



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C., trece (13) de julio de dos mil dieciséis (2016).

REF: Expediente núm. 1100103240002014-00622-00

Medio de control: Nulidad.

Actora: ISABELLA DÍAZ GONZÁLEZ.



Procede el Despacho a resolver la solicitud de medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos de la Resolución núm. 260 de 21 de marzo de 2013 *«Por medio de la cual se establecen los requisitos para la adopción e implementación del Sistema de Prevención y Control de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo – SIPLAFT-»* y de las que la adicionaron, las núms. 1295 de 2 de septiembre de la citada anualidad y 1879 de 15 de noviembre de 2013, expedidas por la Empresa Industrial y Comercial del Estado Administradora del Monopolio Rentístico de los Juegos de Suerte y Azar **-COLJUEGOS-**

I. ANTECEDENTES.

I.1.- La demanda.



La ciudadana **ISABELLA DÍAZ GONZÁLEZ**, actuando en nombre propio, instauró demanda ante esta Corporación en ejercicio del medio de control de nulidad, tendiente a obtener la declaratoria de nulidad, previa suspensión provisional de los efectos de las Resoluciones núms. 260 de 21 de marzo de 2013; 1295 de 2 de septiembre de la citada anualidad; y, 1879 de 15 de noviembre de 2013, expedidas por la entidad demandada.

I.2.- Solicitud de suspensión provisional.

Como fundamento de la solicitud, expone los siguientes cargos de violación:

Que los actos acusados son contrarios al objeto y a las funciones establecidas en los artículos 2º y 5º del Decreto 4142 de 2011 *«Por el cual se crea la Empresa Industrial y Comercial del Estado*



Administradora del Monopolio Rentístico de los Juegos de Suerte y Azar - COLJUEGOS», por cuanto el objeto de esta empresa se circunscribe a la «explotación, administración, operación y expedición de reglamentos de juegos que hagan parte del monopolio rentístico sobre juegos de suerte y azar que por disposición legal no sean atribuidos a otra entidad», mientras que las funciones señaladas en el artículo 5º del citado decreto, especialmente en los numerales 3, 8 y 12, son totalmente contrarias a las funciones de vigilancia y reglamentación a lo concerniente a la adopción e implementación del Sistema de Prevención y Control del Lavado de Activos y de la Financiación del Terrorismo –SIPLAFT- en las empresas del sector de juegos de suerte y azar localizados y novedosos autorizados, además en ellas no se observa que haya dado o delegado competencia alguna a la entidad para que cumpla tal fin.

Manifiesta que las funciones de la demandada, previstas en el Decreto 4142 de 2012, constituyen el reglamento del cual debe



desempeñarse el Presidente de **COLJUEGOS**, *«observándose que ninguna de las funciones enlistadas en el artículo 11, lo autorizan para reglamentar e implementar lo concerniente al SIPLAFT en las empresas del sector de juegos de suerte y azar localizados y novedosos autorizados por la entidad y bajo su control»*, lo cual permite vislumbrar una absoluta carencia de atribuciones legales y reglamentarias de la demandada al expedir las normas acusadas.

Señala que el párrafo del artículo 43 de la Ley 190 de 1995, modificado por el artículo 3º de la Ley 1121 de 2006, dispone que *«El control del cumplimiento de las obligaciones impuestas por la presente disposición se realizará por la respectiva entidad que ejerza vigilancia sobre la persona obligada»* es decir, que el control de cumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 102 a 107 del Estatuto Orgánico Financiero, se realizará por la respectiva entidad que efectúe la vigilancia sobre las personas que se dediquen a las actividades de casinos o juegos de suerte y azar.



Explica que dentro de las facultades, funciones, competencias de ECOSALUD no está la de vigilancia sobre las personas obligadas al cumplimiento de las exigencias contenidas en dichos artículos, pues tales actividades de vigilancia las tiene la Superintendencia Nacional de Salud, en los términos del artículo 53 de la Ley 643 de 2001 *«Por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar»*.

Arguye que dentro de las funciones de **COLJUEGOS** asignadas por el Decreto 4142 de 2011, no hay competencias de control y vigilancia que permitan a la entidad reglamentar el SIPLAFT, dada su naturaleza jurídica como Empresa Industrial y Comercial del Estado, característica que riñe con las funciones de control y vigilancia establecidas en el parágrafo del artículo 43 de la Ley 190 de 1995, ejercidas por la Superintendencia de Salud y la UIAF.



Expresa que en el caso de ésta última, la UIAF, la Ley 526 de 1999, le asignó de manera expresa funciones de intervención del Estado en todos los sectores de la economía nacional, con el fin de detectar prácticas asociadas con el lavado de activos por el artículo 2º del Decreto 1497 de 2002, se faculta directamente a la UIAF para imponer a cualquier entidad pública o privada perteneciente a cualquier sector de la economía nacional, la obligación de reporte cuando dicha Unidad lo solicite, en la forma, periodicidad y oportunidad que ésta determine. Estas funciones de vigilancia y control fueron ratificadas en la Ley 1121 de 2006, por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones.

Concluye que es procedente la medida cautelar comoquiera que está demostrado que **COLJUEGOS** no tiene competencia alguna para expedir el reglamento contenido en las resoluciones cuya nulidad se pretende.



I.3.- Traslado de la solicitud de medida cautelar.

De la solicitud de suspensión provisional, se corrió traslado a la Empresa Industrial y Comercial del Estado Administradora del Monopolio Rentístico de los Juegos de Suerte y Azar – **COLJUEGOS**-, quien en síntesis manifestó lo siguiente:

Que el origen normativo de la obligación de control para la prevención de actividades ilícitas en el sector de juegos y azar nació en la Ley 190 de 1995¹ (artículo 43) en concordancia con lo establecido en el Estatuto Orgánico y Financiero (artículos 102 a 107).

¹ Modificada por el artículo 3º de la Ley 1121 de 29 de diciembre de 2006.



Manifiesta que por lo anterior, es su obligación, entre otras, reportar a la Unidad de Información y Análisis Financiero –UIAF- cualquier información relevante sobre manejo de activos o pasivos u otros recursos, cuya cuantía o características no guarden relación con la actividad económica de sus clientes, o sobre transacciones de sus usuarios que por su número, por las cantidades transadas o por las características particulares de las mismas, puedan conducir razonablemente a sospechar que los mismos están usando a la entidad para transferir, manejar, aprovechar o invertir dineros o recursos provenientes de actividades delictivas o destinados para su financiación.

Explica que la UIAF en ejercicio de las funciones previstas en el artículo 3º de la Ley 526 de 1999, emitió las Resoluciones núms. 141 y 142 de 7 de diciembre de 2006, por las cuales procedió a formalizar la información que los operadores de casinos y juegos de azar deben reportar como obligación legal en aplicación de lo



previsto en los artículos 102 a 107 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, para lo cual estableció unas condiciones para llevar a cabo dichos reportes e impuso que el reporte se hiciera de manera directa a dicha Unidad de Información y Análisis Financiero -UIAF-

Señala que de la normatividad antes mencionada, es imposible que se pueda concluir que la competencia para reportar esta información esté únicamente en cabeza de la UIAF, quien efectivamente puede establecer las condiciones para ello, dado que la administradora de monopolios, de manera ajustada a la Ley, y también en ejercicio de sus funciones está en capacidad de establecer los requisitos para la adopción e implementación del Sistema de Prevención y Control de Lavado de Activos y de la Financiación del Terrorismo -SIPLAFT-, tal como se hace a través de las Resoluciones 260, 1295 y 1879 de 2013, por ser la entidad que por Ley se encarga de la administración del monopolio y la



determinación de las condiciones idóneas para su efectiva explotación.

Resalta que la obligación de reporte de información para los operadores de casinos y juegos de azar es de origen legal, impuesta por una norma de carácter orgánico y por lo tanto, de nivel superior, mas no proviene de la Ley 526 de 1999 o del Decreto 1497 de 2002, como lo pretende establecer la demandante; sin embargo, a través de normas y reglamentos de inferior jerarquía sí es posible determinar las condiciones específicas de carácter técnico para el reporte de dicha información, tal como ocurre en el sub examine.

Arguye que la Constitución Política determina que la organización y administración de monopolio estará sometida a un régimen propio fijado por la Ley, que en el presente caso lo consagra la Ley 643 de 2001 y que tiene como propósito establecer las condiciones que



garanticen la obtención del máximo de recursos que deben legalmente destinarse a la prestación de los servicios de salud, para lo cual desarrolla un catálogo de juegos sobre el cual se puede explotar el monopolio; se fijan tarifas de explotación; se establecen los principios que deben observar la explotación y operación; se determina la posibilidad de que la administración y control sea ejercido por entidades públicas creadas para dicho fin; y se establece la obligación y posibilidad para que se fijen requisitos a cumplir por parte de los terceros que operen los juegos que constituyen el monopolio.

Expresa que de esta manera, la Ley 643 de 2001 fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, como 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 pueden operarlos.



Asevera que para el caso de los requisitos para la adopción del SIPLAFT y contrario a lo afirmado por la parte actora, sí es posible encontrar en la Ley 643 de 2001 el antecedente originario que faculta a dicha entidad administradora del monopolio rentístico, para regular estos requisitos.

Precisa que el artículo 43 ibídem, al desarrollar el aspecto relativo a las facultades de fiscalización, le otorga las de: *«citar o requerir a los concesionarios o autorizados para que rindan informes o contesten interrogatorios; exigir del concesionario, autorizado o terceros, la prestación de documentos que registren sus operaciones; ordenar la exhibición y examen parcial de libros, comprobantes y documentos, tanto del concesionario o autorizado, como de terceros, legalmente obligados a llevar contabilidad.»*



Indica que en noviembre de 2011 y en atención al proceso de liquidación que desde meses atrás afectaba a ETESA, entidad que había sido creada por medio del artículo 39 de la Ley 643 de 2001, el Presidente de la República en uso de facultades extraordinarias, a través del Decreto Ley 4142 de 2011, la creó como administradora permanente del monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar del orden nacional (entre los que se encuentran los juegos localizados y novedosos).

Explica que al ser creada como entidad administradora del monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar del orden nacional, le son atribuibles las facultades establecidas en el artículo 43 de la Ley 643 de 2001, con base en las cuales puede legalmente determinar los requisitos para la implementación del SIPLAFT, en tanto se trata de un aspecto que no fue desarrollado por la ley que fija el monopolio ni cobija la reserva de ley.



Alega que los requisitos establecidos en las Resoluciones núms. 260, 1295 y 1879 de 2013, no son otra cosa que condiciones de idoneidad, solvencia y legalidad que el administrador del monopolio puede y debe exigir a quien aspira a ser contratista del Estado para la explotación del sector cuyas rentas financian la salud pública nacional.

Afirma que respecto de la necesidad de imponer requisitos que garanticen la idoneidad apropiada de los operadores de juegos de suerte y azar, la Corte Constitucional ha indicado que ello es una exigencia de rango constitucional que encuentra soporte en el artículo 336 superior, el cual dispone que el monopolio es establecido como arbitrio rentístico y con finalidad de interés público.

Argumenta que, además, los requisitos establecidos para la adopción del SIPLAFT por parte de los operadores de juegos de



suerte y azar localizados y novedosos, se constituyen en desarrollo de los principios que rigen el monopolio en especial los de finalidad social prevalente, transparencia y racionalidad económica en la operación, a través de los cuales se impone la obligación tanto para la entidad administradora del monopolio como para los contratistas operadores de garantizar que las rentas derivadas de la explotación sirvan de manera eficaz al financiamiento de salud, y que la explotación se realice *«... 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 ...»*.

Aduce que así mismo, el Decreto 1497 de 19 de julio de 2002 establece que las entidades públicas y privadas pertenecientes a sectores diferentes al financiero, asegurador y bursátil, deben reportar a la UIAF, lo siguiente:



«-Cualquier información relevante sobre manejo de activos o pasivos u otros recursos, cuya cuantía o características no guarden relación con la actividad económica de sus clientes [autorizados y concesionarios para el caso del sector de juegos de suerte y azar], o sobre transacciones de sus usuarios que ´por su número, por las cantidades transadas o por las características particulares de las mismas, puedan conducir razonablemente a sospechar que los mismos están usando a la entidad para transferir, manejar, aprovechar o invertir dineros o recursos provenientes de actividades delictivas o destinadas a su financiación.

-Todas sus transacciones en efectivo.».

Señala que en virtud de lo anterior, en ejercicio de sus facultades de fiscalización y en aras de establecer los requisitos y condiciones de los contratistas/operadores, y como entidad pública administradora del monopolio de los juegos de suerte y azar del nivel nacional, adoptó las Resoluciones 260, 1295 y 1879 de 2013, con el fin de estandarizar y fijar criterios mínimos a observar por los operadores de juegos localizados y novedosos, para la implementación del SIPLAFT, obligación que como se indicó previamente, está establecida en la Ley Orgánica del Sistema



Financiero y se individualiza para el caso de los operadores de juego de suerte y azar.

Indica que contrario a lo afirmado en la solicitud de suspensión provisional, dicha entidad ostenta facultades suficientes para la expedición de los actos administrativos que en el presente caso se controvierten.

Aclara que si bien en una parte del escrito se plantea que la facultad está en cabeza de la UIAF, en otro aparte se indica que reside en la Superintendencia de Salud, en virtud de lo establecido en el artículo 53 de la Ley 643 de 2001.

Explica que la posibilidad de que la UIAF expidiera la reglamentación contenida en las Resoluciones núms.141 y 142 de



2006 no excluye el que dicha entidad pudiera legalmente expedir la regulación.

Manifiesta que la Superintendencia Nacional de Salud en ejercicio de lo previsto en el artículo 53 de la Ley 643 de 2001 es la entidad encargada de ejercer inspección, vigilancia y control del sector de juegos de suerte y azar, por lo cual en ejercicio de dichas facultades bien podría establecer los requisitos para la implementación del SIPLAFT, no obstante y dado que las facultades de administración y fiscalización están en cabeza de dicha Empresa Industrial y Comercial del Estado, procedió a desarrollar la regulación, cuyo cumplimiento y aplicación es controlado por la Superintendencia en ejercicio de las atribuciones otorgadas por el artículo 53 de la Ley 643 de 2001.

II.- CONSIDERACIONES DEL DESPACHO.



II.1. Los actos acusados:

A través de la **Resolución 260 de 21 de marzo de 2013**, el Presidente de la Empresa Industrial y Comercial del Estado Administradora del Monopolio Rentístico de los Juegos de Suerte y Azar **-COLJUEGOS-** estableció criterios y parámetros para la adopción e implementación del Sistema de Prevención y Control de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo – SIPLAFT- a cargo de los operadores de juegos de suerte y azar y de los que han firmado contrato de concesión para juegos localizados y juegos novedosos.

Así mismo estableció que quienes tuviesen implementado el SARLAFT deberán garantizar que cuentan como mínimo con los criterios y parámetros de control establecidos en dicho acto



Dicho acto fue adicionado por las Resoluciones núms. 1295 de 2 de septiembre de 2013 y 1879 de 15 de noviembre de la misma anualidad, por las cuales se estableció la forma en la que se debe llevar a cabo el reporte frente a las transacciones en efectivo.

II.2. Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo.

Las medidas cautelares son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento jurídico protege, de manera provisional y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso².

² Ver ampliación de esta definición en la sentencia C- 379 de 2004, de la Corte Constitucional.



Con la expedición de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) se instituyó un amplio y novedoso sistema de medidas cautelares, aplicables en aquellos casos en que se consideren «necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia» (artículo 229).

Los artículos 229 y siguientes del nuevo Estatuto presentan el régimen cautelar del procedimiento contencioso administrativo como un instrumento concreto de la garantía efectiva y material de acceso a la Administración de Justicia que busca evitar que la duración del proceso afecte a quien acude a la Jurisdicción en procura de solucionar una determinada controversia.³

³ Sobre la finalidad de las medidas cautelares, consultar providencia de 13 de mayo de 2015 (Expediente núm. 2015-00022, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa), en la que se aseveró: "...se busca evitar que la duración del proceso afecte a quien acude a la Jurisdicción, a tal punto que para el momento de obtener una decisión favorable se torne en ilusorio el ejercicio del derecho reconocido, pues al decir de Chiovenda 'la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe convertirse en daño para quien tiene la razón.'"



Vale la pena resaltar la clasificación de las medidas cautelares contenida en el C.P.A.C.A., la cual se orienta a considerarlas *preventivas*, cuando impiden que se consolide una afectación a un derecho; *conservativas*, si buscan mantener o salvaguardar un *statu quo*; *anticipativas*, de un perjuicio irremediable, por lo que vienen a satisfacer por adelantado la pretensión del demandante; y de *suspensión*, que corresponden a la medida tradicional en el proceso contencioso administrativo de privación temporal de los efectos de una decisión administrativa.⁴

En cuanto a los criterios de aplicación que debe seguir el Juez para la adopción de la medida, merece destacarse que aquel cuenta con un amplio margen de discrecionalidad, si se atiende a la redacción de la norma «*podrá decretar las que considere necesarias*»⁵. No obstante, a voces del artículo 229 del C.P.A.C.A., su decisión estará sujeta a lo «*regulado*» en dicho Estatuto, previsión que apunta a un

⁴ Artículo 230 del C.P.A.C.A.

⁵ Artículo 229 del C.P.A.C.A.



criterio de proporcionalidad, si se armoniza con lo dispuesto en el artículo 231 ídem, según el cual para que la medida sea procedente debe el demandante presentar «*documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un **juicio de ponderación de intereses**, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla*» (Resaltado fuera del texto).

Sobre este asunto en particular, la Sala Plena de esta Corporación, en providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez), señaló:

*«La doctrina también se ha ocupado de estudiar, en general, los criterios que deben tenerse en cuenta para el decreto de medidas cautelares, los cuales se sintetizan en **el fumus boni iuris** y **periculum in mora**. **El primero**, o apariencia de buen derecho, se configura cuando el Juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, la **posible existencia de un derecho**. **El segundo**, o perjuicio de la*



*mora, exige la comprobación de **un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho.***»⁶ (Negrillas fuera del texto).

Y en providencia de 13 de mayo de 2015 (Expediente núm. 2015-00022, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa), sostuvo:

*«Lo anterior quiere significar que el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de arbitrariedad, razón por la cual le es exigible a éste la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo a la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso y, además, que en ella se refleje la pretensión de justicia, razón por la cual es dable entender que **en el escenario de las medidas cautelares**, el Juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en donde, **además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir el fumus boni iuris y el periculum in mora, debe proceder a un estudio de ponderación y sus sub principios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad** stricto sensu, ya*

⁶ Providencia de 17 de marzo de 2015, Expediente núm. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez.

que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad.»⁷(Negrillas no son del texto).

Así pues, conforme a la Jurisprudencia de la Sala Plena de esta Corporación, en el examen de procedibilidad de la medida solicitada, deberá verificarse la concurrencia de los elementos tradicionales que ameritan la imposición de la cautela, a saber: (i) *fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho, (ii) *periculum in mora*, o perjuicio de la mora, y, (iii) la ponderación de intereses.

⁷ Sobre la aplicación de la proporcionalidad, la misma providencia indicó:

«(...) Se ha sostenido en anteriores ocasiones:

(...)

Allí donde el Juez Administrativo no esté gobernado por reglas, lo más posible es que la actuación se soporte en principios o mandatos de optimización, luego la proporcionalidad y ponderación no son metodologías extrañas en la solución de conflictos y en la reconducción de la actividad de la jurisdicción contencioso administrativa al cumplimiento material de los postulados del Estado social de derecho. En todo caso, la proporcionalidad y la ponderación no representan ni la limitación, ni el adelgazamiento de los poderes del juez administrativo, sino que permiten potenciar la racionalidad y la argumentación como sustento de toda decisión judicial. Cabe, entonces, examinar cómo se sujeta la actividad discrecional del juez administrativo a las reglas de la ponderación, como expresión más depurada del principio de proporcionalidad.

En consecuencia, la observancia de este razonamiento tripartito conlleva a sostener que en la determinación de una medida cautelar, que no es más que la adopción de una medida de protección a un derecho en el marco de un proceso judicial, el Juez debe tener en cuenta valoraciones de orden fáctico referidas a una estimación de los medios de acción a ser seleccionados, cuestión que implica i) que la medida decretada sea adecuada para hacer frente a la situación de amenaza del derecho del afectado (*idoneidad*); ii) que, habida cuenta que se trata de una decisión que se adopta al inicio del proceso judicial o, inclusive, sin que exista un proceso formalmente establecido, la medida adoptada sea la menos lesiva o invasora respecto del marco competencial propio de la administración pública (*necesidad*) y, por último, es necesario iii) llevar a cabo un razonamiento eminentemente jurídico de ponderación, en virtud del cual se debe determinar de manera doble el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios contrapuestos ... El propio artículo 231 del C.P.A.C.A. da lugar a estar consideración imperativa en el numeral 4, literales a) y b), cuando prescribe como exigencia: "Que, adicionalmente, se cumpla con una de las siguientes condiciones:

a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o

b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios."»



II.3. La medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

En el marco de las diversas medidas cautelares instauradas en el nuevo procedimiento contencioso administrativo⁸ se encuentra la figura de la suspensión provisional de los actos administrativos prevista en el artículo 238 de la Constitución Política y desarrollada por los artículos 231 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Entre sus características principales se destaca su naturaleza cautelar, temporal y accesoria, tendiente a evitar que **actos**

⁸ El artículo 230 del C.P.A.C.A. señala que el Juez puede decretar, cuando haya lugar a ello, «una o varias de las siguientes» cautelas: ordenar que se mantenga una situación, o se restablezca el estado de cosas anterior a la conducta «vulnerante o amenazante», cuando fuere posible (numeral 1); suspender un procedimiento o actuación administrativa, incluso de carácter contractual, dentro de ciertas condiciones (numeral 2); suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo (numeral 3); ordenar que se adopte una decisión, o que se realice una obra o una demolición de una obra con el objeto de evitar el acaecimiento de un perjuicio o que los efectos de este se agraven (numeral 4); impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer (numeral 5). Cuando la medida cautelar implique la adopción de un acto discrecional, el Juez no puede sustituir a la autoridad competente, sino limitarse a ordenar su adopción según la Ley (parágrafo).



contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos, mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad en el proceso en el que se hubiere decretado la medida. Su finalidad, pues, es la de *«evitar, transitoriamente, que el acto administrativo surta efectos jurídicos, en virtud de un juzgamiento provisorio del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho»*.⁹

Merece resaltarse, en relación con el anterior Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), que la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos se supeditaba a la **manifiesta infracción de la norma invocada**, indicándose que en acciones distintas a la objetiva de legalidad se requería demostrar, aunque fuera sumariamente, el perjuicio con la ejecución del acto. Por ello, la innovación más relevante de la Ley 1437 de 2011 consiste en referirse expresamente a la

⁹ Providencia citada ut supra, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



confrontación de legalidad que debe efectuar el Juez de la medida; es decir, ese **análisis inicial** de legalidad del acto acusado, de cara a las normas que se estiman infringidas¹⁰.

Acerca de la manera en la que el Juez aborda este *análisis inicial*, la citada providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799), sostuvo:

*«Para el estudio de la procedencia de esta cautela se requiere una **valoración del acto acusado** que comúnmente se ha llamado **valoración inicial**, y que implica **una confrontación de legalidad de aquél con las normas superiores invocadas, o con las pruebas allegadas junto***

¹⁰ Vale la pena ahondar en el tema de la transición del régimen de las medidas cautelares que tuvo lugar con el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, asunto explicado en la providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799), en la cual se puntualizó: "Ahora bien, centrando el estudio en la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo, es notorio para la Sala que la nueva disposición, sin desconocer los rasgos característicos del acto administrativo, amplió, en pro de una **tutela judicial efectiva**, el ámbito de competencia que tiene el Juez de lo contencioso administrativo a la hora de definir sobre la procedencia de tal medida cautelar; y ese cambio, que se refleja en el tenor literal de la norma, consulta la intención del legislador y el entendimiento de la medida cautelar en el marco constitucional. Una interpretación del artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo teniendo en cuenta solamente la variación literal del enunciado normativo, pudo haber generado en los inicios de su aplicación la idea de que la existencia de una **manifiesta infracción**, a la que hacía referencia el artículo 152 del anterior Código, fue reemplazada por el **surqimiento** en el análisis judicial de una oposición entre el acto y las normas superiores, sin que ello comportara una diferencia material en el contenido normativo de ambas disposiciones. Sin embargo, estudiados los antecedentes de la disposición debe arribarse a una conclusión diferente, dado que, se insiste, la medida cautelar en el nuevo escenario judicial de esta Jurisdicción obedece y reclama la tutela judicial efectiva." (Resaltado es del texto).

***a la solicitud.** Este análisis inicial permite abordar el objeto del proceso, la discusión de ilegalidad en la que se enfoca la demanda, pero con base en una aprehensión sumaria, propia de una instancia en la que las partes aún no han ejercido a plenitud su derecho a la defensa. Y esa valoración inicial o preliminar, como bien lo contempla el inciso 2º del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, **no constituye prejuzgamiento,** y es evidente que así lo sea, dado que su resolución parte de un conocimiento sumario y de un estudio que, si bien permite efectuar interpretaciones normativas o valoraciones iniciales, no sujeta la decisión final.» (Resaltado fuera del texto).*

Como lo refiere la providencia transcrita, es importante la prevención efectuada por el legislador al advertir que la decisión sobre la medida cautelar de ningún modo implica **prejuzgamiento,** teniendo en cuenta que, como lo ha precisado la Jurisprudencia de esta Sala, se trata de «*mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto*».¹¹

¹¹ Así lo sostuvo la Sala en la providencia de 11 de marzo de 2014 (Expediente núm. 2013 00503. Consejero ponente: doctor Guillermo Vargas Ayala), al expresar que: «Con el ánimo de superar los temores y las reservas que siempre acompañaron a los Jueces respecto del decreto de la suspensión provisional en vigencia de la legislación anterior, célebre por su escasa efectividad producto de las extremas exigencias que la Jurisprudencia le impuso para salvaguardar su imparcialidad, el inciso segundo del artículo 229 del C.P.A.C.A. expresamente dispone que “[I]a decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”. De lo que se trata, entonces, con esta norma, es de brindar a los Jueces ‘la tranquilidad de que se trata de mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto sub lite’ []. Una suerte de presunción iure



II.4.- Requisitos de procedencia de la suspensión de los efectos del acto acusado.

A voces del artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos procede por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la respectiva solicitud, *«cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud»*. Entonces, su procedencia está determinada por la violación del ordenamiento jurídico y la

et de iure, sobre cómo acceder a la medida no afecta la imparcialidad del Juez ni compromete su capacidad de discernimiento ni poder de decisión, que busca además promover la efectividad del nuevo régimen cautelar introducido.

*La Jurisprudencia ya ha ido señalado que este enunciado debe ser visto como un **límite a la autorización que se otorga al Juez para que analice los hechos, las pruebas y los fundamentos del caso, pues es evidente que por tratarse de una primera aproximación al asunto este análisis debe ser apenas preliminar, razón por la cual no puede suponer un examen de fondo o 'prejuzgamiento' de la causa** []. La carga de argumentación y probatoria que debe asumir quien solicita la medida cautelar, garantizan que el Juez tenga suficientes elementos de juicio para emprender esta valoración sin tener que desplegar un esfuerzo analítico propio de la fase final del juicio ni renunciar ni relevarse del examen más profundo que debe preceder a la sentencia».*(Negrillas fuera del texto).



necesidad de proteger provisionalmente la legalidad, mientras se profiere la decisión definitiva respecto del acto administrativo demandado¹². Dice así el citado artículo:

«Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, **cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.** Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

1. *Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.*

¹² Esto significa que la suspensión provisional, como toda medida cautelar, debe estar siempre debidamente sustentada en los dos pilares fundamentales sobre los cuales se edifica todo sistema cautelar, a saber: los principios del *periculum in mora* y del *fumus boni iuris*, en virtud de los cuales siempre se tendrá que acreditar en el proceso el peligro que representa el no adoptar la medida y la apariencia del buen derecho respecto del cual se persigue un pronunciamiento definitivo en la sentencia que ponga fin al litigio.



2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.

3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.

4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:

a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o

b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.» (Negrillas fuera del texto).

Del texto normativo transcrito se desprenden, para la procedencia de la medida cautelar, los siguientes requisitos: i) que se invoque a petición de parte, ii) que exista una violación que surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores



invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud y, iii) si se trata de un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, que se acredite, de manera sumaria, los perjuicios que se alegan como causados.

II.5. El caso concreto.

En el presente asunto, la actora solicita la suspensión provisional de los efectos de la Resolución núm. 260 de 21 de marzo de 2013 «*Por medio de la cual se establecen los requisitos para la adopción e implementación del Sistema de Prevención y Control de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo - SIPLAFT-*» y de las que la adicionaron, las núms. 1295 de 2 de septiembre de la citada anualidad y 1879 de 15 de noviembre de 2013¹³, expedidas por la Empresa Industrial

¹³ Que establecieron la forma en la que se debe llevar a cabo el reporte frente a las transacciones en efectivo.



y Comercial del Estado Administradora del Monopolio Rentístico de los Juegos de Suerte y Azar **-COLJUEGOS-**

Estos actos tienen como objetivo primordial establecer un control sobre los operadores del sector de juegos de suerte y azar autorizados por la demandada, para prevenir el lavado de activos y la financiación del terrorismo (LA/FT) por medio del Sistema Integral de Prevención del Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo -SIPLAFT-.

La señora **ISABELA DÍAZ GONZÁLEZ** considera que dichos actos administrativos vulneran la siguiente normativa:

❖ Los artículos 2º, 5º y 11 del Decreto 4142 de 2011 *«Por el cual se crea la Empresa Industrial y Comercial del Estado Administradora del*



Monopolio Rentístico de los Juegos de Suerte y Azar, COLJUEGOS.», por los cuales se señala el objeto y funciones de dicho organismo así como las de su Presidente.

❖ El artículo 43¹⁴ de Ley 190 de 1995 *«Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa.»*, que consagra que las obligaciones establecidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, deberán ser además cumplidas por las personas que se dediquen profesionalmente a actividades de comercio exterior, casino o juegos de azar.

❖ Los artículos 102 a 107 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero -Decreto 663 de 1993-, por los cuales se indica el régimen general del mismo así: *«Obligación y control a actividades delictivas»*, *«Mecanismos de control»*, *«Adopción de*

¹⁴ [Modificado por el art. 3, Ley 1121 de 2006](#)



procedimientos», «Alcance y cobertura del control»; se determina el control de las transacciones en efectivo, estableciendo las sujetas a control, entre otras; y consagra aspectos relativos a la reserva sobre la información reportada y sanciones.

❖ El artículo 3^o¹⁵ de la Ley 526 de 1999 *«por medio de la cual se crea la unidad de información y análisis financiero», que establece su objeto.*

❖ El artículo 53 de la Ley 643 de 2001 *«Por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar», consagra que la inspección, vigilancia y control de los recursos del monopolios de juegos de suerte y azar le corresponde a la Superintendencia Nacional de Salud.*

Según la actora, los actos censurados vulneran la anterior normativa, por cuanto la Empresa Industrial y Comercial del Estado

¹⁵ [Modificado por el art. 4, Ley 1121 de 2006, Modificado por el art. 33, Ley 1762 de 2015](#)



Administradora del Monopolio Rentístico de los Juegos de Suerte y Azar –**COLJUEGOS**- no tiene competencia para expedir el reglamento allí contenido, dado que la Ley 526 de 1999 le asignó a la Unidad de Información y Análisis Financiero de Colombia -UIAF-, de manera expresa, la función de intervención en todos los sectores de la economía nacional, con el fin de detectar prácticas asociadas con el lavado de activos y financiación de terrorismo, por lo que de conformidad con las competencias otorgadas a la demandada ésta no tiene la facultad de ejercer el control impartido en las Resoluciones cuestionadas.

Sin embargo, –**COLJUEGOS**- manifiesta que en su calidad de administradora de monopolios está en capacidad de establecer los requisitos para la adopción e implementación del Sistema de Prevención y Control de Lavado de Activos y de la Financiación del Terrorismo –SIPLAFT-, pues la misma –UIAF- a través de las Resoluciones núms. 141 y 142 de 7 de diciembre de 2006, le



ordenó emitir reporte de los operadores de casinos y juegos de azar en aras de dar cumplimiento al objeto por el cual fue creada.

En efecto, encuentra la Sala Unitaria que dichas Resoluciones le imponen a las personas jurídicas, públicas y privadas que operan el monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar localizados; que exploten o administren el monopolio rentístico de las loterías, juegos de apuestas permanentes o chance, juegos novedosos, apuestas en eventos deportivos, gallísticos, caninos y similares y los eventos hípicos; la obligación de reportar de manera directa a la Unidad de Información y Análisis Financiero, la operación sospechosa que vislumbran.

Las mencionadas Resoluciones 141 y 142 de 2006, señalan que los sujetos obligados al cumplimiento de su regulación son todas las personas jurídicas públicas o privadas que de manera directa o indirecta, exploten, **administren** o gestionen, bajo cualquier



modalidad, el monopolio de loterías, juegos de apuestas permanentes o chance, juegos novedosos, apuestas en eventos deportivos, gallísticos, caninos y similares y la explotación de apuestas hípcas nacionales y extranjeras.

Establecen como mecanismo de control la obligación, entre otros, de reportar a la UIAF de manera inmediata y directa, en las condiciones establecidas por la Circular Externa 081 de 1999 de la Superintendencia Nacional de Salud, la operación sospechosa que vislumbren y establece que su incumplimiento, genera sanciones por parte de la citada entidad de vigilancia y control o la competente que haga sus veces, sin perjuicio de las acciones disciplinarias o penales a que haya lugar.

Así las cosas, no se advierte que la entidad demandada esté actuando por fuera de sus competencias legales, por el contrario, de conformidad con la función consagrada en el numeral 8º del artículo



5º del Decreto 4142 de 2011, tiene la potestad de **coordinar y apoyar a las entidades o autoridades competentes en las acciones de control de la ilegalidad** que sean de su competencia, tal como ocurre en el sub examine, pues según el artículo 3º de la Ley 526 de 1999, la Unidad de Información y Análisis Financiero de Colombia –UIAF- tendrá como objetivo:

«...la detección, prevención y en general la lucha contra el lavado de activos en todas las actividades económicas, para lo cual centralizará, sistematizará y analizará la información recaudada en desarrollo de lo previsto en los artículos 102 a 107 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero¹⁶ y sus normas remisoras, las normas tributarias, aduaneras y demás información que conozcan las entidades del Estado o privadas que pueda resultar vinculada con operaciones de lavado de activos.

Dichas entidades estarán obligadas a suministrar, de oficio o a solicitud de la Unidad, la información de que trata el presente artículo. Así mismo, la Unidad podrá recibir información de personas naturales.

(...)» (Subrayas y negrillas fuera del texto)

¹⁶ Ley 190 de 1995: «Artículo 43º.- [[Modificado por el art. 3, Ley 1121 de 2006](#)]. Las obligaciones establecidas en los artículos 102 a 107 del estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993) **serán cumplidas, además, por las personas que se dediquen profesionalmente a actividades de comercio exterior, casino o juegos de azar.**(...)» (Subrayas y negrillas fuera del texto).



Así, pues, se evidencia que los actos administrativos censurados se emitieron como producto del requerimiento efectuado por la UIAF a través de las Resoluciones 141 y 142 de 2006 y en cumplimiento, como ya se dijo, de su obligación de coordinar y apoyar a las entidades o autoridades competentes en las acciones de control de la ilegalidad.

En este orden de ideas, se denegará la suspensión provisional solicitada, comoquiera que en este estado de la actuación, la presunción de legalidad de las Resoluciones cuestionadas no aparece desvirtuada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en Sala Unitaria,



R E S U E L V E:

DENIÉGASE la suspensión de las Resoluciones núm. 260 de 21 de marzo de 2013, 1295 de 2 de septiembre de la citada anualidad, y, 1879 de 15 de noviembre de 2013, expedidas por la Empresa Industrial y Comercial del Estado Administradora del Monopolio Rentístico de los Juegos de Suerte y Azar **-COLJUEGOS-**

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ.

Consejera.