

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DE MEDELLÍN**

Medellín, primero (1º) de noviembre de dos mil trece (2013)

Radicado:	05001 33 33 004 2013 00006 00
Medio de control:	Nulidad simple
Demandante:	Grupo Antioqueño de Apuestas GANA S.A.
Demandado:	Municipio de Marinilla – Concejo municipal
Asunto:	Suspende acto administrativo demandado: Acuerdo 042 del 28 de diciembre de 1998

ASUNTO

Procede el Juzgado a pronunciarse sobre la solicitud de medida cautelar consistente en suspensión del acto administrativo, deprecada por la parte actora dentro del escrito de demanda.

El Grupo Antioqueño de Apuestas GANA S.A. en escrito allegado al Juzgado, haciendo uso del medio de control nulidad simple consagrado en el artículo 137 del CPACA, demanda la nulidad parcial del Acuerdo 042 de fecha 28 de diciembre de 1998 expedido por el Concejo Municipal del municipio de Marinilla – Antioquia.

En cuaderno separado, que el Juzgado ordenó conformar para resolver el asunto, la parte actora solicitó que se decretara medida cautelar consistente en suspensión provisional, EN FORMA PARCIAL, del acto en mención.

PROCEDIMIENTO SURTIDO A LA SOLICITUD

Por auto del 12 de julio de 2013, el Juzgado inadmitió la demanda por adolecer de requisitos formales que fueron exigidos y subsanados oportunamente por el actor.

En proveído calendado el 11 de octubre de 2013, al admitir la demanda, se dispuso vincular al Concejo municipal de Marinilla y, en providencia separada se ordenó diferir el trámite de la solicitud de medida cautelar, consistente en SUSPENSIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO, acorde a lo preceptuado por el Art. 233 del CPACA.

Por auto de la misma fecha se dispuso correr traslado de la solicitud de medida cautelar al municipio de Marinilla y al Concejo municipal del mismo municipio,

por el término de cinco (5) días para que se pronunciaran respecto de la solicitud comentada.

Dentro del término concedido el municipio de Marinilla por intermedio de apoderada judicial se opuso a la solicitud de suspensión, a cuyos efectos indicó que no existe violación manifiesta de la Ley 643 de 2001 por cuanto, a pesar de haberse citado por la demandante la sentencia C-1191 de 2001 que declaró la exequibilidad de la prohibición de gravar el monopolio consagrada en dicha norma, es de anotar que tal consideración atiende a que la imposición de un impuesto implicaría una desviación de los dineros recaudados hacia actividades diferentes a la salud cuando esa es según mandato constitucional, su única y exclusiva destinación.

Señaló que la prohibición no comprendía la gravabilidad de las rentas del concesionario en este caso demandante, quien, dijo, se limita a pagar derechos de explotación y que para el particular el municipio no grava el monopolio sino los ingresos que de él deriva quien lo opera, esto es, los ingresos que al concesionario le quedan después de pagar los derechos de explotación, de conformidad con lo indicado por los Arts. 23 y 42 de la Ley 643 de 2001.

En apoyo de su oposición cita la sentencia del 12 de octubre de 2006 proferida por el Consejo de Estado¹ y sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia del 5 de agosto de 2004², en las que se extrae según su transcripción la potestad de los municipios para reclamar el impuesto por la actividad desarrollada por los concesionarios de los juegos de suerte y azar.

1. La solicitud y motivaciones.

Aduce el actor que la norma demandada desconoce, por infracción directa, los artículos constitucionales 336 incisos 3 y 4 y Art. 338, así como el Art. 49 de la Ley 643 de 2001, toda vez que dichas normas, que son de superior jerarquía, limitan la competencia de la Corporación Municipal para gravar juegos de suerte y azar, por ser monopolios cuya reserva corresponde al legislador.

Por tal razón, argumenta, que son aplicables las prescripciones del artículo 137 del CPACA, que contiene la regulación del medio de control nulidad simple.

2. Consideraciones normativas, precedente jurisprudencial y doctrina.

1. El capítulo undécimo del CPACA (Arts. 229 a 241) regula lo relacionado con las medidas cautelares, estableciendo, entre otros, los siguientes requisitos relevantes, en el caso de las solicitadas en el medio de control nulidad simple:

- i. Proceden en los procesos declarativos³, ii. A petición de parte (regla general), debidamente sustentada⁴ (preferiblemente en escrito separado), iii. Debe tener

¹ C.P. Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié. Radicación No. 76001232400019990073202-13830.

² Radicado 002.715.

³ Art. 229 Inc. 1 CPACA.

⁴ Art. 229 Inc. 1 CPACA.

una relación directa y necesaria con la demanda⁵, iv. **En el caso de la suspensión provisional 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.”**⁶, v. No se requiere el pago de caución⁷. Vi. No se requiere la prueba del perjuicio, basta la confrontación de las normas⁸. (Subrayas y negrillas intencionales).

2. Como se recuerda, la suspensión del acto administrativo es una institución que fue consagrada por el Constituyente de 1991 Art. 238⁹ y regulada por el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo¹⁰.

3. La jurisprudencia del Consejo de Estado, tuvo la oportunidad de referirse a aquella figura en reiteradas ocasiones; al respecto se trae una de esas consideraciones:

“2.- En efecto, la procedencia de la suspensión provisional supone que la infracción normativa aparezca de forma clara, evidente, palmaria u ostensible, esto es, que se advierta sin que ello excluya las razones de argumentación jurídica por parte del juez para decretarla. Por el contrario, si se requiere un análisis riguroso, sustancial o de fondo, la decisión deberá adoptarse en la sentencia luego de surtido el debate procesal correspondiente.

Por tanto, los requisitos para que proceda la medida cautelar en tratándose del ejercicio de la acción de simple nulidad son los siguientes:

- 1) Que la medida se solicite;
- 2) Que se sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado,
- 3) Que la infracción por parte del acto debe ser manifiesta frente a una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

3.- Por lo tanto, la procedencia de la suspensión provisional de un acto administrativo está condicionada a que la violación al ordenamiento jurídico que se le imputa al mismo sea evidente, ostensible, notoria, palmaria, a simple vista o *prima facie*, conclusión a la que se debe llegar, según ha expresado la Sala, mediante un sencillo y elemental cotejo directo entre el acto administrativo demandado y las normas que se invocan como transgredidas, en un proceso comparativo que no requiere de mayores esfuerzos interpretativos o probatorios, sin que ello excluya las razones de argumentación jurídica por parte del juez para decretarla, porque, en el caso de requerir un análisis profundo o un estudio de igual naturaleza de los medios probatorios aducidos con la demanda, no resulta posible su decreto, y las consideraciones de legalidad o ilegalidad en torno al acto se deben posponer para la sentencia.”¹¹

⁵.Art. 230 Inc. 1 CPACA.

⁶.Art. 231 Inc. 1 CPACA.

⁷.Art. 232 Inc. 3 CPACA.

⁸.Art. 231 Inc. Final

⁹. ARTICULO 238. La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.

¹⁰. Art. 152 C.C.A.

¹¹. Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia radicado 25000-23-24-000-2011-00180-01, del 18 de agosto de 2011, demandado Concejo municipal de Choachí, M.P. Dr. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA.

4. La doctrina nacional, a partir de la expedición del CPACA en lo correspondiente a la figura que es objeto de análisis, afirma: “*en la pretensión de Nulidad procede la suspensión provisional cuando el acto impugnado es manifiestamente contrario a la norma superior que se invoca como infringida con el mismo, 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’ no ya como lo exigía la norma anterior que la contradicción debía apreciarse de la simple confrontación del acto con la norma invocada. Ahora es más dúctil el concepto porque exige el análisis del juez para que deduzca esa violación de la simple confrontación o de estudio de las pruebas allegadas con la solicitud...*”¹².

5. Sobre el mismo punto, la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, tuvo la oportunidad de analizar el asunto de las medidas cautelares, diferenciándolas entre aquellas negativas, cuando se busca la suspensión del acto administrativo, y las positivas, cuando conciernen al disfrute de una pretensión.

Al respecto, las orientaciones de la escuela apuntan a considerar que la tesis de la “duda razonable” es una buena guía para orientar la decisión del juez¹³.

6. Con respecto a los monopolios rentísticos¹⁴ el legislador reguló esa actividad en la Ley 643 de 2001, señalando en el artículo 49:

“Art. 49: Prohibición de gravar el monopolio. Los juegos de suerte y azar a que se refiere la presente ley no podrán ser gravados por los departamentos, distrito o municipios, con impuestos, tasas o contribuciones, fiscales o parafiscales distintos a los consagrados en la presente ley.”

¹². Palacios Hincapié, Juan Ángel, Derecho Procesal Administrativo, Editorial Sánchez, 8º edición, Medellín, 2013, p. 289.

¹³. “Si la medida cautelar que se solicita es negativa (suspensión de los efectos del acto) se debe cumplir con los requisitos del inciso 1 del artículo 231: que el acto viole una norma superior, lo que habrá de valorar el juez teniendo en cuenta los elementos de juicio de los que disponga al momento procesal en el que se resuelve sobre la cautela; y la acreditación sumaria del perjuicio en el evento de que se pretenda el restablecimiento del derecho o la reparación del daño (...)

Por ello parece abrirse camino, como solución pretoriana, el argumento de la existencia de una “duda razonable” para negar la medida; o lo que podría ser interpretado que cuando hay motivos que impidan tener un alto grado de convicción sobre la ilegalidad del acto debe negarse la cautela; quizá esto sea similar a fórmula de la “manifiesta infracción”, pero planteada no desde la ilegalidad objetiva del acto sino en el plano subjetivo del grado de certidumbre del juzgador. Lasso Lozano, Luis Manuel. LA SUSPENSIÓN ES LA ÚNICA MEDIDA CAUTELAR APLICABLE EN RELACIÓN CON LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS? en Escuela Rodrigo Lara Bonilla, Juicios por audiencias en la jurisdicción contenciosa administrativa, Tomo I, p. 250.

¹⁴. ARTICULO 1o. DEFINICION. El monopolio de que trata la presente ley se define 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 pueden 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 (Ley 643 de 2001).

Dicha norma fue objeto de control por la Corte Constitucional, declarándola exequible, conforme el siguiente argumento, del cual se transcribe lo fundamental:

“75- Entra por último la Corte a examinar la acusación contra el aparte demandado del artículo 49, según el cual, los juegos de suerte y azar regulados por esta ley 643 de 2001 *'no podrán ser gravados por los departamentos, distrito o municipios, con impuestos, tasas o contribuciones, fiscales o parafiscales distintos a los consagrados en la presente ley'*. Según el actor, esa norma interfiere con la autonomía municipal y es discriminatoria, pues conduce a que los municipios no puedan cobrar el impuesto de industria y comercio por los ingresos que los empresarios derivan de su actividad.

76- La Corte considera que el anterior cargo no es de recibo, pues en ya en anteriores oportunidades esta Corporación había concluido que la ley puede limitar la posibilidad de que las entidades territoriales graven los monopolios rentísticos. De un lado, las sentencias C- 537 – 95 1995 y C- 587 – 95 de 1995 analizaron la objeción según la cual estos monopolios de juegos de suerte y azar no pueden ser gravados por ninguna contribución fiscal, por cuanto la imposición de un impuesto implicaría una desviación de estos dineros hacia actividades distintas a la salud, mientras que la Carta ordena que las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud (CP art. 336). La Corte concluyó que esa objeción no era de recibo, y que esas actividades podrían ser gravadas...”¹⁵

ANÁLISIS DEL JUZGADO

Tal como se tiene dicho anteriormente, la parte actora considera que los apartes transcritos del artículo 140 del Acuerdo Municipal 042 de 1998, desconocen en forma directa y no obstante su jerarquía, los siguientes artículos constitucionales: 336 incisos 3 y 4 y Art. 338, y el Art. 49 de la ley 643 de 2001.

Para resolver, se encuentra acreditado en el consecutivo: i. Legitimación en la causa por activa y pasiva, ii. El acto demandado en pruebas idóneas, iii. Las normas presuntamente desconocidas, presupuestos procesales con los cuales es posible analizar de fondo la pretensión de medida cautelar.

Ahora bien, es preciso dejar en claro que la parte actora, sólo pidió la suspensión del aparte del artículo 140 del Acuerdo demandado, por lo mismo el Juzgado se ocupará de esta pretensión, ello porque es sabido que la justicia administrativa es rogada y además en el caso concreto de las medidas cautelares es claro el legislador en señalar que ellas sólo proceden a petición de parte¹⁶.

¹⁵. C- 1191 – 01, del 15 de noviembre de 2001, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Uprimny Yepes.

¹⁶. Art. 229 CPACA.

A ese respecto el aparte demandado del artículo 140 del Acuerdo 042 de 1998, expedido por el Concejo Municipal de Marinilla, hace parte de una norma que regula el régimen tarifario y los códigos del Impuesto de Industria y Comercio que se cobra en ese ente territorial, entre los cuales se incluye la modalidad de juego de suerte y azar, denominado apuestas permanentes o chance.

Sobre ese punto el legislador fue claro al definirlo de la siguiente manera:

“ARTICULO 21. APUESTAS PERMANENTES O CHANCE. **Es una modalidad de juego de suerte y azar** en la cual el jugador, en formulario oficial, en forma manual o sistematizada, indica el valor de su apuesta y escoge un número de no más de cuatro (4) cifras, de manera que si su número coincide, según las reglas predeterminadas, con el resultado del premio mayor de la lotería o juego autorizado para el efecto, gana un premio en dinero, de acuerdo con un plan de premios predefinido y autorizado por el Gobierno Nacional mediante decreto reglamentario.” (Ley 643 de 2001).

En tal sentido es claro que a partir de esa norma el municipio de Marinilla está, por virtud del Concejo municipal de ese ente territorial, habilitado para cobrar el Impuesto de Industria y Comercio al chance. Norma que es contraria al artículo 49 de la Ley 643 de 2001, por ser de superior jerarquía, a partir de la muy conocida pirámide Kelseniana, la cual es reivindicada por el Constituyente de 1991, en el artículo 4º Superior.

A ese respecto, el siguiente cuadro comparativo permite inferir la contrariedad de la norma acusada con la Ley 643 de 2001:

Norma local respecto de la cual se pide la suspensión: Acuerdo 042 de 1998, 30 de diciembre de 1998, expedido por el Concejo Municipal de Marinilla.	Norma presuntamente violadas	
	Ley 643 de 2001, Por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar.	Constitución Nacional.
Artículo 140 “Las actividades y tarifas de industria, comercio y servicios (expresados en milajes) que a continuación se enuncia serán las siguientes (...) otras actividades comerciales: ... agencia de chance ¹⁷ .	Art. 49: Prohibición de gravar el monopolio. Los juegos de suerte y azar a que se refiere la presente ley no podrán ser gravados por los departamentos, distrito o municipios, con impuestos, tasas o contribuciones, fiscales o parafiscales distintos a los consagrados en la	ARTICULO 336. Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley. (...) La organización, administración, control y explotación

17. Ver art. 21 Ley 643 de 2001.

	<p>presente ley.</p> <p>(...)</p> <p>(Norma revisada por la sentencia C-1194 de 2001).</p> <p>Concordar capítulo IV, reglamentarios de juegos de apuestas permanentes o chance.</p>	<p>de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental.</p> <p>Las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud.</p>
--	--	---

Sobre el mismo asunto jurídico se ha pronunciado el honorable Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, en la sentencia No. S 224 del 10 de septiembre de 2013, con ponencia del Magistrado Juan Guillermo Arbeláez Arbeláez, considerando que los entes territoriales no pueden gravar con el Impuesto de Industria y Comercio - ICA, ni con ningún otro tipo de gravamen, a las entidades concesionarias de las operaciones de juegos de apuestas permanentes, tomando como base dicha actividad.

Es preciso aclarar que, en criterio del Juzgado, la referencia que hace el aparte demandado no es propiamente a una persona jurídica determinada, sino a una agencia de chance que se sabe que su actividad es la operación de este tipo de juegos. Ello para establecer que si bien por virtud de la sentencia que precede no siempre los operadores de juegos de apuestas permanentes son exonerados del ICA, puesto que bien pueden realizar otras actividades lucrativas gravadas; no obstante, en el presente caso se trata de la actividad vinculada estrictamente con el chance.

Visto lo anterior se advierte, sin ambages, que la norma demandada – artículo 140 en lo que hace referencia al juego de chance – desconoce en forma directa y protuberante el artículo 49 de la Ley 643 de 2001, hecho que surge de confrontar dichos preceptos, como ha quedado suficientemente demostrado.

Por lo mismo se cumple la exigencia del artículo 231 ordinal 1 del CPACA, cuando establece:

“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 mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto (4º) Administrativo Oral de Medellín,

R E S U E L V E :

PRIMERO. Suspender parcialmente el artículo 140 del Acuerdo municipal 042 del 28 de diciembre de 1998 expedido por el honorable Concejo Municipal de Marinilla, en lo que hace referencia a “agencia de chance”.

SEGUNDO. Por Secretaría notifíquese oportunamente al municipio de Marinilla, por intermedio de su representante legal.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

(firmado el original)

EVANNY MARTÍNEZ CORREA

Juez

**JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO MEDELLÍN**

Siendo las ocho de la mañana (8:00A.M) del día de hoy **05 DE NOVIEMBRE DE 2013** se notifica a las partes la providencia que antecede por anotación en Estados.

(firmado el original)

EDWIN ALEXANDER ARBOLEDA TAVERA
Secretario

**JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO MEDELLÍN**

En la fecha _____ se hizo presente el Dr. Francisco García Restrepo, Procurador Judicial 108 delegado ante este Despacho, a quien se notificó personalmente el contenido de la decisión que antecede y en constancia firma.

FRANCISCO GARCÍA RESTREPO
Procurador Judicial 108

Secretario