectiva póliza, sin que se acepte que cumplidos los requisitos necesarios para la autorización, la parte demandada emitiera concepto de viabilidad y solicitara la acreditación de estos; por ello, consideró que el acto administrativo acusado se ajusta a derecho en cuanto a estos cargos de nulidad específicos.**

Concluyó que, conforme con la normativa aplicable, si bien el hecho generador del pago de los derechos de explotación y gastos de administración es la autorización para la realización del juego promocional, lo cierto es que estos se hacen exigibles una vez la parte demandada considera que el juego de suerte y azar es viable y, en consecuencia, el pago se debe exigir para la expedición de la respectiva autorización, porque es un requisito para que el juego promocional pueda ser operado, conforme al Decreto núm. 493 de 2001.

### **Resolución del cargo de nulidad por violación de los artículos 3.º, 6.º y 7.º del Código Contencioso Administrativo**

**Posterior al estudio de los artículos 3.º, 6.º y 7.º del Código Contencioso Administrativo, señala que la solicitud de exclusión de la promoción denominada "Coca-Cola trae color a tu mesa" no tiene sello de radicado ante la parte demandada; no se aportó prueba de la negativa por parte de la entidad a radicar la solicitud, de manera que no fue vulnerado el término para resolver una petición, ni los principios que rigen la actuación administrativa.**

### **Resolución de los cargos de nulidad por violación directa del inciso tercero del artículo 5 de la Ley 643 y falsa motivación**

Afirmó que no todos los juegos promocionales; es decir, los juegos de suerte y azar organizados y operados con fines de publicidad o promoción de bienes o servicios, establecimientos, empresas o entidades, en los que se ofrece un premio al público, sin que para acceder al juego se pague directamente, están excluidos de la aplicación de la Ley 643 porque solamente los sorteos que tengan las características establecidas por el artículo 5 están excluidos, no siendo actividades que puedan ser ejercidas libremente por los particulares; se trata de actividades que son excluidas del monopolio que, como arbitrio rentístico, ha establecido la ley.

Una interpretación sistemática de la Ley 643 y de la jurisprudencia aplicable permite colegir que las rifas y sorteos promocionales son una forma de juego de suerte y azar, son actividades organizadas y operadas con fines de publicidad o promoción de bienes o servicios, establecimientos, empresas o entidades, en los cuales se ofrece un premio al público, sin que para acceder al juego se pague directamente.

**En el caso sub examine, conforme a la solicitud de autorización presentada por la parte demandante ante la demandada, la mecánica y el objeto de la promoción denominada "Coca-Cola trae color a tu mesa" consistía en que, una vez el consumidor reuniera tres**

**puntos, mediante las tapas contramarcadas de los productos Coca-Cola -con uno, dos o tres puntos-, más quinientos pesos M/cte. (\$500,00), podía reclamar un vaso de color coleccionable y que el objeto de la misma era impulsar las ventas de las bebidas Coca-Cola; aspecto del pago que no implica que no sea considerado un juego promocional. Al respecto, el Tribunal consideró que la actividad promocional, de acuerdo con la mecánica expuesta por la parte actora, no es un sorteo, toda vez que no está sometida a un resultado fortuito o casual, pues el vaso color coleccionable se obtendrá con la reunión de las tapas contramarcadas y el pago de la suma de dinero.**

Afirmó que, conforme con las razones expuestas, se puede concluir que el acto administrativo acusado aplicó las normas en que debía fundarse y, en consecuencia, no incurrió en falsa motivación.

Recurso de apelación presentado por la parte demandante[9]

De manera general, señala que los puntos cruciales del recurso de apelación son los siguientes:

**No se realizó un análisis profundo frente a lo que verdaderamente es el giro de los negocios de la Industria Nacional de Gaseosas S.A. ni del objeto y naturaleza de la promoción "Coca-Cola trae color a tu mesa", centro del presente debate; como tampoco una interpretación adecuada de los artículos 5.º y 31 de la ley 643 porque, en virtud de estas normas, la promoción "Coca-Cola trae color a tu mesa" debió ser excluida y, en consecuencia, exenta del pago de los derechos y gastos ordenado en el acto administrativo acusado. Lo anterior porque la promoción buscaba "impulsar las ventas", teniendo en cuenta que la dinámica de la promoción no hacía parte de la cotidianidad comercial de la demandante, y que el aporte de una suma de dinero no obedecía a una figura tendiente al incremento patrimonial de la empresa. Agrega que dicho aporte solamente buscaba el "autoabastecimiento del producto promocionado", como se demostró con las pruebas allegadas al proceso; desprendiéndose la ausencia de un fin de lucro con la promoción dentro de la actividad profesionalmente realizada por la parte demandante, situación que le habilitaba para obtener el concepto de exclusión y la consecuente exención del pago de los derechos y gastos expuestos en el presente litigio.**

No valoró las pruebas aportadas, en especial, la prueba testimonial que acreditó la negativa de la parte demandada de recibir y radicar las solicitudes de exoneración.

Se incurrió en una falta de profundización del principio de confianza legítima.

Los argumentos anteriores fueron desarrollados por la parte demandante en los siguientes capítulos: i) violación del artículo 83 de la Constitución Política, sobre principio de confianza legítima; ii) violación del artículo 84 de la Constitución Política; iii) violación de las leyes 962 y 232; iv) violación de los artículos 3, 6 y 7 del Código Contencioso Administrativo; v) falsa motivación; y vi) violación de los artículos 5 y 31 de la Ley 643.

### **Violación del artículo 83 de la Constitución Política, sobre principio de confianza legítima**

La parte demandante lo desarrolla en dos acápites, a saber: i) sobre la verdadera interpretación del principio de confianza legítima; y ii) violación del artículo 84 de la Constitución Política.

En primer orden, señala que el Tribunal considero que el principio de confianza legítima opera solamente para los cambios sorpresivos que afectan derechos particulares consolidados sin caer

en cuenta que también acoge las expectativas serias y legítimas.

**En segundo orden, señala que la demandada vulneró los principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica porque, a pesar de expedir decisiones previas sobre asuntos análogos en los que expidió el concepto de exclusión, -entre ellas la promoción denominada "Vasos Olímpicos"-; cambio intempestivamente la posición de la entidad sin que existieran modificaciones normativas, jurisprudenciales o fácticas que lo justificaran.**

Adicionalmente señala que: i) el cambio fue súbito y no obedece a una política sostenida y reiterada por el precedente administrativo; ii) el administrado, con base en los precedentes administrativos, había depositado una confianza legítima en la entidad, la cual se modificó de manera repentina; iii) el cambio generó la vulneración de la confianza legítima; y iv) la actuación desproporcionada, repentina y sin justificación de la administración se torna arbitraria y caprichosa.

### **Violación del artículo 84 de la Constitución Política**

**La parte demandada, con la expedición del acto acusado, impuso requisitos adicionales que no fueron establecidos en la Ley 643, respecto de la promoción "Coca-Cola trae color a tu mesa".**

Señala que la normativa aplicable no exige para conceder la exclusión establecida en el artículo 5.º que no se cobre dinero al consumidor para la entrega del incentivo. Agrega que no es procedente imponer el gravamen por el cobro en la medida en que el objeto de la promoción y de los incentivos es acrecentar las ventas, en este caso de la parte demandante.

### **Violación de las Leyes 962 y 232**

La parte demandante exigió requisitos adicionales a los establecidos en la Ley 643. Asimismo, señala que se desconoció la Ley 962 al no acreditar la autorización del Departamento Administrativo de Función Pública para la adopción y puesta en funcionamiento de los procedimientos administrativos autorizados por la ley.

Manifiesta que, conforme con el artículo 1 de la Ley 962, la exigencia de conceptos es ilegal en la medida en que no están avalados por el Departamento Administrativo de la Función Pública.

**Por último, señala que la parte demandada vulneró la Ley 232 al exigir el requisito de "concepto previo" para el desarrollo de las actividades promocionales.**

### **Violación de los artículos 3.º, 6.º y 7.º del Código Contencioso Administrativo**

La parte demandada desconoció las normas que establecen el procedimiento previo para la expedición del acto administrativo acusado.

**El Tribunal dejó de valorar los testimonios practicados en el proceso de los cuales se deduce que la parte demandada impidió radicar la solicitud de concepto de exclusión de la promoción sub examine, argumentando que esas solicitudes no eran precedentes para el año 2009.**

Asimismo, señala que la parte demandada no profirió acto administrativo a partir del cual se diera respuesta a las inquietudes y peticiones formuladas vía correo electrónico y de manera verbal. Además, que la abstención de la parte demandada de emitir concepto favorable de

exclusión promocional constituye una vulneración al artículo 5.º de la Ley 643.

Por último, manifiesta, por un lado, que la omisión de la respuesta por falta de radicación, frente a la solicitud de concepto favorable, configuró mala conducta en los términos del artículo 7 del Código Contencioso Administrativo; por el otro, que las actuaciones previas que rodearon la expedición del acto administrativo acusado, desconocieron el ordenamiento jurídico superior.

### **Falsa motivación por error de derecho**

**La Falsa motivación se origina por error de derecho en virtud de la apreciación y calificación errada de los hechos; en especial, al desconocer el funcionamiento de la actividad promocional y considerar que "Coca-Cola trae color a tu mesa" era un "[...] juego promocional enmarcado bajo el régimen de la Ley 643 y, por el contrario, tal y como lo habría venido apreciando la misma entidad demandada en ocasiones anteriores y análogas, la promoción [...] contenía todos y cada uno de los elementos que el artículo 5 inciso 3 establece para excluirla del ámbito de aplicación [...]"**.

### **Violación de los artículos 5.º, inciso 3.º, y 31 de la Ley 643**

El Tribunal citó los presupuestos de exclusión de los juegos promocionales que esporádica y ocasionalmente realizan los comerciantes o industriales, con el único objetivo de incrementar sus ingresos y fomentar el empleo; actividades que, según señala, no hacen parte del giro normal de sus negocios. Afirma que esta situación da lugar a la exclusión, en consonancia con lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-169 de 2004, citada en la sentencia, pero no aplicada.

**Agrega que la actividad excluida por la Ley 643 corresponde a los sorteos promocionales, que es coincidente con la propuesta en la promoción "Coca-Cola trae color a tu mesa" consistente en un sorteo de naturaleza promocional que incorpora un factor de alea o suerte del participante, quien tiene que reunir 3 tapas contramarcadas de Coca-Cola que le habilitan para reclamar un vaso, adicionando la suma de quinientos pesos (\$500,00) destinados a cubrir los costos directos del juego promocional. Afirma que el cobro no desnaturaliza el carácter promocional y que no se trata de una actividad realizada de manera profesional y permanente sino de forma ocasional para estimular las ventas, desarrollada por comerciantes o industriales.**

### **Del análisis de las pruebas**

El Tribunal dejó de apreciar y valorar las pruebas aportadas al proceso, en especial, las documentales y las testimoniales, lo cual configura una violación del debido proceso de la parte demandante.

En suma de todo lo anterior, señala que la parte demandante cumplió la ley, el reglamento, los criterios jurisprudenciales y las observaciones doctrinarias y que, en consecuencia, se demostró que la Resolución núm. 035 de 14 de enero de 2009 debe ser anulada.

### **Trámite del proceso, en segunda instancia**

El Despacho sustanciador, mediante la providencia proferida el 7 de febrero de 2013[10] admitió el recurso de apelación. Asimismo, mediante la providencia proferida el 3 de agosto de 2015, ordenó que, en el término de diez (10) días las partes presentaran los alegatos por escrito y vencido dicho término, se surtiera el traslado al Ministerio Público.



Parte demandante[11]

La parte demandante, mediante memorial radicado el 21 de agosto de 2015, reiteró los argumentos expuestos en la demanda y en el recurso de apelación.

Parte demandada[12]

La parte demandada, mediante memorial radicado el 28 de agosto de 2015, reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público guardó silencio en esta etapa procesal.

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala procederá al estudio de: i) competencia de la Sala; ii) el acto administrativo acusado; iii) los problemas jurídicos; iv) marco normativo y desarrollos jurisprudenciales del debido proceso administrativo; v) marco normativo y desarrollos jurisprudenciales de la falsa motivación; vi) marco normativo y desarrollo jurisprudencial **de la confianza legítima** vii) marco normativo y desarrollo jurisprudencial sobre el monopolio rentístico de juegos de suerte y azar; **y viii) análisis del caso en concreto; los cuales se desarrollarán infra.**

Competencia de la Sala

Vistos el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo[13], sobre la competencia del Consejo de Estado, en segunda instancia, y el artículo 13 del Acuerdo núm. 80 de 12 de marzo de 2019, expedido por la Sala Plena de esta Corporación: la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto, en segunda instancia.

Agotados los trámites inherentes al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho de que trata este asunto y sin que se observe vicio o causal de nulidad que puedan invalidar lo actuado, se procede a decidir el caso sub-lite como se desarrollará a continuación.

Acto administrativo acusado

El acto administrativo acusado corresponde a la Resolución núm. 035 de 14 de enero de 2009[14] que dispuso:

**"[...] CONSIDERANDO:**

**Que la INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A., identificado (a) con NIT 890.903.858-7, solicitó autorización para realizar un juego promocional denominado "COCA COLA TRAE COLOR A TU MESA", con Cubrimiento Nacional hasta el 28 de febrero de 2009, solicitud que fue radicada en "ETSA" bajo el No. S.G. 2;0.E1-360 del 13 de enero de 2009, cumpliendo con todos los requisitos para la autorización.**

**Que el plan de premios en cuantía de MIL SEISCIEWNTOS TREINTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS M/cte (\$1.630.6000.000), está compuesto de la siguiente forma:**

<b>No.</b>	<b>DESCRIPCIÓN</b>	<b>CANT. VALOR UNITARIO</b>	<b>VALOR TOTAL</b>
<b>1.200.000</b>	<b>Vasos Color Coleccionables</b>	<b>1.175</b>	<b>1.410.000.000</b>
<b>IVA</b>	<b>225.6000.000</b>		
<b>VALOR TOTAL</b>	<b>1.635.600.000</b>		

Que participan las personas que cumplan con los requisitos contemplados en el reglamento del concurso.

Que la mecánica de la promoción se encuentra descrita en la solicitud presentada por el titular del permiso, la cual hace parte integral de esta resolución.

Que según recibo de consignación de BANCO BBVA del 14 de enero de 2009, la INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A., consignó a favor de "ETESA" la suma de DOSCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS CUARENTA PESOS M/CTE (\$231.273.840), valor discriminado así: la suma de DOSCIENTOS VEINTIOCHO MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL PESOS M/CTE (\$228.984.000), equivalentes al 14% del valor total del plan de premios por derechos de explotación, y el 1% sobre el valor de estos derechos para gastos de administración, equivalentes a la suma de DOS MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS CUARENTA PESOS M/CTE (\$2.289.840).

Que la INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A., constituyó Póliza de Cumplimiento con las disposiciones legales expedida por MAPFGRE SEGUROS DE CREDITO S.A. No. 3102009109661, por valor de MIL SEISCIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS M/cte (\$1.635.600.000) con vigencia desde el 13 de enero de 2009 al 28 de abril de 2009, ajustándose así a lo previsto en el Decreto 493 de 2001.

Que revisada la pauta publicitaria enviada por la INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A., se encuentra que cumple a cabalidad con los requisitos exigidos por la Resolución No. 0049 del 23 de Enero del 2002 modificada por la Resolución No. 0018 del 28 de Enero del 2003, "Por la cual se adopta el manual de identidad visual corporativa de "ETESA" y se reglamenta la incorporación del logotipo precedido de la frase "AUTORIZADO Y CONTROLADO POR LA EMPRESA TERRITORIAL PARA LA SALUD", en las piezas publicitarias para promocionar juegos de suerte y azar autorizados por "ETESA".

Que en consideración a la hora de ruta del 14 de enero de 2009 elaborada por la Profesional Universitaria de la Vicepresidenta Comercial, Doctora Janette Alejandra Luna Vera; el solicitante cumple con los requisitos exigidos para otorgarle el permiso en la modalidad de Juego Promocional, por lo anterior se procede a expedir la autorización en las condiciones antes señaladas.

En mérito de lo expuesto el Despacho,

**RESUELVE**

**ARTÍCULO PRIMERO.-** Autorizar a la INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. identificado con NIT [...] representada legalmente por el Doctor(a) FERNANDO VILLAREAL, identificado (a) con la cédula de extranjería No. [...] la operación del juego promocional denominado "COCA COLA TRAE COLOR A TU MESA", con cubrimiento Nacional desde la fecha de ejecutoria de la presente resolución y hasta el 28 de febrero de 2009, con el plan de premios relacionado en la parte considerativa.

**PARÁGRAFO -** El titular del permiso está obligado a cumplir con lo dispuesto en el Decreto 493 del 22 de Marzo del 2001, y la Resolución No. 0049 del 23 de Enero del 2002, modificada por la Resolución No. 0018 del 28 de Enero del 2003, "Por la cual se adopta el manual de identidad visual corporativa de "ETESA" y se reglamenta la incorporación del logotipo precedido de la frase "AUTORIZADO Y CONTROLADO POR LA EMPRESA TERRITORIAL PARA LA SALUD", en relación con la pauta publicitaria correspondiente, en las piezas publicitarias que se produzcan para divulgar el juego promocional autorizado por medio de esta resolución, so pena de la cancelación del permiso.

**ARTÍCULO SEGUNDO.-** Los premios ofrecidos deberán entregarse en un plazo no mayor de 30 días calendario, contados a partir de la fecha de realización del sorteo respectivo. El titular de la autorización para efectos de la promoción a que se refiere esta resolución, deberá solicitar la presencia de un delegado de la Primera Autoridad Administrativa del lugar donde este se realice.

**PARÁGRAFO PRIMERO.-** De la diligencia de los sorteos y de la entrega de premios, deberán levantarse las actas correspondientes y enviarlas a la Empresa Territorial para la Salud "ETESA", dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que se surtan.

**PARÁGRAFO SEGUNDO.-** Una vez presentadas las actas de entrega de premios, se realizará la correspondiente liquidación del plan de premios otorgado, tendiente a efectuar los ajustes que sean del caso.

**PARÁGRAFO TERCERO.-** Al momento de presentarse una modificación en la vigencia del juego promocional, deberá informarse a esta entidad y enviar comunicación escrita por medio de la cual se le informe al usuario la novedad.

**ARTÍCULO TERCERO.** Aprobar la Póliza de Cumplimiento con las disposiciones legales expedida por MAPFRE SEGUROS DE CREDITO S.A. No. 3102009109661, por valor de MIL SEISCIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS M/cte (\$1.635.600.000) con vigencia desde el 13 de enero de 2009 al 28 de abril de 2009, ajustándose así a lo previsto en el decreto 493 de 2001. Folio 19-25 (sic)

**ARTÍCULO CUARTO.** La autorización que se concede por medio del presente acto administrativo, corresponde al Registro de Juego No. 20090014-3, y tiene vigencia a partir de su ejecutoria y hasta el 28 de febrero de 2009 [...]"

Expuesto lo anterior, la Sala procede a exponer los problemas jurídicos que deben ser objeto de pronunciamiento, en el caso sub examine.

Problemas jurídicos

Corresponde a la Sala de la Sección Primera del Consejo de Estado, con fundamento en los

argumentos expuestos en el recurso de apelación que presentó la parte demandante contra la sentencia proferida por la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, determinar:

Si la parte demandada al expedir el acto administrativo acusado vulneró o no los artículos 3.º, 6.º y 7.º del Código Contencioso Administrativo porque, en criterio de la parte demandante, la demandada se negó a radicar la solicitud de concepto favorable sobre la exclusión del juego promocional y producto de ello omitió la respuesta;

Si la parte demandada, al expedir el acto administrativo acusado, vulneró o no los artículos 84 de la Constitución Política y las leyes 962 y 232 porque, en criterio de la parte demandante, la parte demandada exigió requisitos no autorizados en la normativa aplicable para desarrollar una actividad. Además, se deberá determinar si la parte demandada debía o no someter el procedimiento a la autorización del Departamento Administrativo de la Función Pública;

Si la parte demandada, al expedir el acto administrativo acusado, desconoció los artículos 5 y 31 de la Ley 643 al imponer a un juego excluido el pago derechos de explotación y gastos de administración; y

Si la parte demandada, al expedir el acto administrativo acusado, desconoció el principio de confianza legítima porque, en criterio de la parte demandante, varió súbita e injustificadamente su criterio de exclusión de los juegos promocionales afectando las expectativas legítimas de Industria Nacional de Gaseosas S.A.

En consecuencia, si se debe confirmar, modificar o revocar la sentencia proferida por la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 2 de agosto de 2012, en primera instancia.

Expuestos los problemas jurídicos, la Sala procederá a estudiar los marcos normativos los desarrollos jurisprudenciales indicados supra.

#### Marco normativo y desarrollo jurisprudenciales del debido proceso administrativo

Visto el artículo 29 de la Constitución Política, el debido proceso "[...] se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas [...]". Asimismo, "[...] [n]adie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio [...]".

El Código Contencioso Administrativo, en su parte primera, regula los procedimientos administrativos: entendidos como el conjunto de normas a los que la autoridad acude para surtir un trámite que sirve para formar la voluntad de la administración y que culmina con un acto administrativo o una decisión que tiene efectos respecto de una situación jurídica, general, impersonal o abstracta; o individualizada, según el destinatario de la manifestación de la voluntad.

Visto el artículo 1.º de la norma ejusdem, sobre campo de aplicación, "[...] las normas de esta parte primera del [C]ódigo [Contencioso Administrativo] se aplicarán a los órganos, corporaciones y dependencias de las ramas del Poder Público en todos los órdenes, a las entidades descentralizadas, a la Procuraduría General de la Nación y Ministerio Público, a la Contraloría General de la República y contralorías regionales, a la Corte Electoral y a la

Registraduría Nacional del Estado Civil, así como a las entidades privadas, cuando unos y otras cumplan funciones administrativas. Para los efectos de este Código, a todos ellos se les dará el nombre genérico de "autoridades" [...]. La norma establece, además, que los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se registrarán por estas y que, en lo no previsto en ellas, se aplicarán las normas de la parte primera del Código *ibídem*.

En ese orden de ideas, el Código Contencioso Administrativo constituye el marco general para el trámite de los procedimientos administrativos a los que es aplicable esa normativa, salvo el evento en que el trámite se encuentre regido por una norma especial, caso en el cual la administración tiene la obligación de aplicar ese procedimiento, por disposición expresa del inciso 2 del artículo 1.º de la norma *eiusdem*.

En términos generales, el Consejo de Estado[15] ha considerado que "[...] el derecho al debido proceso se erige como una garantía a todas las personas según la cual su intervención en una actuación administrativa o judicial está regida por reglas previamente establecidas por el legislador, que a su vez le permiten defenderse y solicitar las pruebas tendientes a demostrar lo que afirma, sin que la voluntad del funcionario público pueda tener alguna injerencia [i.e] en las distintas etapas del proceso [...]".

Asimismo, la Corte Constitucional ha considerado que el derecho del debido proceso es "[...] el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia [...]"[16]; se trata de un mecanismo orientado a: i) limitar el poder de las autoridades, "[...] forzando a que sus actuaciones se sometan siempre a las formas preestablecidas por la ley [...]"; ii) contribuir "[...] a la garantía y realización de los derechos de los particulares, que deben gozar de posibilidades adecuadas de participación en el proceso de formación de la voluntad de la Administración [...]"; y iii) a mejorar el ejercicio de las funciones públicas y a lograr un mayor estándar de imparcial en la aplicación del derecho, gracias al debate entidad-particular que propicia.

La misma Corte, en relación con el debido proceso administrativo, consideró[18] que "[...] [u]na de las notas más destacadas de la Constitución Política de 1991 es la **extensión de las garantías propias del debido proceso a las actuaciones administrativas**. Ello demuestra la intención constituyente de establecer un orden normativo en el que **el ejercicio de las funciones públicas se encuentra sujeto a límites destinados a asegurar la eficacia y protección de la persona, mediante el respeto por sus derechos fundamentales**. El Estado Constitucional de Derecho es, desde esta perspectiva, un conjunto de garantías de esos derechos, al tiempo que las normas que determinan la estructura del Estado y sus instituciones deben interpretarse en función de esas garantías [...]" (Destacado fuera de texto).

Por último, mediante sentencia C-980 de 2010, la Corte Constitucional señaló que "[...] en el ámbito de las actuaciones administrativas, el derecho al debido proceso hace referencia al comportamiento que deben observar las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones, en cuanto éstas se encuentran obligadas a "actuar conforme a los procedimientos previamente establecidos en la ley, con el fin de garantizar los derechos de quienes puedan resultar afectados por las decisiones de la administración que crean, modifican o extinguen un derecho o imponen una obligación o una sanción [...]" y que, en todo caso, se han identificado algunas garantías mínimas asociadas al concepto de debido proceso administrativo, entre ellas, el derecho a: i) **que el trámite se adelante por la autoridad competente**; ii) que durante el mismo y hasta su culminación se permita la participación de todos los interesados; iii) **ser oído durante toda la**

**actuación**; iv) que la actuación se adelante sin dilaciones injustificadas; v) ser notificado de las decisiones que se adopten de manera oportuna y de conformidad con la ley; vi) **solicitar, aportar y controvertir pruebas**; vii) **en general, ejercer el derecho de defensa y contradicción**; y, por último, viii) impugnar las decisiones que puedan afectarle.

Marco normativo y desarrollos jurisprudenciales de la falsa motivación

El Consejo de Estado[19] ha considerado que la motivación de los actos administrativos constituye un elemento necesario para su validez; se trata de las circunstancias o razones de hecho y de derecho que determinan la expedición del acto y el contenido o sentido de la respectiva decisión.

Esta Sala de Sección, respecto de la motivación del acto como presupuesto de legalidad, ha considerado que "[...] la validez del acto administrativo depende, entre otros elementos, **de que los motivos por los cuales se expide sean ciertos, pertinentes y tengan el mérito suficiente para justificar la decisión que mediante el mismo se haya tomado, valga decir, que correspondan a los supuestos de hecho y de derecho jurídicamente necesarios para la toma de la decisión de que se trate**, y que se den en condiciones tales que conduzcan a adoptar una y no otra determinación, por lo que se trata de un requisito material, en cuanto **depende de la correspondencia de lo que se aduzca en el acto administrativo como motivo causa del mismo, con la realidad jurídica y/o fáctica del caso [...]**"[20] (Destacado fuera de texto).

Tal es la importancia de la motivación de los actos administrativos que el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo establece que la nulidad de los actos procederá, entre otras, por falsa motivación. En ese orden de ideas, la inconsistencia entre las razones y afirmaciones del acto, respecto de los supuestos de hechos y derecho frente a la realidad o materialidad existente al momento de decidir, tienen la potencia suficiente para invalidar el acto por esta causal.

Sobre el particular, esta Sección, mediante sentencia de 11 de julio de 2019[21], consideró lo siguiente:

**"[...] La motivación constituye, entonces, uno de los elementos esenciales o fundamentos de legalidad del acto administrativo, a tal punto que cuando se pretermite, o cuando se demuestra que las razones que sustentan la decisión no son reales, no existen o están distorsionadas, se presenta un vicio que lo invalida.**

Ahora bien, teniendo en cuenta la presunción de legalidad de la cual goza el acto administrativo, **conciérne a quien pretende desvirtuarlo por la causal de falsa motivación demostrar el vicio en el elemento causal de la decisión, es decir, la inexistencia o el error de los antecedentes de hecho y derecho que facultan su expedición** o, en otras palabras, que lo expresado en el acto administrativo no corresponde a la realidad [...]"[22] (Destacado fuera de texto).

Lo anterior permite concluir que la falsa motivación constituye causal de nulidad de los actos administrativos y que, en todo caso, en virtud de la presunción de legalidad, quién alegue su configuración debe demostrar su ocurrencia.

Por último, esta misma Sección, mediante sentencia de 14 de abril de 2016[23], estableció cuáles son los eventos en que se configura la falsa motivación de los actos administrativos, al señalar que esta tiene lugar: "[...] cuando i) se presenta inexistencia de fundamentos de hecho o de derecho en la manifestación de voluntad de la Administración Pública; ii) los supuestos de hecho

esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad, bien por error o por razones engañosas o simuladas; iii) porque el autor del acto le ha dado a los motivos de hecho o de derecho un alcance que no tienen y iv) porque los motivos que sirven de fundamento al acto no justifiquen la decisión [...]"

Marco normativo y desarrollo jurisprudencial sobre el principio de confianza legítima

**El artículo 83 de la Constitución Política establece que "[...] las actuaciones de los particulares y las autoridades públicas la cual deberá ceñirse a los postulados de la buena fe la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelantan estas [...]"; se trata de una presunción iuris tantum en la medida en que admite prueba en contrario; asimismo, es un mandato de optimización para el desarrollo de las relaciones entre los particulares y la administración, que busca la lealtad de las actuaciones de la administración y del administrado en el curso de las actuaciones administrativas.**

**La Sección Primera del Consejo de Estado ha considerado "[...] que para poder dar aplicación al principio de confianza legítima, es preciso que a partir de las acciones, omisiones o declaraciones de las propias autoridades, se hayan generado unas expectativas ciertas lo suficientemente razonables y fundadas, capaces de inducir al administrado a tomar algunas decisiones, a asumir ciertas posturas o a realizar determinados comportamientos, amparado en la situación de confianza propiciada por el Estado, y que posteriormente resulta defraudada de manera sorpresiva e inesperada por parte de las autoridades, incurriendo en un desconocimiento inadmisibles de sus deberes de lealtad y coherencia.[...]"[24]**

20.3. Esta Sala de Sección[25], sobre el principio de confianza legítima, ha considerado que constituye un desarrollo del principio de la buena fe y lo ha definido de la siguiente forma:

**"[...] Así pues, en esencia, la confianza legítima consiste en que el ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en el cual pueda confiar. Para Müller, este vocablo significa, en términos muy generales, que ciertas expectativas, que son suscitadas por un sujeto de derecho en razón de un determinado comportamiento en relación con otro, o ante la comunidad jurídica en su conjunto, y que producen determinados efectos jurídicos; y si se trata de autoridades públicas, consiste en que la obligación para las mismas de preservar un comportamiento consecuente, no contradictorio frente a los particulares, surgido en un acto o acciones anteriores, incluso ilegales, salvo interés público imperioso contrario. Se trata, por tanto, que el particular debe ser protegido frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas. En tal sentido, no se trata de amparar situaciones en las cuales el administrado sea titular de un derecho adquirido, ya que su posición jurídica es susceptible de ser modificada por la Administración, es decir, se trata de una mera expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente. De allí que el Estado se encuentre, en estos casos, ante la obligación de proporcionarle al afectado un plazo razonable, así como los medios, para adaptarse a la nueva situación [...]"[26].**

Este principio busca que la línea de decisión o de actuación de una autoridad tenga correspondencia con la asumida en actos o procedimientos anteriores, sin que el destinatario se vea sorprendido por cambios intempestivos. Sobre el particular, el Consejo de Estado ha precisado los fundamentos y características de este principio, así:[27]

**"[...] Desde este punto de vista, la confianza legítima se inspira en el deber que tiene la administración de observar sus propias decisiones, en relación con los casos futuros, siempre que compartan entre sí las mismas condiciones y supuestos de configuración. En buena medida, este principio, introducido primero por la doctrina colombiana –que lo trasladó del derecho español, y éste, a su vez, lo incorporó del alemán- se apoya en la seguridad jurídica, sin confundirse con ella, pues cada uno tiene su propio contenido. Lo que acontece es que casi siempre la confianza legítima genera seguridad jurídica, y por eso se tiende a asimilarlos, pero equivocadamente. [...]**

**Pero al margen de esta discusión, lo cierto es que este nuevo principio no es ninguno de los anteriores sino uno autónomo, que busca su independencia de aquéllos, llenándose de contenido propio y necesitado de buscar espacios en los cuales pueda desplegar su contenido jurídico. [...]**

**Precisamente, los presupuestos que se le reconocen a la confianza legítima son: i) que se esté en presencia de una decisión administrativa o de una conducta o comportamiento concreto suyo; ii) la contradicción o diferencia de ella con decisiones anteriores, que han recibido soluciones diferentes, y que sirven de referencia para la comparación; o también la existencia de una comunicación o consentimiento de la administración para ejecutar algo y la posterior negación o contradicción de la misma; iii) la existencia de supuestos fácticos y/o jurídicos comunes y similares entre la decisión o actuación anterior y la nueva; y iv) la necesidad de que tanto las decisiones o actuaciones administrativas anteriores y la que se juzga sean de contenido individual.**

**Cuando se constatan estos supuestos, surge la posibilidad de enjuiciar una situación concreta a la luz del principio de la confianza legítima. No obstante, no basta esto, es necesario corroborar otras condiciones, por ejemplo, v) que la confianza del ciudadano efectivamente sea legítima, es decir, que debe fundarse en un comportamiento o actos de la administración que generen esa convicción, y por ende que esté desprovista de dolo, negligencia o descuido del administrado en la formación de una decisión favorable. Así pues, es perfectamente posible que la obtención de un derecho con trampa cumpla las condiciones señaladas atrás, no obstante no merece protección porque no es legítima esa confianza.**

**vi) También se requiere que la confianza creada provenga de la autoridad de quien se exige la observancia del comportamiento precedente, es decir, que la confianza la debe generar la entidad de quien se exige su respeto.**

**Varias formas adopta esta alternativa –aunque su admisibilidad aún se discute mucho-, entre otras las siguientes: que la autoridad haya manifestado expresamente al ciudadano que puede hacer, gozar o tener determinado derecho, no obstante luego lo niega o revoca; que la autoridad haya decidido uno más casos idénticos, pero en otro evento niega la misma solución; que la entidad tolere una situación, hecho o comportamiento que implica gozar de un derecho u oportunidad, durante un lapso determinado, y luego actúa contra su tolerancia declarando ilegal la actuación. [...]" (Destacado fuera de texto).**

**La confianza legítima implica una analogía fáctica y normativa de la situación analizada; además, es necesaria la existencia de una decisión u obrar previo de la autoridad en el asunto que se espera trasladar a la situación presente, así como de una decisión o actuar contrario a lo realizado por la autoridad en eventos anteriores, en detrimento de una situación particular.**



En suma, la confianza legítima requiere de un comportamiento externo de la autoridad que tenga el carácter de inequívoco; que haga surgir la base objetiva de la confianza en el administrado; que no puede provenir de apariencias o apreciaciones subjetivas, errores de apreciación o en el dolo o la culpa que desfiguran la realidad que le restan el carácter de legítima a la confianza. Asimismo, la confianza legítima no solamente aplica respecto a situaciones jurídicas consolidadas sino que también a las expectativas provenientes de situaciones precarias en tanto fueron propiciadas por la autoridad.

Marco normativo y desarrollos jurisprudenciales sobre el monopolio de arbitrio rentístico de juegos y azar

La Sala, para efectos del estudio del marco normativo y desarrollos jurisprudenciales del impuesto de juegos y azar, estudiará: i) el marco normativo constitucional; ii) el marco normativo legal: Ley 643; iii) la potestad reglamentaria en materia de juegos de suerte y azar; y iv) Decreto núm. 493 de 22 de marzo de 2001, por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 31 de la Ley 643

### **Marco normativo constitucional**

**Visto el artículo 333 de la Constitución Política, establece que "[...] la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley [...]" dentro un marco de libre competencia cuya garantía corresponde al Estado, en que la empresa, a más de ser base del desarrollo, cumple una función social que implica obligaciones; ello acorde con el mandato del inciso segundo del artículo 2.º ejusdem, que demanda de las autoridades el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares**

La Asamblea Nacional Constituyente, en relación con los monopolios de arbitrio rentístico, puso de presente lo siguiente:

**"[...] Entramos a un tema que está íntimamente ligado con la prestación del servicio de salud en nuestro medio como es el de los monopolios, aquí se ha planteado una reforma al artículo 31 de la Constitución porque ese dice que no es eficiente el manejo que puedan tener entidades estatales sobre monopolios que se constituyen como arbitrio rentístico, disentimos profundamente de esta tesis porque si las empresas que funcionan como monopolios estatales y particularmente las empresas de licores no tienen un manejo eficiente y en algunos casos están signadas por la corrupción, pues de lo que se trata es de reformar estas empresas y de reformar a las entidades de control y fiscalización de esas empresas, porque si se han dado esas corruptelas es por culpa, no solamente de las personas que trabajan en ellas, de la clase política en gran parte, sino también de los sistemas de fiscalización, de manera que creemos que debe dejarse el principio constitucional, de que puedan constituirse monopolios como arbitrio rentísticos en virtud de la ley, obviamente también debe conservarse la norma que establece que un monopolio no puede aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ellas queden privados del ejercicio de una actividad económica lícita, obviamente como es tan delicado el manejo de empresas estatales que constituyen monopolios, creemos que sería interesante de establecer por medio de la ley la organización y normas especiales que deben tener estas empresas, de tal manera, que proponemos que en la norma correspondiente al artículo 31 actual de la Constitución, se establezca que la organización,**

**administración y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidas a un régimen propio, fijado por una ley orgánica de iniciativa gubernamental, obviamente en esta ley podría establecerse los parámetros sobre la eficiencia que deben tener estas empresas [...]" (Destacado fuera de texto)[28].**

Visto el artículo 336 de la Constitución Política, estableció que: ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley; que la organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental y, entre otros aspectos, señaló que las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud. La norma dispuso, lo siguiente:

**"[...] ARTÍCULO 336. Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley.**

**La ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita.**

**La organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental.**

**Las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud.**

**Las rentas obtenidas en el ejercicio del monopolio de licores, estarán destinadas preferentemente a los servicios de salud y educación.**

**La evasión fiscal en materia de rentas provenientes de monopolios rentísticos será sancionada penalmente en los términos que establezca la ley.**

**El Gobierno enajenará o liquidará las empresas monopolísticas del Estado y otorgará a terceros el desarrollo de su actividad cuando no cumplan los requisitos de eficiencia, en los términos que determine la ley.**

**En cualquier caso se respetarán los derechos adquiridos por los trabajadores [...]" (Destacado fuera de texto).**

De la norma transcrita se abstrae que el vocablo monopolio alude a "[...] una situación de mercado relevante cuando hay un único oferente de los bienes y servicios [...]"[29], con carácter de arbitrio rentístico porque su función es recaudar fondos para el Estado; en otros términos, se trata de un "[...] instrumento que protege la explotación de determinadas actividades económicas para que el Estado se procure cierto nivel de ingresos con el fin de atender sus obligaciones. Para el Estado la finalidad del monopolio no es excluir la actividad económica del mercado sino reservarse una fuente de recursos económicos que le reporte su explotación [...]".

Ahora bien, el artículo 336 supra utiliza la expresión régimen jurídico, la cual ha sido entendida por la Corte Constitucional[31] como "[...] una regulación de los monopolios rentísticos, que sea conveniente y apropiada, tomando en cuenta las características específicas de esas actividades, a lo cual debe agregarse la necesidad de tomar en

**consideración el destino de las rentas obtenidas, así como las demás previsiones y limitaciones constitucionalmente señaladas [...]'".**

Las rentas del monopolio de juegos de suerte y azar tienen destinación específica al sector salud a fin cumplir con los mandatos de los artículos 365 y 366 de la Constitución Política; normas que buscan el bienestar general y el mejoramiento de la población catalogándolo como gasto público social con prioridad en materia de planeación y gasto público.[32]

### **Marco normativo legal: Ley 643**

El legislador, mediante la Ley 643, fijó el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar y señaló las modalidades de operación.

**Visto el artículo 1 de la norma ejusdem, se definió al monopolio de rentas de juegos y azar como "[...] la facultad exclusiva del Estado para explotar, organizar, administrar, operar, controlar, fiscalizar, regular y vigilar todas las modalidades de juegos de suerte y azar, y para establecer las condiciones en las cuales los particulares puedan operarlos, facultad que siempre se debe ejercer como actividad que debe respetar el interés público y social y con fines de arbitrio rentístico a favor de los servicios de salud, incluidos sus costos prestacionales y la investigación [...]'".**

**Visto el artículo 2 ejusdem se fijó la titularidad de las rentas de los juegos de suerte y azar, en cabeza de los departamentos, el Distrito Capital y los municipios, excepto de los recursos destinados a la investigación en áreas de la salud que pertenecen a la Nación.**

**Visto el artículo 3.º ejusdem, se establecen los principios de gestión, explotación, organización, administración, operación, fiscalización y control de juegos de suerte y azar, así:**

i) Finalidad social prevalente. Todo juego de suerte y azar debe contribuir eficazmente a la financiación del servicio público de salud, de sus obligaciones prestacionales y pensionales;

ii) Transparencia. El ejercicio de la facultad monopolística se orientará a garantizar que la operación de los juegos de suerte y azar, esté exenta de fraudes, vicios o intervenciones tendientes a alterar la probabilidad de acertar, o a sustraerla del azar;

iii) Racionalidad económica en la operación. La operación de juegos de suerte y azar se realizará por las entidades estatales competentes, o por los particulares legalmente autorizados o por intermedio de sociedades organizadas como empresas especializadas, con arreglo a criterios de racionalidad económica y eficiencia administrativa que garanticen la rentabilidad y productividad necesarias para el cabal cumplimiento de la finalidad pública y social del monopolio. Los departamentos, el Distrito Capital de Bogotá y los municipios explotarán el monopolio por intermedio de la dependencia o entidad establecida para tal fin;

iv) Vinculación de la renta a los servicios de salud. Toda la actividad que se realice en ejercicio del monopolio debe tener en cuenta que con ella se financian los servicios de salud y esa es la razón del monopolio. Dentro del concepto de Servicios de Salud se incluye la financiación de éstos, su pasivo pensional, prestacional y, los demás gastos vinculados a la investigación en áreas de la salud. Los recursos obtenidos por los departamentos, Distrito Capital de Bogotá y los municipios como producto del monopolio de juegos de suerte y azar, se deberán transferir directamente a los servicios de salud en la forma establecida en la presente ley y emplearse para

contratar directamente con las empresas sociales del Estado o entidades públicas o privadas la prestación de los servicios de salud a la población vinculada, o para la afiliación de dicha población al régimen subsidiado.

**Al ser una actividad intervenida y de autorización estatal para que el particular la pueda ejercer, el artículo 4.º ibidem prescribe las operaciones prohibidas, entre ellas la "[...] la circulación, venta u operación de juegos de suerte y azar que no cuenten con la autorización de la entidad o autoridad competente, desconozcan las reglas del respectivo juego o los límites autorizados [...]"**.

**El artículo 5.º ibidem define que se entiende por juegos de suerte y azar y cuales están excluidos de ser considerados rentas de un arbitrio rentístico, en los siguientes términos:**

**"[...] ARTICULO 5o. DEFINICION DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR. Para los efectos de la presente ley, son de suerte y azar aquellos juegos en los cuales, según reglas predeterminadas por la ley y el reglamento, una persona, que actúa en calidad de jugador, realiza una apuesta o paga por el derecho a participar, a otra persona que actúa en calidad de operador, que le ofrece a cambio un premio, en dinero o en especie, el cual ganará si acierta, dados los resultados del juego, no siendo este previsible con certeza, por estar determinado por la suerte, el azar o la casualidad.**

**Son de suerte y azar aquellos juegos en los cuales se participa sin pagar directamente por hacerlo, y que ofrecen como premio un bien o servicio, el cual obtendrá si se acierta o si se da la condición requerida para ganar.**

**Están excluidos del ámbito de esta ley los juegos de suerte y azar de carácter tradicional, familiar y escolar, que no sean objeto de explotación lucrativa por los jugadores o por terceros, así como las competiciones de puro pasatiempo o recreo; también están excluidos los sorteos promocionales que realicen los operadores de juegos localizados, los comerciantes o los industriales para impulsar sus ventas, las rifas para el financiamiento del cuerpo de bomberos, los juegos promocionales de las beneficencias departamentales y los sorteos de las sociedades de capitalización que solo podrán ser realizados directamente por estas entidades.**

**En todo caso los premios promocionales deberán entregarse en un lapso no mayor a treinta (30) días calendario.**

**Los juegos deportivos y los de fuerza, habilidad o destreza se rigen por las normas que les son propias y por las policivas pertinentes. Las apuestas que se crucen respecto de los mismos se someten a las disposiciones de esta ley y de sus reglamentos.**

**PARAGRAFO. El contrato de juego de suerte y azar entre el apostador y el operador del juego es de adhesión, de naturaleza aleatoria, debidamente reglamentado, cuyo objeto envuelve la expectativa de ganancia o pérdida, dependiendo de la ocurrencia o no de un hecho incierto. [...]" (Destacado fuera de texto).**

El contrato de juego de suerte y azar entre el apostador y el operador, conforme con el artículo 5, es de adhesión, de naturaleza aleatoria y cuyo objeto envuelve la ganancia o pérdida según la ocurrencia de un hecho incierto.

Es un contrato de adhesión, en el que no prima la autonomía de la voluntad, en la que los

contratantes y particularmente el apostador o jugador no puede determinar libremente el contenido del negocio o ejercer la libertad de configuración interna del contrato, porque la necesidad de tener unas condiciones uniformes para todos los partícipes es la forma de garantizar el principio de transparencia para no modificar la condición del azar y, de esta manera, tener en igualdad de condiciones a los partícipes del juego, sin que las reglas preestablecidas puedan ser alteradas en el transcurso del sorteo o juego, porque ello mina la confianza de los partícipes.

**El juego de suerte se caracteriza por la existencia de posibilidades de ganar o perder que no penden solamente de la habilidad del jugador, sino en la que interviene también el azar, considerado como una situación de casualidad o fortuita<sup>[33]</sup> que, de producirse un resultado, permite al participante del juego -llámese apostador o jugador- obtener un premio en dinero o en especie o un servicio, bien sea que pague directamente o no por ingresar o participar en el juego. El hecho del no pago por participar en el juego no le resta la condición de suerte y azar porque la obtención del premio está sujeto a un hecho futuro e incierto que deviene de la casualidad.**

**Los juegos de suerte y azar requieren de un operador que puede ser el mismo Estado a través de los departamentos, el Distrito Capital o las empresas industriales y comerciales del Estado o los debidamente autorizados mediante contratos de concesión o de aquellas otras figuras contractuales autorizadas por la ley, suscritos con las entidades territoriales o sociedades de capital público autorizadas para la explotación del monopolio o la persona debidamente autorizada, como señalan los artículo 6.º y 7.º ibidem.**

La norma en cita, en los artículo 8.º y 9.º, estableció los derechos de explotación y los gastos de administración; los primeros, a cargo de los terceros operadores en favor de la entidad o dependencia autorizada para administrar el juego, en un porcentaje de los ingresos de cada juego, salvo las excepciones de ley; y los gastos de administración cuando la operación es directa que corresponden a los fijados en el reglamento que se reconocen en favor de las entidades administradoras del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar por cada modalidad de juego que se explote.

La Ley 643 establece modalidades de juego como las loterías, el régimen de juegos de apuestas permanentes o chance, las rifas de circulación departamental, municipal y del Distrito Capital y el de explotación, organización y administración de los demás juegos.

**Visto el artículo 31 ejusdem, se definen los juegos promocionales, en el siguiente sentido:**

**"[...] ARTICULO 31. JUEGOS PROMOCIONALES. Son las modalidades de juegos de suerte y azar organizados y operados con fines de publicidad o promoción de bienes o servicios, establecimientos, empresas o entidades, en los cuales se ofrece un premio al público, sin que para acceder al juego se pague directamente.**

**Los juegos promocionales generan en favor de la entidad administradora del monopolio derechos de explotación equivalentes al catorce por ciento (14%) del valor total del plan de premios.**

**Los derechos mencionados deberán ser cancelados por la persona natural o jurídica gestora del juego al momento de la autorización del mismo.**

**Todos los premios de una promoción deben quedar en poder del público.**

**La Empresa Territorial para la Salud (ETESA originada en la asociación de los departamentos y el Distrito Capital, explotará los juegos promocionales en el ámbito nacional y autorizará su realización. Los juegos promocionales del nivel departamental y municipal serán explotados y autorizados por la Sociedad de Capital Público Departamental (SCPD) [...]" (Destacado fuera de texto).**

**La norma indicada supra establece una modalidad regulada de juegos de suerte y azar en los cuales se ofrece un premio que se puede obtener sin que se realice un pago directo; el fin de este tipo de juego de suerte y azar es publicitario de bienes o de promoción de bienes y servicios, en el que todos los premios deben quedar en poder del público.**

**El inciso tercero del artículo 5.º de la Ley indicada supra estableció unos tipos de juegos de suerte y azar excluidos del arbitrio rentístico propio de este monopolio, al señalar que "[...] [e]stán excluidos del ámbito de esta ley los juegos de suerte y azar de carácter tradicional, familiar y escolar, que no sean objeto de explotación lucrativa por los jugadores o por terceros, así como las competiciones de puro pasatiempo o recreo; también están excluidos los sorteos promocionales que realicen los operadores de juegos localizados, los comerciantes o los industriales para impulsar sus ventas, las rifas para el financiamiento del cuerpo de bomberos, los juegos promocionales de las beneficencias departamentales y los sorteos de las sociedades de capitalización que solo podrán ser realizados directamente por estas entidades. [...]" (Destacado fuera de texto).**

El legislador buscó impulsar mediante juegos de suerte y azar las ventas de comerciantes e industriales, motivo por el cual dispuso excluirlo del arbitrio rentístico; lo cual implica de forma consecuente que no se causan derechos de explotación y gastos de administración en esta clase actividades, aun cuando fuere un típico juego de suerte y azar.

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-169 de 2 de marzo de 2004[34], consideró exequible la exclusión de los juegos de suerte y azar promovidos por los comerciantes e industriales para impulsar sus ventas, en los siguientes términos:

**"[...] Para el demandante la exclusión de los juegos y sorteos a que se refiere el segmento demandado del artículo 5º de la Ley 643 resulta contraria también al artículo 13 de la Constitución pues al excluirlos del régimen propio se está autorizando que sectores económicos realicen juegos lucrativos como lo son las cédulas de capitalización que generan rendimientos para las respectivas sociedades o que los comerciantes o industriales realicen promociones que incrementen sus ventas, sin que el sector salud reciba beneficio alguno por el pago que debe hacerse por estos juegos.**

**A juicio del demandante las excepciones previstas en la ley no guardan justificación alguna que les permita un trato preferente o integral frente a otro tipo de personas o actividades económicas que quieran realizar este tipo de explotación, pues estas últimas están sometidas al pago de derechos de explotación en los términos de la misma ley de régimen de propio.[...]**

**La Corte entonces, se ocupará a continuación, siguiendo las puntualizaciones hechas por el Señor Procurador General de la Nación, en el concepto rendido a la Corte y en las opiniones de los intervinientes, de establecer la razonabilidad de dichas exclusiones.**

**Para la Corte, en consonancia con el concepto del Señor Procurador General de la Nación, las exclusiones contenidas en el artículo 5° de la Ley 643 de 2001 no resultan violatorias de los artículos 13 y 336 constitucionales pues ellas no se refieren a una persona determinada, sino a ciertos tipos de juegos que no son de carácter lucrativo profesional, tienen un fin lícito permitido por la Constitución y en ocasiones van asociadas también a un beneficio común.**

**Así mismo conforme al texto del inciso tercero del artículo 5° de la ley, donde precisamente se contienen las expresiones acusadas las exclusiones allí contenidas se hallan condicionadas a la circunstancia de que todos los sorteos se realicen de manera directa por las entidades explícitamente mencionadas en él.**

**[...]**

**En ese orden de ideas, y en relación con los diversos supuestos de exclusión referidos en la disposición acusada cabe precisar:**

**Las promociones que realizan los comerciantes o industriales no tienen por propósito desarrollar un juego de suerte o azar con carácter profesional, sino crear un estímulo usualmente esporádico u ocasional como estrategia para impulsar sus ventas; este propósito no resulta irrazonable si se tiene en cuenta que el objetivo principal es que los empresarios aumenten su flujo de caja, fomenten el desarrollo empresarial y la creación de empleo tanto directo como indirecto.**

**También es claro que los mencionados sorteos promocionales no son parte del objeto social de la persona jurídica que se dedica a la actividad comercial o industrial, como tampoco de la actividad principal a la que se dedica la persona natural, sino que constituye una especie de estímulo que bien puede otorgar a quienes se dediquen a crear empresa, a promover la industria y el comercio, al crecimiento económico y a la generación de empleo [...]" (Destacado fuera del texto original).**

**La Corte Constitucional concluye que la exclusión de los juegos de suerte y azar que realizan los comerciantes e industriales obedece a que estos no se desarrollan con carácter profesional; buscan esporádicamente promover las ventas para mejorar el flujo de caja para, de esta forma, fomentar el desarrollo empresarial y la creación de empleo directo e indirecto.**

**Asimismo, la Corte considera que los sorteos promocionales merecen la ventaja impositiva porque: i) no forman parte de la actividad industrial o comercial ni de la actividad principal profesional de quien los promueve; ii) sirve de estímulo a la industria, el comercio e igualmente al crecimiento económico y la generación de empleo: situaciones estas que requieren una especial protección en virtud de los efectos positivos en el bienestar de las personas y el**

mejoramiento de los ciclos económicos en el empleo y la demanda agregada de bienes y servicios.

### **La potestad reglamentaria en materia de juegos de suerte y azar**

**Ahora bien, visto el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, corresponde al Presidente de la República "[...] [e]jercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes [...]", de manera que la atribución presidencial no está instituida para crear extinguir derechos sino hacer aplicable la ley. Además, el margen de amplitud o restricción del ejercicio reglamentario guarda proporción con el tipo y contenido de la norma que reglamenta.**

El Consejo de Estado, respecto de la potestad reglamentaria, ha considerado lo siguiente:[35]

**"[...] El reglamento, como expresión de esta facultad originaria del Ejecutivo es, pues, un acto administrativo de carácter general que constituye una norma de inferior categoría y complementaria de la ley; su sumisión jerárquica a ésta en la escala normativa (principio de jerarquía normativo piramidal) es indiscutible y absoluta, toda vez que se produce en los ámbitos y espacios que la ley le deja y respecto de aquello que resulte necesario para su cumplida ejecución, sin que pueda suprimir los efectos de los preceptos constitucionales o legales ni contradecirlos, motivo por el cual si supera o rebasa el ámbito de aplicación de la ley e incursiona en la órbita de competencia del Legislador compromete su validez y, por tanto, deberá ser declarado nulo, de conformidad con lo ordenado por el numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política. El poder reglamentario se encuentra limitado en función a la necesidad de la cumplida ejecución de la ley y, como lo ha manifestado la jurisprudencia, la extensión de esta competencia es inversamente proporcional a la extensión de la ley, es decir, cuanto mayor sea el campo disciplinado por la ley, menor será el que corresponde al decreto reglamentario y, al contrario, si ella sólo regula aspectos o reglas generales para su aplicación, más amplio será el campo de desarrollo del reglamento, acorde con las exigencias requeridas para su cumplimiento [...]" (Destacado fuera de texto).**

La potestad reglamentaria se vierte en un acto administrativo de carácter general, impersonal y abstracto. Su fin es la cumplida ejecución de la ley.

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-1191 de 15 de noviembre de 2001[36], en la materia específica de la potestad reglamentaria de los de juegos de suerte y azar, manifestó:

**"[...] 41- La Corte reitera los anteriores criterios, según los cuáles la reserva legal sobre el establecimiento de los monopolios rentísticos y la fijación de su régimen propio no impide que algunos aspectos de la regulación de esas actividades, que no fueron desarrollados ni tuvieron reserva de ley, puedan entonces ser reglamentadas por la autoridad administrativa. Y es que, insiste la Corte, a la ley corresponde obligatoriamente "fijar "el régimen propio al que están sometidos "la organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos". Pero eso no significa que la ley deba necesariamente agotar todo el contenido de esta regulación, pues a ella corresponde únicamente "fijar" ese régimen, esto es, delimitar y estabilizar su alcance, estableciendo los elementos normativos básicos que definen la organización, administración, control y**



explotación de estas actividades. En tal contexto, la ley simplemente reafirma la posibilidad que tiene el Gobierno para definir, en virtud de la potestad reglamentaria, algunos elementos puntuales, técnicos y cambiantes del régimen. Esa expresa intención no es inconstitucional, pues por tratarse de una ley de naturaleza ordinaria, el legislador simplemente reconoce las atribuciones constitucionales del Gobierno.

42- Conforme a lo anterior, la Corte concluye que el actor yerra al sostener que toda la regulación de los monopolios rentísticos tiene reserva legal. Su cargo general contra las expresiones de los distintos artículos que hablan de reglamentación gubernamental carece entonces de sustento, pues la facultad de determinar ciertos aspectos de la organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos no es per se inconstitucional, sino que, por el contrario, es la propia Carta la que autoriza el reparto competencial y funcional. En consecuencia, para determinar la vulneración de la reserva legal, será necesario analizar no solo qué aspectos concretos fueron encomendados por el Legislador, sino también a quién fueron asignados.

Conforme a lo anterior, es posible que algunos elementos puntuales de la reglamentación, asignados al Gobierno en la Ley 643 de 2001, puedan tener reserva legal por referirse, por ejemplo, a la fijación del régimen propio de este monopolio rentístico. En esos casos, los apartes de la ley serían inexecutable. Sin embargo, el actor en ningún momento concreta su acusación de por qué una atribución específica contenida en un artículo determinado vulnera la reserva legal, ya que todo su argumento está construido sobre la idea de que la ley no podía conferir al reglamento la posibilidad de regular ningún aspecto de los monopolios rentísticos, tesis que ha resultado equivocada. En tal contexto, como el demandante no precisa por qué las distintas menciones efectuadas por la Ley 643 de 2001 a la reglamentación gubernamental vulneran la reserva legal, no es deber de esta Corte examinar concretamente cada uno de esos apartes, pues frente a ellos no existe realmente cargo constitucional. La Corte recuerda que a ella no le corresponde estudiar oficiosamente la constitucionalidad de las leyes ordinarias sino examinar las normas específicas que sean debidamente demandadas por los ciudadanos (CP art. 241). Y demanda en debida forma implica presencia de un cargo constitucional concreto contra el contenido normativo específico acusado.

43- Como se ha visto, nuevamente el actor formula un cargo general contra numerosos apartes de las disposiciones acusadas de la Ley 643 de 2001 pero no cuestiona en concreto el contenido normativo de los distintos apartes. Así mismo, la Corte ha encontrado que esa acusación general no tiene fundamento y, por las mismas razones señaladas en el fundamento 34 de esta sentencia, lo procedente es declarar la exequibilidad de esas disposiciones, pero limitando la cosa juzgada. En consecuencia, la Corte declarará que las disposiciones acusadas no vulneran la Carta, en la medida en que no es cierto que la ley no pueda asignar competencias al Gobierno para la reglamentación de ciertos aspectos del régimen de este monopolio rentístico, algunos de los cuales se derivan de la propia naturaleza de la ley [...]" (Destacado fuera de texto).

**El artículo 336 de la Constitución Política somete a desarrollo legislativo el régimen propio al que están sometidos "[...] la organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos [...]"; por ello, no puede afirmarse que todos los aspectos del régimen del monopolio de juegos de suerte y azar tienen reserva de ley.**

**En efecto, la normativa sobre juegos de suerte y azar ha sido objeto de diversas reglamentaciones, entre ellas, el Decreto núm. 493 de 22 de marzo de 2001, por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 31 de la Ley 643; norma relevante para efectos de resolver el caso sub examine.**

**Decreto núm. 493 de 22 de marzo de 2001, por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 31 de la Ley 643**

El artículo 31 de la Ley 643 fue reglamentado parcialmente por el Decreto núm. 493 de 22 de marzo de 2001, mediante el cual se establecieron normas sobre: i) solicitud de autorización; ii) autorización para la operación de juegos promocionales; iii) requisitos de la solicitud de autorización; iv) valor del plan de premios; v) trámite de la solicitud; vi) concepto desfavorable y desistimiento; vii) modificación del calendario de sorteos; viii) premios en dinero y en especie; ix) autorizaciones y regulaciones especiales; x) plazo para la entrega de premios; xi) aplicación restrictiva de las excepciones; y xii) vigencia y derogatorias.

**Visto el artículo 1 ibidem, "[...] [l]as personas naturales o jurídicas que pretendan organizar y operar juegos de suerte y azar con el fin de publicitar o promocionar bienes o servicios, establecimientos, empresas o entidades, en los cuales se ofrezca un premio al público, sin que para acceder al juego se pague directamente, deberán previamente solicitar y obtener autorización de las entidades competentes [...]" (Destacado fuera de texto).**

**Vistos los artículos 2 y 3 de la norma ibídem, se establece que el competente para autorizar juegos de carácter nacional, en su momento, era la Empresa Territorial para la Salud – Etesa. Además, se establecieron los requisitos de autorización al señalar: i) que la solicitud deberá ser escrita; ii) se debe presentar con una anticipación no inferior a diez (10) días calendario a la fecha propuesta para la realización del sorteo o sorteos, acompañada del certificado de existencia y representación legal si se trata de personas jurídicas y el certificado de autorización de la Superintendencia Bancaria para las entidades financieras y aseguradoras; iii) los planes de premios deberán contar con la respectiva justificación técnica y económica, el lugar y el calendario de realización de los sorteos; iv) se deberá acompañar con la solicitud de autorización las facturas de compra, promesa de contrato de compraventa o certificado de matrícula inmobiliaria según el caso, de los bienes, servicios o elementos que componen el plan de premios o en su defecto, cotización de los mismos con un certificado de disponibilidad que garantice el pago de plan de premios; v) se deberá acompañar de la manifestación expresa según la cual, en caso de obtener concepto previo y favorable a la solicitud de autorización, se obliga a constituir una garantía de cumplimiento a favor de la Empresa Territorial para la Salud o de la respectiva Sociedad de Capital Público Departamental, según el ámbito de operación del juego, en cuantía igual al valor total del plan de premios ofrecido, con una vigencia mínima desde la fecha prevista para el primer sorteo y hasta dos (2) meses después del último sorteo. El Decreto 493 de 2001 establece, además, que en la eventualidad de tener que realizar sorteos adicionales hasta que los premios queden en poder del público, la garantía de cumplimiento deberá prorrogarse. Por último, vi) en toda solicitud deberá incluirse el proyecto de pauta**

publicitaria, la cual se ceñirá al manual de imagen corporativa establecida por la autoridad correspondiente.

Vistos los artículos 4 y 5 de la norma ejusdem, por un lado, los juegos promocionales contendrán el plan de premios según su valor comercial e incluirán el impuesto al valor agregado -IVA, si quien realiza el sorteo o juego asume el pago de impuestos deberá incluirlo en el valor del plan de premios; por el otro, el promotor del juego promocional según el artículo 5.º de la norma citada debe solicitar a la entidad autorización para su realización, que recibida en debida forma en el término de cinco (5) días, emitirá concepto de viabilidad calendario conforme al estudio técnico, jurídico y económico, que de ser favorable lo comunicara al solicitante para que constituya garantía de cumplimiento y sufrague los derechos de explotación y gastos de administración.

Vistos los artículos 6.º ibidem, "[...] [s]i del examen de la solicitud de autorización la Empresa Territorial para la Salud -ETESA- [...] emite concepto desfavorable, así lo hará conocer al interesado mediante acto administrativo susceptible de recursos. Ejecutoriada la decisión devolverá la documentación suministrada, si es el caso [...]". Asimismo, cuando del examen de la solicitud de autorización se establezca que está incompleta o que requiere aclaración, se deberá comunicar dicha situación al interesado, señalándole un plazo prudencial para que la complete o aclare. Cumplido el plazo prudencial sin que se haya completado o aclarado la solicitud, se entenderá que se ha desistido de la misma, lo cual no impide la presentación de posteriores solicitudes.

Ahora bien, visto el artículo 11 del Decreto ibidem, la normativa establece que, con el objeto de garantizar la aplicación restrictiva de la exención, las excepciones a los juegos de suerte y azar establecidas en el inciso tercero del artículo 5.º ejusdem requieren concepto previo, al señalar lo siguiente:

"[...] Artículo 11. Aplicación restrictiva de las excepciones. Toda persona natural o jurídica que pretenda realizar juegos de suerte y azar promocionales que considere se encuentra dentro de las excepciones previstas en el inciso tercero del artículo 5º de la Ley 643 de 2001, deberá solicitar y obtener de la Empresa Territorial para la Salud -ETESA- o de la respectiva Sociedad de Capital Público Departamental (SCPD), según el ámbito de operación de que se trate, concepto mediante el cual se establezca dicha circunstancia, para lo cual deberá acreditar los requisitos establecidos en la citada disposición. [...]"  
(Destacado fuera de texto).

Vista la normativa supra, en los eventos de juegos de suerte y azar excluido, así como en los juegos de suerte y azar promocionales, la norma reglamentaria necesariamente exige solicitar concepto previo que debe ser favorable para realizar la actividad de suerte y azar.

Ahora bien, la Sección Primera del Consejo de Estado[37] estudió la demanda de nulidad de los artículos 2.º; 3.º, numerales 2.º, 3.º y 5.º; y 5.º del Decreto núm. 493 de 2001, y, mediante sentencia proferida el 30 de julio de 2009, negó las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos:

"[...] 4.1.- Examen del primer cargo:

La primera de las objeciones expuestas en la demanda, alude a la presunta trasgresión de las normas constitucionales y legales que consagran la libertad de empresa y prohíben la exigencia de autorizaciones y conceptos para el ejercicio de actividades y derechos [...]

**Para esta Corporación, las disposiciones de la Ley 962 de 2005 no pueden tenerse como parámetro de comparación para determinar la legalidad de las normas demandadas, pues aunque ellas son de mayor jerarquía en la escala normativa, dichas disposiciones fueron proferidas con posterioridad a la expedición del Decreto 493 de 2001. Esa circunstancia es más que suficiente para declarar que las posibles inconcordancias que pudieren existir entre las referidas disposiciones legales y las contenidas en el Decreto acusado, de manera alguna pueden determinar la nulidad de estas últimas, pues con ello se estaría incurriendo en una violación flagrante de los principios de seguridad jurídica e irretroactividad de la ley.**

**[...]**

**Dejando de lado el comentario que antecede, la Sala es del criterio que el acto administrativo acusado no es violatorio de las normas superiores invocadas en la demanda, pues si bien es verdad que en ellas se prohíbe expresamente a las autoridades exigir licencias o permisos de funcionamiento para autorizar la apertura o continuidad de los establecimientos de comercio, o exigir el cumplimiento de requisito alguno que no esté expresamente ordenado por el legislador, en este caso la misma Ley 643 de 2001 fue la que dispuso en su artículo 31 la emisión de las autorizaciones y la expedición de los actos reglamentarios que ahora son objeto de censura.**

**Es preciso considerar, por otra parte, que el monopolio de los juegos de suerte y azar constituye un arbitrio rentístico debidamente autorizado por nuestro ordenamiento jurídico, cuya explotación reporta unos ingresos de destinación específica que solamente pueden ser invertidos en los ramos de la salud y la educación. Al mismo tiempo, debe tenerse en cuenta que las autorizaciones y conceptos cuestionados coinciden plenamente con lo preceptuado en el artículo 31 de la Ley 643 de 2001, pues es clara su intención de contribuir al estricto cumplimiento de lo que allí se dispone, especialmente en lo que atañe a la cancelación de los derechos de explotación y al pago efectivo de los premios [...]"**

#### **4.2.- Examen del segundo cargo:**

**En cuanto al señalamiento contenido en la demanda con respecto a la presunta extralimitación en el ejercicio de las facultades reglamentarias, la Sala considera que el cargo carece de fundamento, pues tal como se señaló anteriormente, los preceptos acusados no contienen mandato alguno que desborde lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 643 de 2001. En otras palabras, la Sala estima que la parte actora no demostró que los apartes acusados sean representativos del ejercicio irregular de la atribución que el artículo 189 numeral 11 de la Constitución radica en cabeza del Presidente de la República, pues se limitan de manera llana y simple a concretar la aplicación estricta de la norma legal reglamentada.**

**Frente a los anteriores señalamientos, la Sala se remite a las consideraciones que ya se hicieron con respecto a la imposibilidad de cotejar las normas del decreto demandado con las de la Ley 962 de 2005, toda vez que ello entrañaría la aplicación retroactiva de esta última, en contravía de lo dispuesto en la Ley 153 de 1887, pues por principio las leyes solamente producen efectos hacia el futuro y rigen a partir de su promulgación, a menos de que se trate de normas constitucionales, de disposiciones sancionatorias más favorables o de preceptos de carácter procesal.**

**En suma, la Sala se permite reiterar que el análisis de legalidad de las normas demandadas en acción de nulidad, necesaria e indefectiblemente debe realizarse frente a aquellas disposiciones a las cuales debían estar sujetas al momento de su adopción [...]" (Destacado fuera de texto).**

**En la sentencia indicada supra, la Sección Primera consideró que la Ley 962 no podía servir de parámetro de comparación de legalidad respecto del Decreto núm. 493 de 2001 porque a la fecha de vigencia del mismo la antedicha ley no se encontraba vigente.**

**Asimismo, consideró que la Ley 643 estableció que las entidades "administradoras" de los juegos de suerte y azar son competentes para su autorización de manera que no es el reglamento quien faculta la expedición de conceptos y autorización sino que es la misma ley la que regula el monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, sin que pueda existir exceso en el ejercicio de la facultad reglamentaria.**

Adicionalmente consideró que la exigencia de la justificación técnica jurídica y económica del juego, la presentación del plan de premios y la constitución de una garantía de cumplimiento y el pago de los derechos de explotación y gastos de administración tienen como objeto el de garantizar el cumplimiento del artículo 31 de la Ley 643, en cuanto a asegurar el pago o entrega de los premios, de los derechos de explotación y gastos de administración, mantener la confianza del público y que los recursos lleguen al sistema de salud.

**En lo que respecta a la finalidad de interés público o social y a los requisitos de eficiencia impuestos por el Constituyente, el artículo 3 de la ley ejusdem establece que "[...] todo juego de suerte y azar debe contribuir eficazmente a la financiación del servicio público de salud, de sus obligaciones prestacionales y pensionales [...]" y que la razón de ser de la actividad monopolística es la financiación de los servicios de salud, razón por la cual los recursos obtenidos por los departamentos, Distrito Capital y los municipios como producto del ejercicio de la actividad deben ser transferidos directamente a los servicios de salud.**

Análisis del caso concreto

Visto el marco normativo y los desarrollos jurisprudenciales en la parte considerativa de esta sentencia, la Sala procede a realizar el análisis del acervo probatorio para, posteriormente, en aplicación del silogismo jurídico, concluir el caso concreto.

Vistos: el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo, sobre pruebas admisibles; y 174, 175, 177 y 187 del Código de Procedimiento Civil, sobre necesidad de la prueba, medios de prueba, carga de la prueba y apreciación de las pruebas; esta Sala procede a apreciar y a valorar en su conjunto todas las pruebas solicitadas, decretadas y recaudadas, de conformidad con las reglas de la sana crítica y aplicando las de la lógica y la certeza que sobre determinados hechos se requiere para efectos de decidir lo que en derecho corresponda, con el objeto de determinar si se debe confirmar, modificar o revocar la sentencia proferida por el Tribunal, en primera instancia.

Acervo Probatorio

La Sala observa que en el expediente se decretaron las siguientes pruebas documentales, relevantes para resolver el caso sub examine.

Documentales

Copia de un documento de 10 de diciembre 2008 que contiene una petición de exención a la actividad promocional denominada "Coca-Cola trae color a tu mesa", consistente en que el consumidor a cambio de reunir tres puntos por el consumo de bebidas de Coca-Cola que tuvieran tapas contramarcadas y el pago de \$500.00 tendría derecho a reclamar uno de los 6 vasos de colores de la promoción. El documento no consta que haya sido recibido por la parte demandada.

Copia de un mensaje de datos del 7 de enero de 2009[38] de Silvia M. Barrera Varela ("Legal y asuntos Corporativo de Coca-Cola) y dirigido a [jluna@etesa.gov.co](mailto:jluna@etesa.gov.co), en que le manifiesta las razones por las cuales no comparten las razones de la parte demandada para el cobro de los derechos de explotación de juegos promocional, aduciendo que están cobijados por la exclusión de la Ley 643, así como por el hecho de haber obtenido la exclusión de derechos de explotación y gastos de administración en la promoción denominada "Vasos Olímpicos" del mes de agosto de 2008, en la que los productos participantes están contramarcados con una leyenda que otorga al consumidor un punto o dos puntos y una vez el consumidor sume dos (2) puntos más mil Pesos M/cte. (\$1.000,00) podrá reclamar un vaso de vidrio. Señala que corresponde a la misma reglamentación de la promoción que hoy se propone como "Coca-Cola trae color a tu mesa", situación que afecta el principio de confianza legítima. Finalmente adjunta archivo con la solicitud de concepto previo de exclusión para la promoción "Coca-Cola trae color a tu mesa" con su vigencia.

Copia de la solicitud de autorización radicada por la parte demandante ante la demandada[39] del juego promocional en los siguientes términos:

**"[...] Por medio de la presente me permito informarle que la compañía INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. de impulsar las ventas de las bebidas marca Coca-Cola a nivel nacional.**

**Teniendo en cuenta lo anterior, me permito presentar a su entidad las características de la promoción: GASEOSAS S.A., realizará la actividad promocional "Coca-Cola trae color a tu mesa con el objetivo de**

**Impulsar las ventas de las bebidas marca Coca-Cola a nivel nacional.**

#### **A. Objetivo**

**Impulsar las ventas de las bebidas marca Coca-Cola a nivel nacional.**

#### **B. MECANICA DE LA FROMOCION**

**Las tapas de LOS PRODUCTOS participantes están contramarcadas con una leyenda que otorga al consumidor "Un Punto", "Dos Puntos" o "Tres Puntos". Una vez el consumidor sume tres (3) puntos más QUINIENTOS PESOS M.L. (\$500.00) podrá reclamar un (1) vaso color coleccionable, de conformidad con las especificaciones señaladas en el aparte "Reglamento de la Promoción"**

#### **C. REGLAMENTO DE LA PROMOCION**

**El reglamento de la promoción es el siguiente:**

**LOS PRODUCTOS participantes en la actividad promocional son:**

**a. Coca-Cola 3,2.5, 2 y 1.365 litros PET y 125 litros RGB**

**b. Coca-Cola Light 2.5 litros PET**

**Coca-Cola Zero 25, 2 y 1.365 litros PET**

**2 LOS PRODUCTOS estarán contramarcados con una leyenda que otorga al consumidor "Un Punto", "Dos Puntos" o "Tres Puntos"**

**3 Una vez el consumidor sume tres (3) Puntos más QUINIENTOS PESOS M.L. (\$500.00) podrá reclamar un (1) "Vaso Color"**

**Son seis (6) colores coleccionables,**

**El incentivo podrá reclamarlo en los puntos de canje autorizados y en las rutas de reparto de la compañía**

**Incentivos disponibles: UN MILLON DOSCIENTOS MIL unidades de "Vasos Color"**

**Incentivo a cargo de INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.**

**8 Valor del Plan de Premios: MIL CUATROCIENTOS DIEZ MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL (\$1410.000.000). - sin IVA**

**9, Aplican condiciones y restricciones**

#### **D. DURACIÓN DE LA PROMOCION**

**Promoción válida del 13 de enero de 2009 al 28 de febrero de 2009 y/o hasta agotar existencias**

#### **F. CUBRIMIENTO**

**La promoción se llevará a cabo a nivel nacional. [...]" (Destacado fuera de texto).**

**Copia de un oficio de 15 de enero de 2009 mediante el cual la parte demandada respondió la solicitud de autorización de juegos promocionales identificada con Radicación núm. S.G. 2.0 E1-1360 del 13 de enero de 2009, en la que le indica "[...] que para tramitar la autorización de juegos promocionales según la Ley 643 de 2001 y el Decreto Reglamentario 643 de 200, sírvase a llegar a esta Entidad los documentos relacionados y marcados con una X": [...]" ( Consignación de derechos de explotación y gastos de administración)[40]**

**Copia de la solicitud presentada por la parte demandante[41] a la parte demandada el 6 de marzo de 2009, mediante la cual solicita que expidiera "[...] acto administrativo particular y concreto en favor de Indega S.A. denominado "concepto de exclusión" para todas y cada una de las actividades de juego de suerte y azar en su modalidad de promocionales desarrolladas en un futuro por la sociedad peticionaria que se encuentra cumpliendo con los requisitos de exclusión [...]".**

**Copia de la respuesta de la parte demandada de 26 de marzo de 2009, en la cual se señala, entre otros aspectos, lo siguiente:**

**"2.- EXPEDICIÓN DE CONCEPTO GENERAL PARA TODAS LAS PROMOCIONES QUE REALIZARÁ LA INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A., SIEMPRE Y CUANDO CUMPLAN CON LAS EXIGENCIAS DE LEY Y SE ENCUENTREN DENTRO DE LAS HIPOTESIS LEGALES DE EXCLUSION:**

En cuanto a la mencionada solicitud es totalmente impertinente, toda vez que, cada promoción efectuada contiene aristas o mecánicas de juego diferentes las cuales deben ser analizadas y conceptuar si se encuentran o no excluidas, aunque como bien se le ha manifestado anteriormente, si en las solicitudes presentadas por ustedes el consumidor no cancela un valor para acceder a premios, es obvio que se encuentra dentro de la exclusión, si por el contrario tiene que cancelar un valor adicional, no se le emitirá concepto de exención y por consiguiente debe solicitar autorización y pagar los correspondientes Derechos de explotación correspondientes al 14% del valor total del plan de premios incluyendo el IVA.

Al anterior análisis es pertinente agregar que al encontrarse cada actividad limitada por una vigencia y cobertura distintas una de otra; un plan de premios entregados en unas fechas establecidas bajo una mecánica distintas entre sí, no podríamos acceder a su petición de CONCEPTO DE EXENCIÓN DE CARÁCTER GENERAL.

De otra parte, el Decreto Presidencial 493 de 2001, tiene como característica principal la fuerza de ley; de tal manera que si el mismo no ha sido declarado inexecutable, la EMPRESA TERRITORIAL PARA LA SALUD - ETESA, debe dar estricto cumplimiento, cuando en su artículo 11 establece que todas las personas naturales o jurídicas que pretendan realizar juegos de suerte y azar promocionales, que considere excluidos, solicitar y obtener concepto mediante el cual se establezca dicha circunstancia, para lo cual deberá acreditar los requisitos establecidos en la citada disposición.

Por lo tanto, cada actividad promocional debe dársele un trato individual, cumpliendo con unos requisitos establecidos en el citado decreto, el cual ha sido registrado ante el Departamento Administrativo de la Función Pública - DAFP., advirtiéndole nuevamente que ante la no declaración de su ilegalidad, estamos en la obligación de seguir taxativamente sus directrices.

Así las cosas, retomando nuevamente el mencionado artículo 5 Inciso 3 cuando excluye a los industriales y comerciantes para impulsar sus ventas al igual que el artículo 31 de la ley de régimen propio hace referencia a los juegos promocionales como aquellos organizados y operados con fines de publicidad o promoción de bienes o servicios, establecimientos, empresas o entidades, en los cuales se ofrece un premio al público, sin que para acceder se pague directamente; nos confirma aun que el consumidor no debe cancelar valor alguno para acceder al premio ofrecido, por tal motivo la Empresa Territorial para la Salud - ETESA, a través de la Vicepresidencia Comercial, ha negado en varias oportunidades conceptos de exención solicitados, atendiendo a políticas internas tomadas con el objeto de alcanzar fines jurídicos, económicos y sociales convenientes y lógicos para el sector Salud.

En el promocional propuesto por ustedes, denominado "COCA COLA TRAE COLOR A TU MESA", consistente en la compra por parte del consumidor de una coca cola tamaño familiar, donde al adquirir tapas contramarcadas con una leyenda que otorga al consumidor "un punto", "dos puntos" o "tres puntos" Una vez el consumidor suma tres (3) puntos, se hace acreedor a un vaso cancelando \$ 500 pesos", en su momento no fue



posible concepto de exención por las razones y fundamentos antes expuestos, por lo cual hubo la necesidad de cancelar los derechos de explotación establecidos en la ley.

El mismo caso, cobro directo al consumidor, se presentó en la solicitud de autorización radicada el día 23 de febrero de 2009 denominada "TRANSFORMA TU CELULAR CON COCA-COLA Y COMCEL", donde se le expresó en reunión sostenida con sus asesores que el premio que se otorga respecto de la entrega d los celulares no tendríamos ningún inconveniente en la exención, pero en tratándose de minutos a celular y Ring tones donde se le descuenta a consumidor un valor determinado, por muy mínimo que este sea, es considerado como un pago que el consumidor efectúa para acceder al mencionado incentivo.

Ahora bien, partiendo del principio de la buena fe que se presume de todas las gestiones que adelanten los particulares ante la administración, ETESA en cabeza la Vicepresidencia Comercial recibió la documentación para autorizar el juego promocional TRANSFORMA TU CELULAR CON COCA-COLA Y COMCEL, en que declaraban un plan de premios el cual fue modificado por la misma empresa peticionaria, teniendo en cuenta que la factura que anexaron no coincidía con lo declarado , lo cual fue comunicado a la empresa peticionaria, por medio del oficio E4-2051 del 20 de Febrero de 2009, se solicitó a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones sobre el particular, quien a su vez dio traslado a la Superintendencia de Industria y Comercio. A la fecha nos encontramos en espera de la respuesta para aclarar lo pertinente.

El mismo tratamiento a otras empresas Industriales, con promocionales idénticos como es el caso de GASEOSAS POSADA Y TOBON S.A., más específicamente el promocional que actualmente se está desarrollando, en el cual es evidente que el consumidor OBTIENE TOTALMENTE GRATIS UN VASO ACUMULANDO TAPAS CONTRAMARCADAS, lo cual implicaría innegablemente un concepto de exención De igual forma, es del caso precisarle tal y como lo ha establecido la Corte Constitucional en reiteradas sentencias las promociones que realizan los comerciantes o industriales no tienen por propósito desarrollar un juego de suerte o azar con carácter profesional, sino crear un estímulo usualmente esporádico u ocasional como estrategia para impulsar sus ventas; este propósito no resulta irrazonable si se tiene en cuenta que el objetivo principal es que los empresarios aumenten su flujo de caja, fomenten el desarrollo empresarial y la creación de empleo tanto directo como indirecto. <sup>1</sup>

También es claro que los mencionados sorteos promocionales no son parte del objeto social de la persona jurídica que se dedica a la actividad comercial o industrial, como tampoco de la actividad principal a la que se dedica la persona natural, sino que constituye una especie de estímulo que bien puede otorgar a quienes se dediquen a crear empresa, a promover la industria y el comercio, al crecimiento económico y a la generación de empleo.

Con referencia específica, cuando el artículo 31 de la Ley 643 de 2001 menciona que los derechos de explotación deberán ser cancelados al momento de la autorización del mismo, es decir, una vez expedido el correspondiente acto administrativo, la Empresa Territorial para la Salud - ETESA, de conformidad con expedición del mismo, le ha dado estricto cumplimiento, pues se trata de un decreto presidencial con fuerza de ley que reglamentó, y valga decir, aclaró lo expuesto en juegos promocionales.

De tal manera que, si la entidad asume que el pago de derechos de explotación se realice

posterior a la expedición del acto administrativo, tal y como ustedes lo manifiestan, el trámite sería complejo, toda vez que, deberán notificarse dos actos administrativos, esto es, el de autorización del juego promocional y el aprobación del pago correspondiente, ante lo cual tendríamos que modifica-' el trámite de solicitud de juegos de suerte y azar en la modalidad de promocionales de la entidad, registrado ante el DAFP, lo cual no sería conveniente para ustedes , mas aun cuando lo que nos han manifestado es celeridad en los trámites. [...]" (Destacado fuera de texto).

Copia de un documento de 10 de diciembre de 2008 mediante el cual la parte demandante solicita a la parte demandada la exención de actividad promocional "Coca-Cola trae color a tu mesa", así:[42]

"[...] Por medio de la presente me permito informarle que la compañía INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. realizará la actividad promocional "Coca-Cola trae color a tu mesa" con el objetivo de impulsar las ventas de las bebidas marca Coca-Cola a nivel nacional.

Teniendo en cuenta lo anterior, me permito presentar a su entidad las características de la promoción:

#### **"A. OBJETIVO**

Impulsar las ventas de las bebidas marca Coca-Cola a nivel nacional.

#### **B. MECANICA DE LA PROMOCION**

Las tapas de LOS PRODUCTOS participantes están contramarcadas con una leyenda que otorga al consumidor "Un Punto", "Dos Puntos" o "Tres Puntos". Una vez el consumidor sume tres (3) puntos más QUINIENTOS PESOS M.L. (\$500.00) podrá reclamar un (1) vaso color coleccionable, de conformidad con las especificaciones señaladas en el aparte "Reglamento de la Promoción".

#### **C. REGLAMENTO DE LA PROMOCION**

El reglamento de la promoción es el siguiente:

##### **1. LOS PRODUCTOS participantes en la actividad promocional son:**

- a. Coca-Cola 3, 2.5, 2 y 1.365 litros PET y 1.25 litros RGB
- b. Coca-Cola Light 2.5 litros PET
- c. Coca-Cola Zero 2.5, 2 y 1.365 litros PET

LOS PRODUCTOS estarán contramarcados con una leyenda que otorga al consumidor "Un Punto", "Dos Puntos" o "Tres Puntos".

Una vez el consumidor sume tres (3) Puntos más QUINIENTOS PESOS M.L. (\$500.00) podrá reclamar un (1) "Vaso Color".

##### **4. Son seis (6) colores coleccionables.**

5. El incentivo podrá reclamarlo en los puntos de canje autorizados y en las rutas de reparto de la compañía.

**6. Incentivos disponibles: UN MILLON DOSCIENTOS MIL unidades de "Vasos Color".**

**7. Incentivo a cargo de INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.**

**8. Aplican condiciones y restricciones.**

#### **D. DURACIÓN DE LA PROMOCIÓN**

**Promoción válida del 13 de enero de 2009 al 28 de febrero de 2009 y/o hasta agotar existencias.**

#### **E. CUBRIMIENTO**

**La promoción se llevará a cabo a nivel nacional. [...]" (Destacado fuera de texto).**

**Copia de la solicitud de exención radicada el 21 de mayo de 2008[43] mediante la cual la parte demandante solicitó a la parte demandada la exención de la actividad promocional denominada "Vasos Olímpicos". Del documento se extracta lo siguiente:**

**"[...] Por medio de la presente me permito informarle que la compañía INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. realizará la actividad promocional "Vasos Olímpicos" con el objetivo de impulsar las ventas de las bebidas marca Coca-Cola a nivel nacional.**

**Teniendo en cuenta lo anterior, me permito presentar a su entidad las características de la promoción:**

##### **A. OBJETIVO**

**Impulsar las ventas de las bebidas marca Coca-Cola a nivel nacional.**

##### **B. MECANICA DE LA PROMOCION**

**Las Tapas de LOS PRODUCTOS participantes están contramarcadas con una leyenda que otorga al consumidor "Un Punto" o "Dos Puntos". Una vez el consumidor sume dos (2) Puntos más MIL PESOS M.L. (\$1.000) podrá reclamar un (1) vaso de vidrio, "Vaso Olímpico", de conformidad con las especificaciones señaladas en el aparte "Reglamento de la Promoción".**

##### **C. REGLAMENTO DE LA PROMOCION**

**El reglamento de la promoción es el siguiente:**

**1. LOS PRODUCTOS participantes en la actividad promocional son: Coca-Cola 2.5 litros PET, Coca-Cola 1,25 L Retornable y Coca-Cola Zero 2 L PET**

**2. LOS PRODUCTOS estarán contramarcados con una leyenda que otorga al consumidor "Un Punto" o "Dos Puntos"**

**3. Una vez el consumidor sume dos (2) Puntos más MIL PESOS M.L. (\$1.000) podrá reclamar un (1) "Vaso Olímpico"**

**4. El incentivo podrá reclamarlo en los puntos de canje autorizados y en las rutas de reparto de la compañía**

**5. La promoción aplica a nivel nacional.**

**6. Incentivos disponibles: UN MILLON NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS VEINTE (1.999.920) unidades de "Vasos Olímpicos.**

**7. Incentivo a cargo de INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.**

**Aplican condiciones y restricciones.**

#### **D. DURACIÓN DE LA PROMOCIÓN**

**Promoción válida del 1 de Julio al 23 de Agosto de 2008 y/o hasta agotar existencias.**

#### **E. CUBRIMIENTO**

**La promoción se llevará a cabo a nivel nacional. [...]" (Destacado fuera de texto).**

Copia del oficio[44] de 28 de mayo de 2008, mediante el cual se informa que fue concedido concepto favorable de exención de un juego promocional del cual se destaca:

**"[...] De conformidad con lo establecido en el artículo undécimo Reglamentario No. 493 del 22 de Marzo de 2001 y el inciso tercero del artículo quinto de la Ley 643 2001 antes citado; una vez revisada la documentación por ustedes presentada ante esta Entidad, así como el reglamento del concurso, encontramos que la sociedad INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. presente(sic) juego promocional con la finalidad de incrementar sus ventas, se encuentra dentro de las excepciones previstas en las normas citadas del Decreto**

**Por tanto, la sociedad INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. no necesita adelantar ningún trámite adicional ante la Empresa Territorial para la Salud ETESA, para la realización de este evento promocional.**

**Debe entenderse que la presente no constituye autorización general a la Sociedad INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A, realizar todo tipo de juegos promocionales, no se autoriza el uso de los logos o emblemas de esta entidad en los juegos autorizados. ETESA cumple una función determinada en la ley por la cual no se estipula costo alguno para los solicitantes.**

**Se le recuerda al solicitante que no puede cobrar a los participantes por el derecho a participar en los sorteos. Y que es de su absoluta responsabilidad las afectaciones a terceros, ya que en este escrito no se aprueba el juego ni su reglamento, simplemente se manifiesta que para el caso en concreto se encuentra exento de la aplicación de la Ley 643 del 2001. [...]" (Destacado fuera de texto).**

Pruebas Testimoniales

Testimonio de la señora Jannette Alejandra Luna Vela realizado el 22 de febrero de 2011, y del cual se destaca lo siguiente[45]:

**"[...] CONTESTO: Para la fecha de la expedición del acto administrativo era la profesional universitaria que estaba a cargo de proyectar los actos administrativos que se originaron por solicitud de autorización para realizar juegos promocionales. PREGUNTADO.- Sírvase decir la declarante, si le consta la solicitud de exención de pago de derechos por la actividad promocional "Coca-Cola trae color a tu mesa CONTESTO: La administración**

de ETESA EN LIQUIDACION pretendía darle celeridad, economía y eficiencia a todo tipo de trámites con ocasión de la realización de juegos promocionales, la documentación era revisada previamente a la radicación con el objeto de verificar el cumplimiento a lo estipulado en la Ley 643 de 2001 y el Decreto Reglamentario 493 del mismo año, en materia de juegos promocionales, La Industria Nacional de Gaseosas, presentó solicitud para la promoción de un juego denominado "Coca-Cola trae color a tu mesa", revisada la documentación y teniendo en cuenta que el consumidor debía realizar un pago para acceder al promocional se le solicitó complementar su documentación para acceder a la autorización, la documentación fue presentada por el mensajero de la Industria Nacional de Gaseosas, quien posteriormente al escuchar la sugerencia de la vicepresidencia comercial se comunicó con funcionarios de INDEGA, quienes solicitaron que les dejara escrito el por qué se había solicitado complementar el trámite. PREGUNTADO- Sírvase decir el declarante, que aspectos o ítems comprende el pago que según usted debía realizar Industrias Nacional de Gaseosas, previamente a la decisión a tomar por ETESA.

CONTESTO: El artículo 31 de la ley 643 de 2001, define los juegos promocionales y es reglamentado por el Decreto 498 del mismo año que establece el procedimiento para la autorización de juegos promocionales, igualmente los porcentajes del valor total del plan de premios que debe pagar quien pretenda realizar el juego, son porcentajes establecidos legalmente. Se afirma en el hecho 16 de la demanda que ETESA a la petición de exención de la demandante manifiesta "la inviabilidad de declarar exento a una empresa que al efectuar el sorteo promocional le cobra al consumidor un valor adicional para poder acceder a un incentivo o premio o tiene asidero jurídico ya que lo relevante es que no exista ánimo de lucro y que en el presente caso el cobro de los \$500 pesos, tenía por objeto exclusivamente sufragar los costos directos del juego promocional. PREGUNTADO.- Que tiene que decir usted al respecto. CONTESTO: En la definición del artículo 31 de la Ley 643 de juegos promocionales se advierte " son las modalidades de suerte y azar organizados y operados con fines de publicidad o promoción de bienes o servicios, establecimientos, empresas o entidades, en los cuales se ofrece un premio al público, sin que para acceder al juego se pague directamente", de igual manera el artículo 1° del Decreto 493 de 2001, establece "solicitud de autorización: las personas naturales o jurídicas que pretendan organizar y operar juegos de suerte y azar con el fin de publicitar o promocionar bienes o servicios, establecimientos, empresas o entidades, en los cuales se ofrezca un premio al público, sin que para acceder al juego se pague directamente, deberán previamente solicitar y obtener autorización de las entidades competentes", se concluye entonces que la Ley no advierte el destino del pago que debe hacer el consumidor, es claro que debe pedir autorización a la entidad competente, que para el caso es ETESA teniendo en cuenta que el consumidor debe hacer un pago para acceder al juego promocional.

PREGUNTADO.- Sírvase decir el declarante, si el 1 % sobre el valor de los derechos para gastos de administración cobija los gastos de la entidad peticionaria o de ETESA.

CONTESTO: Es un porcentaje legalmente para ETESA. PREGUNTADO.- Sírvase decir la declarante si ETESA dio respuesta a la petición de diciembre 10 de 2008 en la que solicita la exención de actividad promocional "Coca Cola trae color a tu mesa", en caso afirmativo mediante qué acto administrativo. CONTESTO: Teniendo en cuenta que de la revisión a la documentación presentada por Coca-Cola se concluía que debía modificar su trámite, ellos no radicaron la carta anexa a la prueba documental No. 3, sino que por el contrario modifican su solicitud a través del radicado No. El-360 del 13 de enero de 2009 contestada mediante el comunicado E4-360 del 15 de enero de 2009, fecha para la cual ya ETESA había expedido el acto administrativo autorizando la promoción, debido la

premura del tiempo. **PREGUNTADO.-** Según respuesta en esta declaración usted afirma que Coca-Cola no radicó la petición de exención de la actividad promocional mencionada, ello significa que este documento que se le pone de presente en esta diligencia no fue recibido, ni reposa en ETESA. **CONTESTO:** Como bien lo aporta la parte demandante un "post it" anexo a la solicitud, escrito de mi puño y letra, después de haberlo solicitado, el documento estuvo en mis manos, pero como bien ya lo dije, de la revisión se advirtió que deberían complementar el trámite para acceder a la autorización de la entidad, ETESA no se ha negado ni se niega a radicar trámites, lo que pretendía en ese momento era darle celeridad a la solicitud y que Coca-Cola obtuviera su acto administrativo de autorización. Por lo tanto la solicitud no fue radicada. **PREGUNTADO.** Teniendo en cuenta la respuesta anterior, sírvase decir la declarante, cuál era el trámite que debía realizar Coca-Cola ya que según el "post it" el consumidor que gana el premio tiene que pagar además \$500. **CONTESTO:** Debe cumplir con el trámite del Decreto 493 de 2001, diligenciar un formulario establecido por la entidad donde se incluya datos generales de la entidad que solicita la autorización, vigencia, mecánica, plan de premios y objeto de la promoción. **PREGUNTADO.-** En su concepto la petición de exención de actividad promocional no reúne los requisitos de la solicitud de conformidad con el Decreto 493 de 2001 (En este estado de la diligencia se le pone de presente el Decreto). **CONTESTO:** La Empresa Territorial para la Salud ETESA hoy en Liquidación, da cumplimiento estricto a lo preceptuado en la Ley 643 de 2001, para el caso el artículo 5° que define los juegos promocionales, reglamentado por el Decreto 493 de 2001 y revisada la mecánica de la promoción no está dentro de las exclusiones para acceder a un concepto de exención. En este momento de la diligencia toma la palabra el Doctor apoderado de la parte demandante, agradeciendo la presencia de la testigo. **PREGUNTADO.-** En su calidad de servidora pública de ETESA sabe o tenía conocimiento si la misma entidad había conceptualizado favorablemente la exclusión de juegos promocionales de la sociedad demandante antes de que ETESA produjese la resolución hoy demandada. **CONTESTO.** No tenía conocimiento. **PREGUNTADO.-** En desarrollo del hecho número 10 de la demanda, en el momento de la expedición de la resolución demandada, usted tenía conocimiento que para juegos de suerte y azar promocionales de Coca-Cola, ETESA había producido conceptos favorables de exención. **CONTESTO:** Una vez advertido que la Industria Nacional de Gaseosas debía realizar trámites de autorización para su juego denominado "Coca-Cola trae color a tu mesa", teniendo en cuenta la mecánica de la promoción la sociedad demandante puso de conocimiento los conceptos de exención ya expedidos por la entidad, tema que fue revisado además en las reuniones conjuntas con la vicepresidente comercial de ETESA, la asesora de investigación y desarrollo, la secretaria general de la entidad y funcionarios de INDEGA. **PREGUNTADO.-** Con el propósito de desarrollar el Numeral 1.2.5. a folio 19 de la demanda, se pregunta: La entidad demandada al expedir el acto administrativo acusado tenía la certeza de que las promociones realizadas por Coca-Cola tienen como propósito desarrollar un juego de suerte y azar con carácter profesional. **CONTESTO.** El desarrollo de la Ley, el espíritu que el legislador le quiso dar al momento de su expedición no interfiere con la obligación de ETESA de dar cumplimiento a la misma. **PREGUNTADO.-** Se puede decir o concluir que la promoción de que trata la demanda era para impulsar las ventas de la sociedad demandante. **CONTESTO** Todos los juegos promocionales de competencia de ETESA son revisados íntegramente, el objeto de los mismos es uno de varios que se exige para determinar si se autoriza a través de un acto administrativo o se expide un concepto de exención. **PREGUNTADO.-** Dentro de ese estudio la entidad tenía certeza de que la promoción "trae

color a tu mesa" tenía un fin distinto a impulsar las ventas de la compañía demandante. CONTESTO. En escrito radicado el 13 de enero de 2009 la sociedad demandante pone de conocimiento a la entidad las características de la promoción como son: objetivo, mecánica reglamento, duración y cubrimiento. PREGUNTADO. Dentro de ese objetivo de que trata la respuesta anterior puede concluir usted, que el propósito de la promoción en cuestión era el de impulsar las ventas CONTESTO. El objetivo esta detallado con la solicitud de la sociedad demandante. PREGUNTADO.- El juego promocional de que trata la demanda es parte de la actividad principal de la empresa demandante. CONTESTO. No sé. PREGUNTADO.- El juego promocional de que trata la demanda tiene como propósito lucrar a la empresa demandante. CONTESTO. No sé. [...]" (Destacado fuera de texto).

Testimonio de la señora Silvia Margarita Barrero Varela realizado el 22 de febrero de 2011, y del cual se destaca lo siguiente[46]:

"[...] PREGUNTADO. Sírvase decir la declarante, si usted en ejercicio de sus funciones tuvo participación en las peticiones elevadas o formuladas por la empresa donde usted labora a ETESA, relacionadas con una exención de actividad promocional "Coca-Cola trae color a tu mesa" y con la solicitud de autorización para la misma promoción y en caso afirmativo diga todo lo que sabe. CONTESTO: Si tuve participación, puntualmente, elaboré la solicitud de exención que se radicó en ETESA relacionado con la promoción mencionada, adicionalmente estuve enterada de todo el trámite subsiguiente cuando ETESA contrariando las decisiones que periódica y ordinariamente emitía sobre este tipo de promociones decidió no aceptarnos la radicación del trámite e informarnos de manera verbal que el procedimiento que debíamos agotar era el de solicitud de autorización por cuanto en esta promoción se estaba cobrando un valor adicional al consumidor. Esta respuesta por parte de ETESA causó sorpresa y confusión en la empresa donde trabajo por cuanto otras promociones similares, donde igualmente se le cobraba al consumidor algún dinero habían sido aceptadas por ETESA y en ese sentido había expedido el concepto previo de exclusión que en este caso nos estaba negando. Promociones como: vasos Coca-Cola, vajillas Coca-Cola y cubiertos Coca-Cola entre otras, con mecánicas similares a la de "trae color a tu mesa" habían sido cobijadas por el concepto previo de exclusión. Dicho cambio en la interpretación de la Ley por parte de ETESA sin que la Ley ni el Decreto Reglamentario en sí mismo hubieran cambiado nos llevo a buscar un acercamiento con ETESA para entender mejor su posición, en varias de las reuniones sostenidas con funcionarios de ETESA sobre el tema la respuesta siempre concluía en que debíamos agotar ahora y en adelante el trámite de autorización cada vez que la mecánica de la promoción implicaría un cobro de algún dinero al consumidor. Dado que la promoción mencionada debía desarrollarse de manera inminente por el trámite solicitado por solicitud de nuestra área de mercadeo agotamos el trámite solicitado ETESA, cumpliendo todos los requisitos para ello y obteniendo finalmente la resolución que nos permitiría después del correspondiente pago de los derechos de explotación adelantar la promoción en el mercado. En este momento de la diligencia toma la palabra el abogado de la parte demandante y manifiesta que agradece la presencia de la testigo. PREGUNTADO.- En desarrollo del hecho número 10 contenido en la demanda manifieste al despacho si como funcionaria de la sociedad demandante tenía conocimiento del precedente administrativo en relación con la expedición de los conceptos de exclusión para los juegos de suerte y azar promocionales que desarrolla la sociedad demandante. (Se pone de presente la demanda, folio 3)- CONTESTO: Si tenía conocimiento, no solo de la promoción a la que hace alusión el hecho 10 de la demanda, si no que en otros casos como

ya lo mencioné anteriormente había una conducta reiterada y ordinaria por parte de ETESA frente a este tipo de promociones por virtud de la cual siempre nos otorgó el concepto previo de exclusión. PREGUNTADO.- Usted tuvo Conocimiento, al momento de proferir el acto administrativo demandado si los funcionarios de ETESA tenían conocimiento y conciencia de la existencia de la solicitud del concepto de exclusión de que trata la prueba documental No. 3 (se pone de presente la prueba a la declarante).

CONTESTO: Tenían pleno y total conocimiento de la solicitud de exención para la actividad promocional mencionada la cual no fue posible radicar por propia sugerencia de los funcionarios de ETESA los cuales no solo no aceptaron la radicación sino de que se abstuviera en comunicarnos dicha decisión por escrito como se la habíamos solicitado en las diversas reuniones que sostuvimos y que por el contrario de manera informal se limitaron a escribir en una hojita de papel el procedimiento que debíamos agotar.

PREGUNTADO. En ese orden de ideas puede usted afirmar que la entidad se negó a radicar la solicitud de exclusión del 10 de diciembre de 2008 que obra a folio 51.

CONTESTO: Si. PREGUNTADO.- En ese orden de ideas, podría manifestar usted al despacho si la sociedad demandante entendió que la solicitud de exclusión se presentó así fuera de modo verbal como lo establece el Código Contencioso Administrativo.

CONTESTO: Si, hasta el punto que agotamos en distintas reuniones la revisión de la mecánica de la promoción para que los funcionarios de ETESA pudieran entender que los \$500 cobrados al consumidor no constituían un elemento de lucro de la promoción de INDEGA si no simplemente hacían parte de la estructura de costos de la promoción que la hacía viable. PREGUNTADO.- En desarrollo del numeral 1.2.5. a folios 19 y ss. de la demanda especialmente a folio 22 que se pone de presente, manifieste al despacho lo siguiente: se puede decir que los juegos de suerte y azar promocionales que desarrolla Coca-Cola como por ejemplo "Coca-Cola trae color a tu mesa" se establecieron para impulsar las ventas de la sociedad demandante

CONTESTO: Si, sin duda, en desarrollo de nuestro objeto social que es la producción, distribución y comercialización de bebidas gaseosas entre otras, los juegos promocionales constituyen una herramienta de mercadeo muy útil que busca impulsar e incrementar las ventas de nuestros productos.

PREGUNTADO.- En ese orden de ideas manifiesta al despacho si los \$500 de que trata la promoción mencionada tenían por objeto o finalidad lucrar (tal como lo exige la interpretación de la Corte Constitucional) a la sociedad. CONTESTO: No, como lo dije antes este valor corresponde a la estructura de costos que hace viable la promoción de manera que pudiéramos llevarla al mercado en beneficio único de los consumidores.

PREGUNTADO. Manifieste al despacho en relación con el objeto social de la empresa donde trabaja lo que le conste sobre si los juegos promocionales objeto de esta demanda son o no son la actividad principal de la empresa. CONTESTO: No son la actividad principal de la empresa. PREGUNTADO.- Manifieste al despacho si a usted le consta que la sociedad demandante desarrolla "con carácter profesional" los juegos de suerte y azar promocionales como los que trata esta demanda. CONTESTO: No los desarrollamos con carácter profesional en la medida que ese no es nuestro objeto social y simplemente

constituyen una herramienta de mercadeo para impulsar las ventas de nuestros productos. PREGUNTADO.- Manifieste al despacho si a usted le consta de acuerdo al numeral 1.2.5 de la demanda que algún juego de suerte y azar promocional desarrollado por la sociedad demandante tiene fin lucrativo. CONTESTO: No, no me consta [...]" (Destacado fuera de texto).

PREGUNTADO.- Manifieste al despacho si a usted le consta de acuerdo al numeral 1.2.5 de la demanda que algún juego de suerte y azar promocional desarrollado por la sociedad demandante tiene fin lucrativo. CONTESTO: No, no me consta [...]" (Destacado fuera de texto).



La Sala procederá a resolver los problemas jurídicos planteados supra.

Violación de los artículos 3.º, 6º, y 7.º del Código Contencioso Administrativo

Vistos los artículos 3, 6 y 7 del Código Contencioso Administrativo, sobre principios orientadores de la actuación administrativa, término para resolver las peticiones y desatención de las peticiones.

**La Sala considera que la solicitud de exención de la promoción "Cola Cola-trae color a tu mesa" calendarada de 10 de diciembre de 2008 no fue radicada ante la autoridad demandada; situación en la que coinciden los testimonios de Jannette Alejandra Luna Vela, encargada de tramitar las exenciones, y de Silvia Margarita Barrero Varela, empleada del área de asuntos legales de la parte demandada.**

La señora Luna Vela, en su testimonio, manifestó que al revisar la solicitud presentada por la parte demandante encontró que, para acceder a la autorización, el solicitante debía realizar un pago, motivo por el cual le solicitó a la persona que acudió a radicar la solicitud, en aras de la celeridad, que presentara los documentos que los complementaran. Agrega que el empleado de la parte demandante se comunicó con los funcionarios de la compañía quienes solicitaron dejar por escrito el por qué se había solicitado complementar el trámite.

La empleada de la parte demandada reconoció que el documento estuvo en su poder sin que hubiere negativa a recibir la solicitud y señala que el documento no fue radicado; asimismo, señala que posteriormente fue radicada la solicitud E1-360 de 13 enero de 2009, que fue contestada por la autoridad demandada, mediante comunicado E4-360 de 15 de enero de 2009, fecha en la cual se había expedido el acto que autorizó la promoción; es decir, el acto administrativo acusado, Resolución núm. 0035 de 14 de enero de 2009.

A su turno, la testigo Silvia Margarita Barrero Varela afirma que la empleada de la parte demandada se negó a recibir la solicitud y que esta se convirtió en una petición verbal a raíz de las comunicaciones realizadas entre las partes del presente proceso.

La Sala considera que la petición de 10 de diciembre de 2008 no fue radicada ante la autoridad demandada y que si bien la parte demandante y solicitó que se le manifestaran las razones para no dar trámite a la solicitud, no insistió en la radicación y el trámite de la misma.

**Es importante resaltar que la parte demandante, posteriormente y para efectos de dar inicio a la actuación administrativa, presentó solicitud de autorización de la actividad promocional denominada "Coca-Cola trae color a tu mesa", la cual se radicó el 13 de enero de 2009 y se identificó con el código E1-360; solicitud que dio lugar a la expedición del acto administrativo acusado; es decir, la Resolución núm. 0035 del 14 de enero de 2009, "por la cual se autoriza la operación de un juego promocional a Industria Nacional de Gaseosas S.A."**

Se destaca que el Tribunal en la sentencia proferida, en primera instancia, al concluir que la petición de exención no fue radicada ante la autoridad demandada, no incurrió en un yerro de valoración. Si bien, la sentencia no profundizo en los argumentos expuestos en los testimonios practicados en el proceso, lo cierto es que la solicitud de exención no se radicó ante la autoridad demandada; que la parte demandante no insistió en el trámite de la misma y, en consecuencia, no se dio inicio al procedimiento administrativo en los términos señalados por la parte demandante.

Adicionalmente, no es de recibo el argumento presentado por la parte demandante relativo a que a la solicitud se debió dar trámite de petición verbal y que ello constituye una irregularidad en el caso sub examine capaz de generar la nulidad de un acto administrativo acusado en la medida en que, por un lado, conforme con el artículo 7 del Código Contencioso Administrativo, "[...] [l]a falta de atención a las peticiones [...], la inobservancia de los principios consagrados en el artículo 3 y la de los términos para resolver o contestar, constituirán causal de mala conducta para el funcionario y darán lugar a las sanciones correspondientes [...]" y no de nulidad de un acto administrativo.

Por el otro lado, visto el artículo 11 del Código Contencioso Administrativo, "[...] [c]uando una petición no se acompañe de los documentos o informaciones necesarias, **en el acto de recibo se le indicarán al peticionario los que faltan; si insiste en que se radique, se le recibirá la petición dejando constancia expresa de las advertencias que le fueron hechas [...]**". En ese orden de ideas, la Sala encuentra acreditado que la señora Luna Vela dio trámite inmediato a la solicitud presentada por la parte demandante y, conforme con el artículo 11 de la norma ejusdem, sobre peticiones incompletas, informó a la persona que pretendía radicar la solicitud que se debía realizar un pago, motivo por el cual le solicitó, en aras de la celeridad y en cumplimiento de la norma previamente citada, que presentara los documentos faltantes.

**Por las razones expuestas, la Sala no encuentra vulnerados los artículos 3.º, 6º y 7.º del Código Contencioso Administrativo en la medida en que: i) la parte demandada dio trámite a la solicitud de 10 de diciembre de 2008 y, en especial, aplicó el mandato contenido en el artículo 11 de esa misma normativa, que permitía, en el acto de recibo, indicar las falencias de la solicitud sin radicar la petición; ii) posteriormente, la parte demandante radicó la solicitud de autorización de la actividad promocional, el 13 de enero de 2009, -con el lleno de los requisitos señalados por la autoridad pública demandada-, y, en atención a ello, la parte demandada expidió el acto administrativo acusado; iii) la parte demandada aplicó el procedimiento establecido en la normativa aplicable y, en consecuencia, garantizó a la parte demandante su derecho del debido proceso administrativo.**

Vulneración de los artículos 84 de la Constitución Política y de las leyes 962 y 232

**La parte demandante afirma que la parte demandada vulneró los artículos 84 de la Constitución Política y las Leyes 232 y 962 porque, en su criterio, la parte demandada impuso un requisito adicional no establecido expresamente para negarse a conceder, en relación con la promoción denominada "Coca-Cola trae a tu mesa color", la exclusión de pago de derechos de explotación y gastos de administración. Señala, además, que tampoco estaba habilitada para expedir un concepto previo de exclusión por no obtener autorización del Departamento Administrativo de la Función Pública para adoptar un trámite tendiente a la simplificación, racionalización y estandarización de los mismos.**

**La Sala considera que no se configura una vulneración de la normativa indicada supra porque, al ser la promoción denominada "Coca-Cola trae a tu mesa color" un juego promocional del orden nacional, la normativa indicada en acápite supra de esta providencia le otorgaba la facultad a la autoridad demandada para autorizar o no el desarrollo de dicha actividad por el promotor. Además, para la fecha en que se expidió el acto administrativo acusado, la ley le otorgaba a la parte demandada la competencia para aprobar su realización, máxime si se tiene en cuenta que esta actividad tiene la condición de monopolio de arbitrio rentístico, en donde el particular requiere de permisos para ejercerla, so pena de convertirse en una actividad ilícita.**

Sobre el particular, el artículo 31 de la Ley 643, sobre juegos promocionales y respecto de las características de los mismos, establece que el premio otorgado al público no debe implicar un pago para acceder al mismo porque, en caso de que deba sufragarse algún estipendio, se causan en favor del Estado los derechos de explotación y gastos de administración.

De manera que fue el legislador quien estableció dicha condición para que los juegos promocionales de suerte y azar fueran excluidos del pago de estos rubros, sin que la autoridad administrativa creara nuevos requisitos para desarrollar el juego promocional.

La administración, en el marco de sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias, tiene la potestad de expedir, entre otros, conceptos a fin de clarificar asuntos que son de interés en el que hacer de la Administración para precisar el entendimiento o comprensión de diversas situaciones; de manera que resulta ajustado a la ley que la administración profiera conceptos sobre asuntos de su competencia.

**Respecto del cumplimiento de la Ley 962, en especial del procedimiento establecido en el artículo 1, sobre tramites que requieren autorización del Departamento Administrativo de la Función Pública a fin de cumplir los objetivos de simplificación, unificación y racionalización; es importante resaltar que el artículo 31 de la Ley 643 fue reglamentado por el Decreto núm. 493 de 2001 que fija, entre otros aspectos, el trámite y los requisitos para desarrollar los juegos promocionales de suerte y azar –acto administrativo que se presume legal en cuanto no ha sido suspendido ni anulado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo-.**

**En el caso sub examine, la parte demandada aplicó el artículo 11 del Decreto supra que establece la obligación del concepto previo al señalar que "[...] [t]oda persona natural o jurídica que pretenda realizar juegos de suerte y azar promocionales que considere se encuentra dentro de las excepciones previstas en el inciso tercero del artículo 5° de la Ley 643 de 2001, deberá solicitar y obtener de la Empresa Territorial para la Salud -ETESA- o de la respectiva Sociedad de Capital Público Departamental (SCPD), según el ámbito de operación de que se trate, concepto mediante el cual se establezca dicha circunstancia, para lo cual deberá acreditar los requisitos establecidos en la citada disposición [...]"**

**En suma, el concepto en el caso sub examine se expidió en virtud de la normativa aplicable; es decir, el artículo 11 del Decreto ibídem, que reglamentó en forma parcial la Ley 643 y faculta a la autoridad demandada para ello, sin que se establezca para su expedición una autorización del Departamento Administrativo de la Función Pública.**

Falsa motivación por interpretación errónea de los artículos 5 y 31 de la Ley 643

**La parte demandante adujo que por las actividades industrial y comercial que realiza, consistente en la producción distribución y venta de jarabes sodas, aguas minerales, bebidas gaseosas y venta de productos alimenticios, es claro que la realización de juegos promocionales de suerte y azar no corresponde a una actividad profesional sino esporádica, carente de ánimo de lucro; por tanto, tiene el derecho a la exclusión establecido en el inciso tercero del artículo 5.º de la normativa mencionada supra y, como consecuencia de ello, al no cobro de los derechos de explotación y gastos de administración.**

**La parte demandada manifestó que es precisamente el artículo 31 ibídem el que autoriza el cobro de los derechos de explotación y gastos de administración cuando el juego**

**promocional de suerte y azar establezca, para obtener el premio, el pago de suma alguna de dinero.**

La Sala recuerda que la Ley 643, que regula el monopolio de los juegos de suerte y azar como arbitrio rentístico, impone un límite a la iniciativa privada porque la regulación, administración y control de dicho monopolio le corresponde al Estado. La actividad solo puede ser desarrollada mediante autorización estatal, previa solicitud del futuro operador, para que el juego de suerte y azar constituya una práctica legal.

Los derechos de explotación y los gastos de administración constituyen ingresos producto del monopolio y, en consecuencia, constituyen dineros públicos. Los primeros, por disposición del constituyente, están destinados a fortalecer la salud; de ahí su importancia en el exacto, correcto y oportuno recaudo, máxime si se tiene en cuenta que con ello se busca dar alcance a la cláusula del estado social de derecho, mediante la efectiva garantía del acceso y prestación universal del servicio público de salud y el de promover el bienestar general. El segundo rubro son los gastos de administración reconocidos a la entidad que tiene la función de administrador del juego de suerte y azar en quien recae el otorgamiento o no de la autorización para que este se realice.

El legislador estableció que los juegos de azar para promover las ventas de los industriales y comerciantes están excluidas del arbitrio rentístico establecido en la Ley 643; situación que la Corte Constitucional encontró ajustada a la Constitución Política porque con ello se promovía el empleo, el crecimiento de las actividades de industria y comercio y en la medida en que los juegos promocionales carecían de ánimo de lucro y no constituían la actividad profesional o principal del promotor del juego.

Las exclusiones en materia de beneficios fiscales deben ser expresas porque constituyen una regla exceptiva al deber de contribuir al financiamiento de los gastos del Estado, exigible a las personas naturales y jurídicas. Tales ventajas tienen un sustrato objetivo que será el estímulo de una actividad, en aras del interés general o inclusive de un sector porque de esta manera se potencian beneficios que redundan en favor de los asociados.

**El marco normativo del monopolio de los juegos de suerte y azar es el de un régimen propio, especial, dotado de unos principios y finalidades para lograr el cometido de financiar el sistema de salud. El hecho que el artículo 5.º ejusdem establezca una exclusión no significa que esta no puede delimitarse dentro del ejercicio de libertad de configuración normativa del legislador, cuando quiera que encuentre una situación relevante digna de protección que dentro de la misma norma exija un tratamiento diferente.**

Ello fue lo que precisamente sucedió con los juegos promocionales de suerte y azar organizados y operados con fines de publicidad o promoción de bienes o servicios, establecimientos, empresas o entidades, en los cuales se ofrece un premio al público, sin que para acceder al juego se pague directamente.

Bajo este contexto, los criterios de que no sea una actividad profesional del promotor de juego y que sea esporádica dejan de tener relevancia porque fue el legislador al fijar una modulación a la exclusión que ponderó los intereses en juego y tomó la decisión de imponer derechos de explotación a los juegos promocionales cuando medie llanamente un pago por el premio, sin que influya un valor o porcentaje determinado.

**En relación con el argumento relativo a que la actividad de juego promocional de suerte y azar carece de lucro porque la actividad principal de la parte demandante es la**

**producción, comercialización industrial y venta de bebidas gaseosas y alimentos, es importante resaltar que el plan de premios presentado por la parte demandante, para la autorización del juego promocional "Coca-Cola trae color a tu mesa", en el cual pretendía colocar como incentivo para las ventas un millón doscientos mil vasos (1.200.000) vasos, siempre que el consumidor sumara tres puntos por la adquisición de productos de Coca-Cola que acreditaría con tapas contramarcadas, y atendiendo a que para reclamar el incentivo debía pagar quinientos pesos M/cte. (\$500.00) por vaso, se observa que el valor a recaudar de los consumidores era de seiscientos millones de pesos M/cte. (\$600`000.000,00); cifra que resulta de multiplicar el número de vasos promocionados por el valor de quinientos pesos M/cte. (\$500.00) que debía pagar cada consumidor para acceder al premio.**

La expresión ánimo de lucro se entiende como todo acto de emprendimiento que busca una ganancia individual o un provecho, ventaja o un superávit. La ventaja pretendida, por un lado, es el aumento de las ventas; no obstante, por el otro, se evidencia otra ventaja o provecho que, en criterio de la Sala debe ser entendida como un ingreso: a saber, el incremento de los recursos económicos de una organización o persona natural con efecto de aumentar el patrimonio.

**Obsérvese que la parte demandada estimó que el costo de los vasos promocionales era de quinientos pesos M/cte. (\$500.00) por unidad; concepto entendido como el conjunto de erogaciones en que se incurre para producir un bien o servicio que debía ser cubierto por el promotor del juego, conforme al artículo 31 ibídem.**

La parte demandante decidió trasladar parte del costo al consumidor, de manera que, al solicitar un pago evitó esa erogación con la cual disminuyó el pasivo de la promotora, con el consecuente incremento patrimonial; situación constitutiva de ingreso y, en todo caso, de una ventaja económica que aminora el riesgo de pérdida. Ello desvirtúa la tesis de carencia de ánimo de lucro.

**En suma, la Sala considera que no hubo indebida interpretación de los artículos 5 y 31 de la Ley 643 que constituya una falsa motivación porque el sentido que la parte demandada le asignó a la norma para no conceder la exclusión en el juego "Coca-Cola trae color a tu mesa" de los derechos de explotación y gastos de administración es el correcto en la medida en que siempre que en vigencia de las anteriores normas el juego promocional de suerte y azar lleve implícito un pago por participar en el mismo para lograr el incentivo deberá el promotor sufragar dichos derechos y gastos.**

Violación del principio de Confianza Legítima

La parte demandante afirmó que la parte demandada vulneró el principio de confianza legítima establecido en el artículo 83 de la Constitución Política por cambiar de manera súbita el criterio que los juegos promocionales de suerte y azar estaban excluidos de derechos de explotación y costos de administración, a pesar que no hubo modificación normativa. Igualmente, reprocha que la sentencia impugnada solamente tuvo en cuenta las situaciones consolidadas y no las expectativas legítimas.

**Señala, además: i) que la parte demandada, sin que se haya modificado la normativa que rige los juegos promocionales de suerte y azar, negó para la promoción "Coca-Cola trae color a tu mesa" la exclusión del pago de los derechos de explotación y gastos de administración cuando para otros juegos promocionales -anteriores- lo había reconocido,**

como fue en la promoción denominada "Vasos olímpicos" realizada en el año 2008; ii) que la parte demandante no comparte la valoración probatoria realizada por el Tribunal en el sentido que no se demostró que con anterioridad a la promoción "Coca-Cola trae color a tu mesa" la parte demandada hubiera excluido de derechos de explotación y gastos de administración a promociones en que el consumidor pagara por participar; y iii) que se excluyeron las expectativas legítimas que son amparables por el principio de confianza legítima.

La Sala recuerda que la buena fe es un mandato que debe gobernar la relación entre la Administración y quienes acuden ante ella; ese obrar leal, correcto y honesto se espera de las partes en el curso de las actuaciones administrativas, el cual desemboca en el principio de confianza legítima como protector no solamente de situaciones consolidadas sino que también ampara las expectativas legítimas en la medida en que se espera que la administración pública acoja el mismo criterio en decisiones futuras y análogas.

**La parte demandada reclama que el Tribunal inobservó los documentos de la promoción "Vasos olímpicos", oportunidad en la cual fue aceptada la exclusión de pago de los derechos de explotación y gastos de administración.**

La Sala observa que, en aquella oportunidad, la solicitud de exclusión de la promoción "Vasos olímpicos" fue radicada ante la parte demandada y que la mecánica de la promoción consistía en que, una vez el consumidor obtuviera dos puntos de tapas contramarcadas, más mil pesos M/cte. (\$1.000,00) podría reclamar un vaso de vidrio de la promoción.

La parte demandada resolvió la solicitud de exclusión de la promoción "Vasos olímpicos" el 28 de mayo de 2008 de forma afirmativa pero con dos condicionamientos, a saber: el primero, relativo a que solo era una autorización para ese caso específico y, el segundo, en el cual "[...] se le recuerda al solicitante que no puede cobrar por el derecho a participar en los sorteos [...]" (Destacado fuera de texto).

La Sala considera que, en el caso sub examine, no están configurados los elementos para que opere la confianza legítima por carencia de una base objetiva y legítima de la misma en la medida en que la exclusión de pago de los derechos de explotación y gastos de administración no es procedente cuando el operador cobra una suma de dinero al consumidor por participar en el juego promocional.

Asimismo, los dos condicionamientos anotados implican que la situación era particular para la promoción denominada "Vasos olímpicos" y que una nueva promoción debía estudiarse bajo la mecánica y el plan presentado por el promotor del juego, sin que la exclusión procediere si se solicitaba un pago por parte del consumidor para acceder al premio o incentivo ofrecido. En este orden de ideas, la parte demandante no podía aducir una legítima expectativa y, en consecuencia, la legitimidad de la confianza queda desvirtuada porque la autoridad pública, en este caso, la parte demandada, no está obligada a permanecer en error; por el contrario, está llamada a superarlo en virtud del deber mínimo de diligencia en el ejercicio de sus funciones públicas y administrativas, que demandan la cumplida y correcta ejecución de la ley, en especial, del artículo 31 de la Ley 643 que impide la exclusión cuanto se realicen cobros de dinero a los consumidores para acceder al premio.

Bajo los anteriores argumentos, resultaba innecesario abordar el estudio de las expectativas legítimas en la medida en que la confianza que se alega por la parte demandante en el recurso de apelación no tenía bases objetivas y carecía de legalidad.

Por las anteriores razones, el cargo de apelación no tiene vocación de prosperidad.

Conclusiones de la Sala

En suma, la Sala considera que la parte demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo acusado en la medida en que la parte demandada no incurrió en violación de las normas en que debía fundamentarse ni en falsa motivación al expedir el acto administrativo acusado.

En mérito de 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,

III. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 2 de agosto de 2012, en primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: En firme esta providencia, DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN

Presidente

Consejera de Estado

Consejero de Estado

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Consejero de Estado

Consejero de Estado

[1] Mediante Decreto núm. 175 de 25 de enero de 2010 "Por el cual se suprime la Empresa Territorial para la Salud, Etesa, se ordena su liquidación y se dictan otras disposiciones", se ordenó en su artículo primero la supresión y liquidación de la entidad en el siguiente sentido: "[...] **ARTÍCULO 1o. SUPRESIÓN Y LIQUIDACIÓN.** Suprímese la Empresa Territorial para la Salud, Etesa, Empresa Industrial y Comercial del Estado creada mediante la Ley 643 de 2001 y reestructurada mediante el Decreto 146 de 2004, vinculada al Ministerio de la Protección Social [...] En consecuencia, a partir de la vigencia del presente decreto la Empresa Territorial para la Salud, entrará en proceso de liquidación y utilizará para todos los efectos la denominación Empresa Territorial para la Salud, Etesa, en liquidación. [...] El proceso de liquidación deberá concluir en un plazo no superior a un (1) año, contado a partir de la vigencia del presente decreto [...]". Es importante resaltar que el plazo para la liquidación fue prorrogado mediante los decretos núms. 4816 de 2010, 4961 de 2011 y 873 de 2012 hasta el 31 de agosto de 2012. En la fecha, concurre al proceso la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social – Etesa en liquidación, invocando el artículo 35 del Decreto núm. 254 de 21 de febrero de 2000,

modificado por el artículo 19 de la Ley 1105 de 13 de diciembre de 2006.

[2] "Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones".

[3] "Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos."

[4] "Por medio de la cual se dictan normas para el funcionamiento de los establecimientos comerciales."

[5] Decreto núm. 01 de 2 de enero de 1984.

[6] Folios 159 a 245 cuaderno núm.1 del expediente

[7] Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887

[8] Folios 379 a 415 del cuaderno núm. 1 del expediente.

[9] Folios 418 a 433 del cuaderno núm. 1 del expediente.

[10] Folio 4 del cuaderno principal núm. 2

[11] Folios 8 a 16 del cuaderno principal núm.2

[12] Folios 17 a 19 del cuaderno principal. Núm.2

[13] "[...] **Artículo 129.** El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión. [...]".

[14] El acto administrativo se encuentra visible a folios 43 a 45 del expediente.

[15] Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 21 de agosto de 2014. Proceso identificado con el número único de radicación 680012333000201400413-01. C.P. doctor Guillermo Vargas Ayala.

[16] Corte Constitucional, sentencia C-980 de 1 de diciembre de 2010. M.P. doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[17] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; sentencia de 3 de julio de 2014; C.P. doctor Guillermo Vargas

[18] Corte Constitucional, Sentencia C-034 de 29 de enero de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.

[19] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 5 de julio de 2018. Proceso identificado con el número único de radicación 110010325000201000064 00 (0685-2010). C.P. doctor Gabriel Valbuena Hernández.

[20] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de



11 de julio de 2019. Número único de radicación 250002324000201200509-01. C.P. Roberto Serrato Valdés.

[21] Cfr. Cita ibidem.

[22] Cfr. Cita ibídem.

[23] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 14 de abril de 2016. Proceso identificado con el número único de radicación 250002324000200800265-01. C.P. doctora Maria Claudia Rojas Lasso.

[24] Sentencia del 16 de febrero de 2012, Rad. 25000-23-15-000-2011-00213-01(PI), Actor: Mauricio Alberto Pérez Ruiz, M.P. Marco Antonio Velilla Moreno (E).

[25] Consejo de Estado, Sección Primera, Consejero ponente: Oswaldo Giraldo López, 4 de abril de 2019, Expediente número: 17001-23-33-000-2013-00423-02(AP).

[26] Corte Constitucional. Sentencia C-131 de 2004. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[27] Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., febrero (15) de dos mil once (2011). Ref.: 11001-03-15-000-2010-01055-00

[28] Cfr. Transcripción de antecedentes del artículo 336 de la Carta Política. Base de datos de la Asamblea Nacional Constituyente. Presidencia de la República. Consejería para el Desarrollo de la Constitución. Sesión Plenaria del 10 de junio de 1991. pág. 1.

[29] <https://dej.rae.es/lema/monopolio>

[30] Corte Constitucional. Sentencia C-540 del 22 de mayo de 2001. M.P: Jorge Cordoba Triviño

[31] Corte Constitucional Sentencia C-1191 del 15 de noviembre de 2001, C.P. Rodrigo Uprimny Yepes

[32] Constitución Política. ARTICULO 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

Constitución Política. ARTICULO 366. El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.

Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el

gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.

[33] <https://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=azar>

[34] Corte Constitucional. M.P. doctor Álvaro Tafur Galvis.

[35] Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 3 de diciembre de 2007. Expediente: 24.715. C.P. Ruth Stella Correa

[36] Corte Constitucional. M.P. doctor Rodrigo Uprimny Yepes.

[37] Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 30 de julio de 2009. C.P. Rafael E. Osteau de Lafont Pianeta. Radicación núm.: 11001-03-25-000-2006-00062-00

[38] Folios 59 a 60 Cuaderno principal núm.1

[39] Folios 145 a 146 Cuaderno principal num.1

[40] Folio 6 a 25 cuaderno principal núm.1.

[41] Folios 69 a 87 cuaderno principal núm. 1.

[42] Folios 51 a 52 del cuaderno principal núm. 1.

[43] Folios 64 a 65 Cuaderno principal núm.1

[44] Folios 62 a 63 del Cuaderno principal núm. 1.

[45] Cfr. Folio 292.

[46] Cfr. Folio 298.

Calle 12 No. 7-65 – Tel: (57-1) 350-6700 – Bogotá D.C. – Colombia

[www.consejodeestado.gov.co](http://www.consejodeestado.gov.co)



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Compilación Jurídica MINTIC

n.d.

Última actualización: 20 de septiembre de 2022 - (Diario Oficial No. 52148 - 05 de septiembre de 2022)



**MINTIC**