



## JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SANTA MARTA

Santa Marta DTCH, veintidós (22) de mayo de dos mil veinte (2020)

|                    |                                           |
|--------------------|-------------------------------------------|
| <b>Acción:</b>     | <b>Reparación Directa</b>                 |
| <b>Radicación:</b> | <b>No. 47001-3331-008-2013 - 00584-00</b> |
| <b>Demandante:</b> | <b>Álvaro José Polo Fornaris y otro</b>   |
| <b>Demandado:</b>  | <b>Departamento del Magdalena</b>         |

Procede el despacho a dictar sentencia de primera instancia, conforme a los parámetros establecidos en el artículo 169 del C.C.A, con observancia del siguiente esquema: I.- Antecedentes. 1.1 La demanda; 1.2.- Contestación de la demanda; 1.3.- Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público. 2.- Consideraciones: 2.1.- Problema jurídico; 2.2.- Pruebas; 2.3.- Excepciones propuestas por las demandadas; 2.4.- Régimen de responsabilidad aplicable; 2.5.- Estudio de responsabilidad de las entidades demandadas. 3.- Condenas en costas.

### I. ANTECEDENTES

#### 1.1.- La demanda:

A través de apoderado judicial, los señores Álvaro José Polo Fornaris y Juan Alberto Arrieta Moron, actuando en nombre propio, a través de apoderado judicial, promovieron acción de reparación directa, prevista en el artículo 86 del C.C.A contra el Departamento del Magdalena con el propósito de obtener las siguientes pretensiones.

##### 1.1.1.- Pretensiones

En la demanda se exponen las pretensiones que seguidamente se resumen, así:

Que se declare administrativamente responsable al Departamento del Magdalena, por los perjuicios materiales y morales causados a los demandantes ocasionados por la omisión de efectuar una vigilancia y control adecuados del contrato de concesión adjudicado mediante resolución No. 009-2007 del 21 de diciembre de 2007, que garantice el pago de los premios ofrecido por el concesionario del juego de apuestas en el Departamento del Magdalena.

Como consecuencia de la anterior declaración, condenar al Departamento del Magdalena, a indemnizar a los demandantes los perjuicios materiales, e inmateriales en la modalidad de perjuicios morales, subjetivos y objetivados, actuales y futuros, los cuales se estiman como mínimo en la suma de CIENTO CUARENTA MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA MIL PESOS (\$140.340.000.00) o conforme a lo que resulte probado en el proceso.

Que las cuantías anteriores serán actualizadas conforme al artículo 178 del C.C.A y, la entidad demandada dará cumplimiento a la condena en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

##### 1.1.2.- Hechos de la demanda:

Como fundamentos fácticos de las pretensiones relató en resumen los siguientes:

El Departamento del Magdalena, entregó en concesión la administración legal del Sistema de juego, chance o apuestas permanentes en el Departamento a la empresa APOSMAR S.A, contrato que fue adjudicado a través de la licitación pública No. LIC-DM-1507 y Resolución No. 009-2007 del 21 de diciembre de 2007.

En desarrollo de esta actividad comercial APOSMAR S.A ofrece a los ganadores el pago de CUATRO MIL QUINIENTOS PESOS (\$4.500) por cada peso apostado en virtud del acierto de

cada apostador de las cuatro últimas cifras del premio mayor del sorteo de la lotería autorizada para el día de la apuesta y la suma de cuatrocientos pesos (\$400) por cada peso apostado con el acierto de las tres últimas cifras del premio mayor del sorteo de la lotería autorizada para el día de la apuesta de acuerdo a lo establecido en el Decreto 1350 de 2003.

El día 27 de agosto de 2009, los demandantes participaron en el sistema legal de apuestas que administra la empresa APOSMAR S.A, apostando el señor Álvaro José Polo Fornaris la suma de CINCO MIL PESOS (\$5.000), y, el señor Juan Alberto Arrieta Morón la suma de TRES MIL PESOS (\$3.000). Estas apuestas fueron registradas en los formularios legales No. LMK 3245258 y LKM 28982244 de la casa de apuestas EMPRESARIOS ASOCIADOS DE APUESTAS PERMANENTES DEL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA S.A APOSMAR S.A.

Los números elegidos por los demandantes para sus apuestas, coincidieron con las cuatro (4) últimas cifras del número ganador del sorteo No. 1993 realizado con la Lotería de Bogotá el día 27 de agosto de 2009, convirtiéndose de esta manera en ganadores de buena fe.

Al día siguiente, el día 28 de agosto de 2009, enterados del resultado del sorteo, los demandantes se presentaron a las oficinas de la casa de apuestas EMPRESARIOS ASOCIADOS DE APUESTAS PERMANENTES DEL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA S.A APOSMAR S.A, ubicada en la ciudad de Santa Marta, encontrándose con que esta entidad se negaba a reconocerlos como ganadores de buena fe, aduciendo que existía fraude en el sorteo.

Desde esa fecha hasta la presente la casa de apuestas EMPRESARIOS ASOCIADOS DE APUESTAS PERMANENTES DEL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA S.A APOSMAR S.A, se ha negado a reconocer el pago del premio del cual los demandantes salieron favorecidos y sólo se limitó a recibir una copia auténtica de los formularios ganadores, los datos personales de los demandantes manifestándoles que hasta tanto no se realizara una investigación no se cancelaban los premios.

El sorteo No. 1993 realizado con la lotería de Bogotá el día 27 de agosto de 2009, fue certificado por todas las autoridades de control y vigilancia, quienes dieron fe que el sorteo se realizó siguiendo los estándares de seguridad y bajo las normas de calidad, no existiendo duda de la legalidad del mismo.

La demandada debe a los demandantes el valor correspondiente al pago del premio ofrecido para estos casos que es de CUATRO MIL QUINIENTOS PESOS (\$4500) por cada peso apostado si acierta las cuatro cifras del premio mayor del sorteo No. 1993 realizado con la Lotería de Bogotá el día 27 de agosto de 2009, de acuerdo a lo establecido en el decreto 1350 de 2003, más los intereses causados a la fecha, lo cual arroja una suma de \$32.850.000 a favor del señor Álvaro José Polo Fornaris y, \$19.710.000a favor de Juan Alberto Arrieta Morón.

Sabiéndose ganadores de buena fe y seguros de que les sería reconocido el premio ofrecido por la empresa concesionaria APOSMAR S.A, los demandantes tomaron un préstamo que se comprometieron a cancelar con el dinero recibido por el pago del premio ofrecido por la empresa de apuestas APOSMAR S.A, pago que hasta la fecha no ha ocurrido.

De acuerdo con lo anterior, afirmó la parte demandante que el hecho dañoso consiste la negativa a efectuar el pago a los accionantes, del premio ofrecido al participar estos de forma legal en un sistema de apuestas cuyo monopolio rentístico está a cargo del Departamento del Magdalena y es administrado por un tercero la empresa EMPRESARIOS ASOCIADOS DE APUESTAS PERMANENTES DEL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA S.A, a través de un contrato de concesión, lo que ha generado unos perjuicios materiales y morales a los señores Álvaro José Polo Fornaris y Juan Alberto Arrieta Morón.

A juicio de los demandantes, el daño antijurídico descrito en el párrafo anterior, es atribuible al estado puesto que es causado por la omisión del Departamento del Magdalena, en su

deber legal como titular del monopolio rentístico de todos los juegos de suerte y azar de acuerdo a lo contenido en la Ley 643 de 2001 artículos 2 y 3, desconociendo los principios que rigen la explotación, organización, administración, operación, fiscalización y control de juegos de suerte y azar a pesar de que estos se encuentren concesionados, puesto que, la delegación no exime de responsabilidad.

La entidad demandada —Departamento del Magdalena— fue permisiva al no hacer cumplir el contrato de concesión como lo establece la Ley, al no ejercer los controles adecuados en la ejecución del contrato de concesión a la empresa APOSMAR S.A, quien lo incumplió al no cancelar los premios ofrecidos a los ganadores de buena fe, permitiéndole su funcionamiento de forma normal incumpliendo su deber constitucional y legal, por lo que, son responsables del daño causado a los demandantes en su patrimonio económico como ganadores de buena fe.

## **1.2.- Contestación de la demanda**

### **1.2.1.- Departamento del Magdalena (fl. 75 - 81)**

Se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo lo que a continuación se resumen:

En primer lugar, sostuvo que la parte demandante no presentó dentro del término legal los documentos para el cobro del premio, por lo tanto, había por parte de APOSMAR S.A responsabilidad de entregar el premio. Es responsabilidad de la parte demandante constituir una prueba, por medio de la cual, se pudiera determinar que los demandantes presentaron el cobro del premio a la entidad dentro de los términos establecidos.

Por otro lado, afirmó que el Departamento del Magdalena no guarda relación directa con los hechos de la demanda, en la medida en que no ha contraído obligación con los demandantes y dicha obligación de dar es exclusiva de la empresa APORMAR S.A, por lo cual, no tiene por qué pagar un premio si no administra las apuestas que se aluden en la demanda. Lo anterior, encuentra sustento a lo largo del contrato que adjudica la concesión de apuestas a APOSMAR S.A. Hay una carencia absoluta de legitimación en la causa por pasiva en la medida en que el pago del premio es una responsabilidad exclusiva de la empresa concesionaria APOSMAR S., en consecuencia, la demanda debió proceder contra la empresa en mención y no contra el Dpto del Magdalena, toda vez que, en la cláusula 6º numeral 18 del contrato 423 de 2007 se dispuso: "*Obligaciones del Concesionario: (...) 18. Pagar oportunamente a la persona favorecida los premios a la presentación del formulario ganador*"

Adicionalmente, en la cláusula 9º del citado contrato se convino lo siguiente: "*(...) El concesionario asume toda responsabilidad frente a terceros por la totalidad de las actuaciones en la ejecución del contrato. Específicamente es el único responsable del pago de los premios, el cual no rehusará sino por causas legales*" De suerte que, de existir una eventual responsabilidad por los perjuicios aludidos por los demandantes, esta resulta atribuible exclusivamente a la empresa APOSMAR S.A.

Así mismo, adujo que, es cierto que el Departamento del Magdalena realiza investigaciones administrativas por los hechos que se consideren que atentan con el cumplimiento de la ejecución del contrato de concesión No. 423 de 2007 celebrado entre esta entidad territorial y la empresa APOSMAR S.A. Sin embargo, para el caso sub examine no existen antecedentes de reclamación administrativa o queja alguna presentada por ante el Departamento del Magdalena para que indagara respecto de los hechos de la presente demanda. De suerte que, no ha sido negligente en el cumplimiento de sus funciones, en efecto en la cláusula 5 numerales 3 y 4 del contrato 423 de 2007, se convino lo siguiente: "*Obligaciones del cedente: (...) 3 Realizar investigaciones administrativas relacionadas con violaciones a las normas establecidas para el juego de apuestas permanentes o chance, a solicitud del público apostador o las que de oficio considere pertinentes. 4.- Ejercer sobre el concesionario todos los controles que considere necesarios para lograr la ejecución eficiente del contrato.*"

Luego, la única posibilidad que tenía el Departamento del Magdalena para conocer los hechos era mediante un requerimiento de los demandantes, pero ellos nunca lo presentaron, es decir, que quienes han incurrido en una falta son ellos mismos quienes consintieron que la empresa APOSMAR S.A no pagara el premio, pues de lo contrario, habrían presentado antes de los cinco (5) días siguientes a ganar el premio y luego de habérseles negado el premio una reclamación ante el Departamento del Magdalena.

Finalmente, señaló que el control y vigilancia del mencionado contrato se limita a la debida ejecución del contrato no a los pagos de los premios y si la ejecución del contrato incluyera el pago de los premios, como se ha dicho el ente territorial no tenía la posibilidad de conocer de estos hechos y claramente no hay otro concepto por el cual el Departamento del Magdalena no haya cumplido con tal función de control y vigilancia. Por lo antedicho, puede haber una culpa exclusiva de la víctima.

Con fundamento en los argumentos expuestos propuso las excepciones que denominó: Falta de legitimación en causa por pasiva, culpa exclusiva de la víctima, que los documentos que no estén autenticados no se tengan como prueba dentro del proceso, inexistencia de la obligación frente al Departamento del Magdalena.

#### **1.2.2.- Vinculada – APOSMAR S.A (fls. 222 – 225)**

A través de providencia de 26 de febrero de 2014, se ordenó vincular en calidad de litisconsorte necesario a la empresa EMPRESARIOS ASOCIADOS DE APUESTAS PERMANENTES DEL MAGDALENA S.A – APOSMAR S.A, la cual contestó la demanda por medio de curador ad litem, en los siguientes términos que seguidamente se resumen:

La empresa APOSMAR S.A fue afectada con medida cautelar de pérdida del poder dispositivo el día 4 de junio de 2014, por parte de la Fiscalía y sometida a un proceso de extinción de dominio, por lo cual, a raíz del mismo pasó a manos del Estado en cabeza de la administración de la Sociedad de Activos Especiales, SAE, entidad adscrita al Ministerio del Interior y quienes hasta la fecha han ejercido la dirección.

Por lo anterior, los establecimientos de comercio de propiedad de la entidad, al servicio de la explotación del contrato de concesión y debidamente matriculados en la Cámara de Comercio, fueron objeto de embargo según el oficio 7419 de la Fiscalía Especializada de Bogotá, embargo inscrito en dicha cámara de comercio. De igual manera, los antiguos socios que están bajo investigación como es de conocimiento público, han sido despojados de sus acciones y apartados de la empresa "de manera total y absoluta", tal como puede ser corroborado en página web de la fiscalía "<https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp/content/uploads/InformeCasosConnotación20141.pdf>

El 16 de diciembre del año 2014, mediante resolución 1872 de la Gobernación manifiesta la intención de caducar la concesión a la empresa.

Todo lo anterior condijo a la pérdida del objeto social de la empresa lo que originó la causal de disolución tal como lo señala el Código de Comercio en su artículo 218 numeral 2 encontrándose actualmente en la etapa de liquidación para lo cual, según Resolución No. 582 del 4 de julio de 2017 fue nombrado como Gerente Liquidador al señor Herles Rodrigo Ariza Becerra, según comunicado que reposa a la vista de todo el público en la entrada de las antiguas instalaciones de la empresa APOSMAR S.A.

Con fundamento en los argumentos expuestos, propuso las excepciones que denominó falta de legitimación por pasiva y falta de reclamación administrativa.

### **1.2.3.- Vinculada – Sociedad de Activos Especiales S.A.S – S.A.E (fls. 292 – 297)**

Mediante providencia de 12 de marzo de 2018, se ordenó vincular en calidad de litisconsorte cuasinecesario a la Sociedad de Activos Especiales, por cuanto es el ente liquidador de la vinculada APOSMAR S.A. la referida entidad contestó la demanda en los términos que seguidamente se pasan a exponer:

La sociedad APOSMAR S.A EN LIQUIDACIÓN estando bajo la custodia y administración del Estado, fue objeto de un proceso administrativo de caducidad contractual, ordenada por la Gobernación del Magdalena mediante la promulgación de la Resolución No. 1872 de 2014 por presunto incumplimiento del artículo 90 de la Ley 418 de 1997. Terminando el proceso con expedición de las Resoluciones No. 637 y 638 ambas de fecha 8 de mayo de 2015, las cuales finalizan con la concesión otorgada, generando que la empresa no pudiese explotar su objeto social y cumplir con sus obligaciones contractuales.

De esta manera la sociedad APOSMAR S.A EN LIQUIDACIÓN, se encuentra inmersa en una situación de insolvencia societaria, ya que su fuente de captación de recursos económicos, indispensable para el pago de sus responsabilidades contractuales le fue caducada. Por lo cual, a través de la SAE se solicitó a la Fiscalía 38 ED, la liquidación societaria como lo establece el artículo 218 numeral 2º del Código de Comercio Colombiano, con el fin de pagar con los activos sociales de la empresa las acreencias adeudadas a la fecha, la cual fue concedida en fecha 2 de septiembre de 2016.

Es de entender que APOSMAR S.A EN LIQUIDACIÓN le sobrevino una fuerza mayor, en la cual no existe omisión de llegar a cancelar las acreencias del accionante, más la demandada no posee recursos económicos y no puede hacer uso de los activos sociales situación por la cual le sobreviene una imposibilidad jurídica y económica de llegar a cancelar estos pasivos, tal como se establece en el artículo 110 de la Ley 1708 de 2014.

Con fundamento en lo anterior, propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva. Así mismo, propuso la excepción que denominó falta de reclamación administrativa, la cual sustenta en que en la presente demanda no existe ningún documento dirigido a la Gobernación del Magdalena, o a alguna autoridad administrativa que pudiese inferir el agotamiento de la reclamación administrativa.

También propuso las excepciones de prescripción y caducidad y culpa exclusiva de la víctima.

### **1.3.- Alegatos de conclusión**

Mediante auto de 29 de abril de 2019, se declaró cerrado el periodo probatorio y se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión.

Las partes procesales guardaron silencio.

El delegado del Ministerio Público ante este Despacho no emitió concepto alguno desfavorable a las suplicas de la demanda, por cuanto, a su juicio, los medios de prueba no son suficientes para acreditar la responsabilidad pretendida.

## **II. CONSIDERACIONES**

### **2.1.- Problema jurídico.**

En el asunto de la referencia se debe entrar a dilucidar si, de acuerdo con sus obligaciones legales y contractuales, es dable imputar responsabilidad a la entidad demandada —Departamento del Magdalena— y a la entidad vinculada —Sociedad de Activos Especiales S.A.S liquidador de

APOSMAR S.A— por la presunta omisión en el pago del premio ofrecido a los demandantes — Álvaro José Polo Fornaris y Juan Alberto Arrieta Morón— al participar en el sistema de apuestas, cuyo monopolio rentístico y administración está a cargo de las referidas entidades.

Para determinar lo anterior, se revisará i) el marco jurídico aplicable al asunto de la referencia, ii) el título de imputación en virtud del cual se estudiará la responsabilidad que se imputa a la entidad demandada, iii) las pruebas aportadas al proceso, iv) se decidirán las excepciones previas propuestas por las partes y, las que de oficio considere el Despacho que se encuentran probadas y, finalmente se estudiará la estructuración de los elementos de responsabilidad en el asunto de la referencia.

## **2.2.- Marco Jurídico**

De acuerdo con el artículo 90 de la Constitución Política *"El estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas."*

El artículo 2º ibídem dispuso que *"[...] Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares"*

El artículo 83 del C.C.A., establece por su parte, que *"La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo juzga los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas y los contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad de las entidades públicas y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativas, de conformidad con este estatuto"*.

Aplicables al caso resulta también el artículo 86 del C.C.A. que faculta a todo interesado a demandar directamente la reparación del daño con motivo de un hecho, una omisión, una operación administrativa o una ocupación temporal o permanente de inmueble con motivo de la realización de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

## **2.3. Título de Imputación**

La responsabilidad extracontractual, inicialmente se implementó únicamente con fundamento en la teoría de la falla del servicio, consistente en que la persona pública está llamada a responder porque produjo un daño debido al incumplimiento, el cumplimiento tardío o defectuoso de una obligación preexistente en la ley.

Posteriormente se admitió que en algunos casos el Estado podía ocasionar perjuicios a los administrados aún en cumplimiento de actividades lícitas, es aquí donde surgen los llamados regímenes de responsabilidad objetiva como son el denominado **daño especial** que se concreta cuando la administración en cumplimiento de sus funciones lícitas causa un daño, caso en el cual está en la obligación de indemnizar si se comprueba que a través de la actividad lícita hay un rompimiento del equilibrio de las cargas públicas; y el **riesgo excepcional** que se presenta en las ocasiones en que el Estado debe responder porque en ejercicio de una actividad de las consideradas riesgosas ocasiona un daño.

En relación con el caso estudiado, los demandantes afirman que la responsabilidad es atribuible a la demandada en virtud de la omisión de un deber legal que tiene como titular del monopolio rentístico de todos los juegos de suerte y azar de acuerdo con lo contenido en los artículos 2 y 3 de la Ley 643 de 2001 *"Por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar"*.

Así las cosas, en pronunciamiento del 20 de octubre de 2014, la Sección Tercera del Consejo de Estado, reiteró que *"... el daño antijurídico puede ser ocasionado por el funcionamiento anormal de la administración que se concreta en el incumplimiento de una obligación legal."*

Así, 'el análisis del caso debe hacerse bajo el régimen de la falla del servicio, toda vez que según la jurisprudencia de esta Corporación en los casos en que se analiza la responsabilidad como consecuencia de la producción de daños, por omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus funciones, es necesario confrontar el deber funcional con el grado de cumplimiento u observancia del mismo por parte de la autoridad demandada en el caso concreto'<sup>1 2</sup>.

De suerte que, cuando la falla atribuida a la Administración proviene del incumplimiento de una obligación legal, como en este caso, en el que se alega que el Departamento del Magdalena no cumplió en debida forma con sus deberes de inspección y vigilancia a los monopolios de juegos de suerte y azar, el asunto se debe estudiar bajo el régimen de falla en el servicio.

## **2.4.- Pruebas**

Al proceso se allegaron los siguientes medios de prueba relevantes:

### **2.4.1.- Documentales:**

#### **2.4.1.- Documentales**

- Copia del apostador del Formulario Serie LMK 2898244: El encabezado contiene la siguiente identificación: "APOSMAR DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA. APOSMAR S.A. NIT 891.702.542-6 CONTRATO: 423 DE 2008. CALLE 17 No. 4 - 22 SANTA MARTA". Los espacios están diligenciados así: "Fecha 27 - 8 09. Ciudad: SM. Lotería: Bogotá. Carnet No. 9006. Directo: 8579. Valor: 3000. Total: 3000." Dicho formulario contiene los siguientes espacios en blanco, es decir, de información que no fue diligenciada. "Combinado. Incentivo. Agencia" (fl. 14)
- Copia del apostador del Formulario Serie LMK 3245258: El encabezado contiene la siguiente identificación: "APOSMAR DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA. APOSMAR S.A. NIT 891.702.542-6 CONTRATO: 423 DE 2008. CALLE 17 No. 4 - 22 SANTA MARTA". Los espacios están diligenciados así: "Fecha 08 27 09. Ciudad: SM. Lotería: Bogotá. Carnet No. 0867. Directo: 8579. Valor: 5000. Total: 5000." Dicho formulario contiene los siguientes espacios en blanco, es decir, de información que no fue diligenciada. "Combinado. Incentivo. Agencia" (fl. 14)
- Letra de cambio No. 0679 de 25 de septiembre de 2009 que contiene la siguiente información: "LETRA DE CAMBIO No. 0679 Fecha: septiembre 25 de 2009 Valor \$15.000.000. Señor (es) **Álvaro José López Fornaris**. El Veinticinco (25) de octubre de 2009 se servirá (n) Ud. (s) Pagar solidariamente en Santa Marta por esta UNICA DE CAMBIO, sin protesto, excusado el aviso de rechazo a la orden de RAMÓN EDUARDO PARRA RUÍZ La suma de QUINCE MILLONES DE PESOS M/L Más intereses durante el plazo del 2% y mora de 2,5% mensuales. Atentamente (Girador) Ramón Parra R. ACEPTADA Firma ILEGIBLE cédula 12.556.562 Santa Marta. (fl. 15)
- Letra de cambio No. 0645 de octubre 02 de 2009 que contiene la siguiente información: "LETRA DE CAMBIO No. 0679 Fecha: septiembre 25 de 2009 Valor \$9.000.000. Señor (es) **Juan Alberto Arrieta Morón**. El dos (2) de noviembre de 2009 se servirá (n) Ud. (s) Pagar solidariamente en Santa Marta por esta UNICA DE CAMBIO, sin protesto, excusado el aviso de rechazo a la orden de RAMÓN EDUARDO PARRA RUÍZ La suma de NUEVE MILLONES DE PESOS M/L Más intereses durante el plazo del 2% y mora de 2,5% mensuales. Atentamente (Girador) Ramón Parra R. ACEPTADA Firma ILEGIBLE cédula 85.458.156 ST MT. (fl. 16)
- Recibo de pago No. 0124 de 26 de junio de 2010, por medio del cual, el señor RAMÓN EDUARDO PARRA RUÍZ hace constar que recibió por parte del señor ALVARO JOSÉ POLO

<sup>1</sup> Cita del original: "Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 15 de noviembre de 2011; Exp. 21768".

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. C.P.: Olga Melida Valle de la Hoz Radicación número: 25000-23-26-000-1998-01906-01(27136).

FORNARIS la suma de DOS MILLONES SETECIENTOS MIL PESOS M/L (\$2.700.000.00) *"correspondientes al pago de los intereses de Octubre, Noviembre, Diciembre de 2009 y de Enero, Febrero, Marzo, Abril, Mayo y Junio de 2010, dentro del préstamo respaldado con la letra de cambio No. 0679 de fecha Septiembre 25 de 2009."* (fl. 17)

- Documento de 27 de junio de 2010 identificado como PAZ Y SALVO en el cual el señor RAMÓN EDUARDO PARRA RUÍZ hace constar que recibió por parte del señor ALVARO JOSÉ POLO FORNARIS la suma de QUINCE MILLONES DE PESOS M/L (\$15.000.000), *por concepto de capital correspondientes al préstamo respaldado con la letra de cambio No. 0679 de fecha Septiembre 25 de 2009, quedando el señor ALVARO JOSE POLO FORMANIS a paz y salvo por concepto de capital e intereses.* (fl. 18)

- Recibo Documento de fecha 3 de abril de 2010, por medio del cual, el señor RAMÓN EDUARDO PARRA RUÍZ hace constar que recibió por parte del señor JUAN ALBERTO ARIETA MORÓN la suma de UN MILLÓN OCHENTA MIL PESOS M/L (\$1.080.000.00) *"correspondientes al pago de los intereses de Noviembre, Diciembre de 2009 y de Enero, Febrero, Marzo y Abril, de 2010, dentro del préstamo respaldado con la letra de cambio No. 0645 de fecha octubre 2 de 2009."* (fl. 19)

- Documento de 5 de abril de 2010 identificado como PAZ Y SALVO en el cual el señor RAMÓN EDUARDO PARRA RUÍZ hace constar que recibió por parte del señor JUAN ALBERTO ARIETA MORÓN la suma de NUEVE MILLONES DE PESOS M/L (\$9.000.000), *por concepto de capital correspondientes al préstamo respaldado con la letra de cambio No. 0645 de fecha Octubre 02 de 2009, quedando el señor JUAN ALBERTO ARIETA MORÓN a paz y salvo por concepto de capital e intereses.* (fl. 20)

- Copia de la Resolución No. 009 cd 21 de diciembre de 2007, por medio de la cual, el Departamento del Magdalena adjudicó a la empresa EMPRESARIOS ASOCIADOS DE APUESTAS PERMANENTES DEL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA S.A APOSMAR S.A el contrato de concesión cuyo objeto es la entrega de la concesión de la operación del juego de apuestas permanentes o chance en el Departamento del Magdalena durante el periodo comprendido entre el 1° de marzo de 2008 y el 28 de febrero de 2013. (fl. 21 – 25).

- Copia auténtica del contrato de concesión No. 002 de 2007 para la explotación del juego de apuestas permanentes en el Departamento del Magdalena suscrito entre el Departamento del Magdalena - Secretaría del Interior y la empresa EMPRESARIOS ASOCIADOS DE APUESTAS PERMANENTES DEL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA S.A – APOSMAR S.A, cuya vigencia es de cinco (5) años contados a partir de la iniciación de la ejecución que es el 1° de marzo de 2008 hasta el 28 de febrero de 2013. (fls. 40 – 49)

- Copia auténtica de la Resolución No. 010 de 28 de marzo de 2011, por medio del cual, la Jefe de la Oficina Jurídica del Departamento del Magdalena aprueba el anexo 4 de prórroga ramo 25 de la póliza No. 300007525 en la compañía de seguros generales CONDOR S.A otorgado a la empresa EMPRESARIOS ASOCIADOS DE APUESTAS PERMANENTES DEL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA a favor del DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA. (fls. 53)

- Certificado de existencia y representación legal de COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES SEGUROS GENERALES SEGUROS CONDOR S.A (fls. 54 – 74)

- Capturas de pantalla de pantalla de las páginas web de los diarios el Universal en el cual se lee: *"Unicat no pagará ganadores del sorteo de Lotería de Bogotá"*. De la W Radio en el cual se lee *"demandas para lograr el pago de lotería"* Del diario El Espectador en el cual se lee *"Empresa de Chance se niega a pagar premio de 60 millones de pesos"* (fl. 105).

- Oficio No. 036.15 de 25 de junio de 2015, por medio del cual, el Secretario de Hacienda del Departamento del Magdalena informa que *"mediante decreto No. 637 del 8 de mayo de 2015 se declaró la caducidad administrativa del contrato suscrito con la Concesión denominada EMPRESAS ASOCIADAS DE APUESTAS PERMANENTES DEL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA APOSMAR S.A Nit. 891.702.542-6; permitiéndose la continuidad en la ejecución hasta por 90 días calendario. Que actualmente nos encontramos dentro del término permitido de ejecución, sin que hasta la fecha se haya liquidado el mencionado contrato."* (fl. 135)

- Copia del Contrato de concesión No. 674 de 13 de diciembre de 2012, suscrito entre el Departamento del Magdalena y la empresa EMPRESARIOS ASOCIADOS DE APUESTAS PERMANENTES DEL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA – APOSMAR S.A, cuyo objeto era la explotación y operación del juego de apuestas permanentes en el Departamento del Magdalena y el Distrito de Santa Marta desde el primero el 1° de marzo de 2013 hasta el 28 de febrero de 2018 (fl. 226 – 235)
- Copia de la Resolución No. 1872 de 16 de diciembre de 2014, por medio de la cual, el Gobernador del Departamento del Magdalena resolvió iniciar la actuación administrativa tendiente a declarar la caducidad administrativa del contrato de concesión para la explotación por cinco años comprendidos entre el 1° de marzo de 2013 y 28 de febrero de 2018, del juego de apuestas permanentes o chance en el Departamento del Magdalena, celebrado el 11 de diciembre de 2012, entre el Departamento del Magdalena y la sociedad EMPRESARIOS ASOCIADOS DE APUESTAS PERMANENTES DEL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA, APOSMAR S.A, por estar incurso ésta al parecer en conductas relacionadas en el artículo 90 de la Ley 418 de 1997. (fl. 236 – 275)
- Copia del certificado de existencia y representación legal de la sociedad EMPRESARIOS ASOCIADOS PERMANENTES DEL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA S.A EN LIQUIDACIÓN. (fls. 277 – 282)
- Copia del Acta de incautación de la sociedad Aposmar en Liquidación (fls. 298 – 315)
- Copia de la Resolución No. 637 de 8 de mayo de 2015 por medio de la cual, el Gobernador del Departamento del Magdalena resolvió declarar la caducidad administrativa del contrato de concesión para la explotación por cinco años comprendidos entre el 1° de marzo de 2013 y 28 de febrero de 2018, del juego de apuestas permanentes o chance en el Departamento del Magdalena, celebrado el 11 de diciembre de 2012, entre el Departamento del Magdalena y la sociedad EMPRESARIOS ASOCIADOS DE APUESTAS PERMANENTES DEL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA, APOSMAR S.A. (fls. 316 – 337)
- Copia de la Resolución No. 582 se ratifica al señor Herles Rodrigo Ariza Becerra, identifica como depositario provisional de la sociedad EMPRESARIOS ASOCIADOS PERMANENTES DEL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA S.A y, se le asignaron las funciones de liquidador de la misma. (fls. 344 – 347)
- Oficio No. 2-2019-591 de 3 de abril de 2019, por medio del cual el Gerente General de la Lotería de Bogotá certifica que *"el número ganador del sorteo No. 1993 realizado el día 27/08/2009, fue **8579**. Que frente a su existió duda o reclamación conocida por la Lotería de Bogotá, por parte de las casa de apuestas del país sobre la legalidad del mismo antes de su realización, me permito anexar el oficio dirigido a esta Gerencia, con registro No. 3-2019-503 del 29 de marzo de 2019 de los Funcionarios Andrés Mauricio Pinzón Rojas, Jefe de la Unidad de Loterías y María Graciela Norato Forero, Jefe de la Unidad de Apuestas y Control de Juegos de la Lotería de Bogotá."* (fls. 375)
- Oficio No. 3-2019-503 del 29 de marzo de 2019, por medio del cual, el Jefe de la Unidad de Loterías y la Jefe de la Unidad de Apuestas y Control de Juegos de la Lotería de Bogotá informan que *"Para la fecha del sorteo de la Lotería 27 de agosto de 2009, los jefes actuales de las Unidades de Loterías (...) no estaban a cargo de dichas dependencias, sin embargo, para efectos de dar respuesta al anterior requerimiento una vez consultados los archivos de la entidad, se encontró: Acta de Resultado del Sorteo No. 1993, realizado el día 27/08/2009, cuyo número ganador fue **8579, con la serie 060. Antes de la realización** del citado sorteo, no se encontró documentación alguna sobre duda o reclamación conocido por la Lotería de Bogotá, por parte de las casas de apuestas del país sobre legalidad del mismo. Sin embargo, en el archivo central de la Lotería de Bogotá, reposa copia del documento de archivo de fecha 20 de diciembre de 2010, de la Fiscalía 181 Seccional Delitos contra la Fe Pública y el Patrimonio Económico, Unidad Tercera, radicación 110016000049200915887, correspondiente a la denuncia formulada por las Sociedades APUESTAS EN LINEA S.A, SEPATO S.A, APUESTAS OCHOA S.A, APOSTAR S.A y SUSUERTE S.A para que se investigara el juego efectuado el día 27 de agosto de 2009 en la LOTERIA DE BOGOTÁ y cuyo número*

*ganador fue el 8579, concluyendo la Fiscalía que en dicha investigación no se estructuró delito alguno y por consiguiente se dispuso el archivo de las diligencias.” (fls. 376)*

- Copia del Acta de resultado del sorteo No. 1993 realizado el día 27/08/2009 en el cual se indica que el premio mayor es el número 8579 de la serie 060 despachado a Montería. (fls. 377)

- Copia del auto de 20 de diciembre de 2010 de archivo de investigación de la Fiscalía 181 de Bogotá. (fl. 378 - 379)

- Oficio de 15 de abril de 2019 por medio del cual, se remite el auto de Delegación No. 1884 del 27 de agosto de 2009, en el que se da cuenta de la labor de control adelantada por parte del delegado asignado de la Secretaría Distrital de Gobierno en el sorteo y sellamiento requerido. (fls. 355 – 388)

Así las cosas, es del turno analizar las pruebas arrimadas al plenario (relevantes) y el régimen aplicable al caso de marras, con el fin de resolver el problema jurídico planteado.

## **2.5.- Estudio de las excepciones propuestas**

El Departamento del Magdalena propuso las excepciones que denominó Falta de legitimación en causa por pasiva, culpa exclusiva de la víctima, que los documentos que no estén autenticados no se tengan como prueba dentro del proceso, inexistencia de la obligación frente al Departamento del Magdalena.

Así mismo, la sociedad APOSMAR S.A, propuso las excepciones que denominó falta de legitimación por pasiva y falta de reclamación administrativa.

Por su parte, la SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de reclamación administrativa y culpa exclusiva de la víctima.

Las excepciones enunciadas en el párrafo anterior se resuelven de la siguiente manera:

### **2.5.1.- Falta de Legitimación en la Causa**

Advierte el Despacho, que los argumentos con fundamento en los cuales la entidad demandada —Departamento del Magdalena— y, las vinculadas —APOSMAR S.A y Sociedad de Activos Especiales— propusieron la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, no enervan la pretensión procesal ni impiden el conocimiento de fondo del asunto, por las razones que se pasan a exponer.

La **legitimación de hecho en la causa** se entiende como una relación jurídica que nace para el demandante por la atribución de la conducta en la demanda y para el demandado con la notificación de esta. Es decir, quien cita a otro y atribuye está legitimado de hecho y por activa, y a quien cita y se atribuye está legitimado de hecho y por pasiva.

En el presente caso el demandante atribuyó la conducta causante del daño al Departamento del Magdalena y, más adelante los operadores judiciales que tramitaron el proceso, consideraron relevante vincular a APOSMAR S.A y a la SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES en calidad de litisconsortes de la parte demandada, luego éstas están legitimadas en la causa de hecho por pasiva.

Por otro lado, la **legitimación en la causa material** es la participación real de las personas en el hecho que da origen a la demanda. Cuando se carece de ésta la consecuencia es la denegación de las súplicas de la demanda, porque a quien se le atribuyó el hecho que

sustenta el derecho, no es quien debe responder y, para definir esto, es necesario entrar en el estudio de fondo del asunto<sup>3</sup>.

Así pues, no puede entenderse la falta de legitimación en la causa —de hecho y material— como una excepción que impida el conocimiento de fondo del asunto.

#### **2.5.2.- Culpa exclusiva de la víctima**

Sobre el particular, aclara el Despacho que el hecho de la víctima, así como la fuerza mayor, el caso fortuito y el hecho del tercero, no constituyen excepciones que impidan el pronunciamiento de fondo del asunto estudiado. Constituyen sí causales eximentes de responsabilidad del demandado que no impiden el conocimiento del fondo del asunto; por el contrario, debe ser estudiado todo el esquema de responsabilidad —daño, imputación y fundamento de la responsabilidad—, para lograr determinarla, como quiera que la prueba de una causal que exima de responsabilidad al demandado tiene como consecuencia infirmar la imputación.

#### **2.5.3.- Demás excepciones propuestas**

Las demás excepciones propuestas — los documentos que no estén autenticados no se tengan como prueba dentro del proceso, inexistencia de la obligación— constituyen argumentos de la defensa de las entidades demandadas, los cuales deben ser analizados en el estudio de fondo del asunto de la referencia.

#### **2.5.4.- Excepción estudiada de oficio – Ineptitud de la demanda por indebida escogencia de la acción**

En la demanda de la referencia, se pretende la declaratoria de responsabilidad del Departamento del Magdalena por la presunta omisión en el pago del premio ofrecido a quienes participaron legalmente en un sistema de apuestas cuyo monopolio rentístico está a cargo de la referida entidad territorial y, es administrado por la empresa APOSMAR S.A y, como consecuencia de dicha declaración se pretende el pago de la suma de dinero correspondiente al valor del premio ofrecido por la participación en el juego de azar, más los intereses que por la omisión en el pago se han generado y, perjuicios inmateriales en cuantía de cien salarios mínimos (100 S.M.L.M).

Dicho lo anterior, es preciso recordar que la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, tiene una naturaleza indemnizatoria, pues lo que se busca con ella es que se repare un perjuicio causado a quien interpone la acción, siempre que dicho perjuicio tenga como causa u origen un hecho, una omisión o una operación administrativa.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 5º de la Ley 643 de 2001 *"Por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar"*, entre comprador y vendedor de un juego de suerte, surge un *"contrato 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"*. Luego, cuando se pretende el pago del premio ofrecido en el referido juego de suerte o azar, lo que en realidad se reclama es el cumplimiento de esa obligación contractual, la cual, conforme con la misma norma puede ser reclamada judicialmente *"mediante el proceso verbal de menor y mayor cuantía, indicado en el capítulo primero del título XXIII del Código de Procedimiento Civil"*.

De suerte que, a juicio del Despacho, en el asunto de la referencia la acción de reparación directa no resulta procedente, como quiera que, lo que se está reclamando es el cumplimiento de una obligación que surge del contrato de adhesión celebrado entre los accionantes —participantes del juego de azar— y el operador de dicho juego —APOSMAR

<sup>3</sup> Sentencia. 22 noviembre de 2.001 Radicación número: 5201-23-31-000-1994-615-0 I(13356) Actor BENHUR HERRERA V. Y CIA. LTDA

S.A— y, los perjuicios derivados del incumplimiento de dicha obligación contractual. Luego, el mecanismo procesal idóneo para procurar esta pretensión vendría a ser un proceso verbal de menor y mayor cuantía, en los términos establecidos por el Código de Procedimiento Civil.

Así lo consideró la Sección Tercera, Sub Sección A del Consejo de Estado, en sentencia de 14 de julio de 2016 dictada dentro del proceso radicado con el número interno 38815, seguido por María Eugenia Aldana Reyes contra la Superintendencia Nacional de Salud, en la cual señaló lo siguiente:

(...) De conformidad con las normas de la Ley 643 de 2001 "*Por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar*", entre el jugador (la señora Aldana Reyes) y el operador del juego (Lotería de Córdoba) surge un contrato de adhesión que brinda la posibilidad de promover un proceso verbal de menor y mayor cuantía, en los términos establecidos por el Código de Procedimiento Civil, cuando no se realice el pago del premio ganado.

Así las cosas, resulta evidente que el legislador consagra el no pago de un premio de lotería como un incumplimiento del contrato de adhesión, que debe ser discutido en sede ordinaria por ser considerado un asunto de naturaleza contractual y, por ende, no sería la acción de reparación directa la idónea para estudiar las pretensiones de pago del premio ganado (...)

No obstante, en aras de garantizar el acceso a la administración de justicia, este Despacho estudiará la responsabilidad endilgada a la entidad pública demandada, toda vez que, resulta claro que respecto de la persona jurídica de derecho privado vinculada a este proceso —APOSMAR S.A— y su liquidador —Sociedad de Activos Especiales S.A.E— procedía una acción ordinaria civil cuyo ejercicio debía incoarse en el término de seis meses<sup>4</sup> y, la parte accionante no la ejerció.

## **2.6.- La responsabilidad patrimonial del Estado.**

Corresponde entonces determinar, si las pruebas allegadas al proceso acreditan los elementos que estructuran dicha responsabilidad, es decir, el daño y la imputación del mismo en cabeza de la entidad demandada.

### **2.6.1.- El Daño.**

Para que exista responsabilidad se requiere la ocurrencia de un daño y la imputabilidad del mismo a la entidad demandada; siendo necesario que el daño alegado sea producto de la actuación de la administración; dicho daño debe afectar la integridad física, moral o patrimonial de una persona.

Aunque la doctrina y la jurisprudencia de manera general indican que el concepto de daño es sinónimo de perjuicio, desde la óptica del derecho administrativo se considera también lo siguiente:

*"...el daño es un hecho; es toda afrenta a la integridad de una cosa, de una persona, de una actividad o de una situación; el perjuicio lo constituye el conjunto de elementos que aparecen como las diversas consecuencias que se derivan del daño para la víctima del mismo. Mientras el daño es un hecho que se constata, el perjuicio*

<sup>4</sup> Párrafo artículo 5º de la Ley 643 de 2001. 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. Para las apuestas permanentes los documentos de juego deberán ser presentados al operador para su cobro, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha del sorteo; si no son cancelados, dan lugar a acción judicial mediante el proceso verbal de menor y mayor cuantía, indicado en el capítulo primero del título XXIII del Código de Procedimiento Civil. El documento de juego tiene una caducidad judicial de seis.

*es, al contrario, una noción subjetiva apreciada en relación con una persona determinada.”<sup>5</sup>*

Así mismo, se observa que la doctrina española difiere el concepto de lesión del de perjuicio, para que la primera exista es menester que tal perjuicio sea antijurídico, calidad que deriva de que quien sufra el daño no tenga el deber jurídico de soportarlo, en otras a palabras, la lesión es el daño, pero cualificado.

Para que el daño sea resarcible es necesario que revista el carácter de: a) Personal, esto es, que la persona que demanda reparación es la persona que lo sufrió. Esta característica del daño apunta a establecer la legitimación en la causa por activa, por lo tanto, quien demanda debe demostrar ser titular del derecho y, b) Ciertamente, es decir aquel que es actual o futuro, no eventual.

Dicho lo anterior, se advierte que en el sub examine el daño alegado por los demandantes consiste en la omisión en el pago del premio ofrecido al participar legalmente en un sistema de apuestas permanentes, cuyo monopolio rentístico está a cargo del Departamento del Magdalena y es administrado por la empresa EMPRESARIOS ASOCIADOS DE APUESTAS PERMANENTES DEL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA S.A —APOSMAR S.A—.

Antes de entrar en el estudio de las pruebas en virtud de las cuales se pretende probar el daño antes descrito, es necesario precisar que conforme con el artículo 21 de la Ley 643 de 2001, las apuestas permanentes o chance son *“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.”*

El artículo 24 ibídem, dispone que el Gobierno Nacional debe fijar la estructura del plan de premios del juego de apuestas permanentes o chance que regirá en todo el país y señalar la rentabilidad mínima de este juego. Sin embargo, dispuso la misma norma que hasta tanto se expidiera por el Gobierno Nacional el plan de premios, regirá para el chance de tres (3) cifras el que se encuentre vigente a la fecha de publicación de la ley. *“Para el chance de cuatro (4) cifras el premio será de cuatro mil quinientos (\$4.500) pesos por cada peso apostado.”*

Quiere decir lo anterior, que quien apueste en un juego de apuestas permanentes o chance y, las cuatro cifras indicadas por el en el formulario oficial coincidan con el resultado del premio mayor de la lotería autorizada para el efecto, gana un premio equivalente a cuatro mil quinientos pesos (\$4.500) por cada peso apostado.

Ahora bien, descendiendo al caso concreto se advierte que, con el propósito de acreditar el daño alegado, la parte accionante allegó al proceso únicamente las copias del apostador de los formularios oficiales LMK 2898244 y LMK 3245258, descritos en el acápite de pruebas y que obran a folio 14 del expediente.

Así mismo, obra el oficio No. 3-2019-503 de 29 de marzo de 2019, por medio del cual, se informa que el número ganador del sorteo de la Lotería de Bogotá efectuado el día 27 de agosto de 2009 fue el 8579 con la serie 060, como consta en el acta de resultado del sorteo No. 1993 realizado el día 27/08/2009 que fue aportada y que obra a folio 377 del expediente.

No obstante, los documentos descritos, podrían acreditar en gracia de discusión, que los señores Álvaro José Polo Fornaris y Juan Alberto Arrieta Morrón, resultaron favorecidos en el juego de apuestas permanente administrado por APOSMAR S.A sorteado el 27 de agosto

<sup>5</sup> Bénott Francis Paul, Citado por Juan Carlos Henao, El daño, Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho colombiano y francés, Universidad Externado de Colombia, 1998, p.77.

de 2009, por cuanto, el número inscrito por cada uno de dichos formularios corresponde al número ganador de la Lotería con la cual sería sorteado el referido juego. Y, se dice en gracia de discusión, por cuanto, se estaría admitiendo, sin suficiencia probatoria, que cada uno de ellos es el propietario de uno de los formularios de juego descritos, por cuanto, son los portadores de los mismos. Sin embargo, dichos documentos no son suficientes para acreditar el daño alegado por los demandantes, toda vez que, únicamente prueban que los accionantes salieron favorecidos en el referido sorteo, pero no se demuestran que efectuaron el cobro del premio ofrecido y que la empresa administradora del juego de azar se haya negado a realizar dicho pago.

En efecto, no obra en el expediente, ninguna prueba —ni documental, ni testimonial— tendiente a acreditar que los accionantes hayan presentado las copias de los formularios LMK 2898244 y LMK 3245258 a APOSMAR S.A para que se realizara el pago de su premio y, que dicha empresa haya verificado la autenticidad de los mismos, certificando que los señores Álvaro Polo y Juan Arrieta participaron en el sorteo realizado el 27 de agosto de 2009 y, aun así, esta empresa haya denegado el referido pago aduciendo que existía fraude en el sorteo, como se indicó en los hechos de la demanda.

De suerte que, al no estar acreditado el daño alegado por los accionantes resulta innecesario continuar con el estudio de la imputación de dicho daño al Departamento del Magdalena, toda vez que, como se indicó al inicio, resulta necesario la concurrencia del daño y la imputación para estructurar el esquema de responsabilidad en cabeza de la entidad demandada. Luego, ante la carencia de uno de dichos elementos no es posible atribuir la responsabilidad alegada en la demanda.

No obstante, lo anterior advierte el Despacho que aún, si en gracia de discusión, se admitiera que los documentos descritos anteriormente, son prueba suficiente del daño alegado, la decisión a adoptar sería igualmente la de denegar las suplicas de la demanda, por cuanto, i) la obligación presuntamente omitida por el Departamento del Magdalena, no es una obligación atribuible a dicha entidad territorial y, ii) porque con todo, aún si lo fuera, dentro del proceso no se acreditó que el daño haya sido consecuencia de la presunta omisión de dicha obligación, tal como se pasará a exponer seguidamente.

### **Análisis de la imputación atribuida al Departamento del Magdalena**

Como se indicó en el acápite denominado título de imputación, la parte demandante pretende la declaratoria de responsabilidad del Departamento del Magdalena, por cuanto a su juicio, dicha entidad territorial omitió un deber legal que tiene como titular de un monopolio rentístico. De suerte que, para que proceda la declaratoria de responsabilidad administrativa por omisión es necesario establecer i) la existencia de la obligación legal atribuida al Departamento del Magdalena, ii) si dicha obligación fue desatendida y iii) que el daño alegado por los demandantes —que como se indicó previamente, no fue probado— sea consecuencia de la omisión administrativa—

#### **- En cuanto a la obligación presuntamente omitida por el Departamento del Magdalena**

En la demanda, nunca se estableció con suficiente claridad cuál era la obligación legal atribuida al Departamento del Magdalena y, que dicha entidad había omitido cumplir. Sin embargo, en el escrito de subsanación de la demanda se indicó que el hecho dañoso por parte del Departamento del Magdalena consistió en omisión de su deber legal como titular del monopolio rentístico de todos los juegos de suerte y azar de acuerdo con lo contenido en los artículos 2 y 3 de la Ley 643 de 2001 *"Por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar"*.

Por lo anterior, resulta necesario revisar el contenido de las disposiciones normativas que a juicio del demandante contienen una obligación atribuible al Departamento del Magdalena y, que dicha entidad territorial omitió su cumplimiento.

Así encontramos que el artículo 2º y 3º de la Ley 643 de 2001 disponen lo siguiente:

*ARTÍCULO 2º. Titularidad. Los departamentos, el Distrito Capital y los municipios son titulares de las rentas del monopolio rentístico de todos los juegos de suerte y azar, salvo los recursos destinados a la investigación en áreas de la salud que pertenecen a la nación. El monopolio rentístico de juegos de suerte y azar será ejercido de conformidad con lo dispuesto en la presente ley. La explotación, organización y administración de toda modalidad de juego de suerte y azar estará sujeta a esta ley y a su reglamentación, expedida por el Gobierno Nacional, la cual es de obligatoria aplicación en todo el territorio del país, cualquiera sea el orden o nivel de gobierno al que pertenezca la dependencia o entidad administradora bajo la cual desarrolle la actividad el operador. **La vigilancia será ejercida por intermedio de la Superintendencia Nacional de Salud.***

*PARÁGRAFO. Los distritos especiales se regirán en materia de juegos de suerte y azar, por las normas previstas para los municipios y tendrán los mismos derechos.*

*ARTÍCULO 3º. Principios que rigen la explotación, organización, administración, operación, fiscalización y control de juegos de suerte y azar. Adicionado (literales e) y f)) por el Artículo 16 del Decreto 130 de 2010. La gestión de juegos de suerte y azar se realizará de acuerdo con los siguientes principios:*

*a) 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;*

*b) 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;*

*c) 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;*

*d) 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.*

De las normas transcritas, se advierte que la obligación de vigilar el ejercicio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, se encuentra atribuida en cabeza de la Superintendencia de Salud, esta conclusión cobra relevancia al revisar las demás disposiciones que atribuyen y regulan la función de vigilancia de los monopolios rentísticos de juegos de suerte y azar.

En efecto, el Decreto 1259 de 1994 "Por el cual se reestructura la Superintendencia Nacional de Salud", consagró que le correspondería a esa superintendencia, de manera general, ejercer control, inspección y vigilancia dentro del sistema de seguridad social en salud, con

el fin de obtener, entre otras: "(...), iv) **la cabal, oportuna y eficiente explotación de los arbitrios rentísticos que se obtengan de los monopolios de loterías, beneficencias que administren loterías, sorteos extraordinarios, apuestas permanentes y demás modalidades de juegos de suerte y azar, (...)**" para lo cual se estableció como una de sus funciones "velar, de conformidad con las disposiciones legales, por la oportuna y eficiente explotación de los arbitrios rentísticos que se obtengan de los monopolios de loterías, apuestas permanentes y demás juegos de suerte y azar, cualquiera sea la modalidad de explotación utilizada", entre otras.

Por su parte, el artículo 12 del Decreto 1259 de 1994, estipuló en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud, las siguientes funciones específicas:

**"ARTICULO 12. FUNCIONES PARTICULARES DE LAS DIRECCIONES.** <Decreto derogado por el artículo 27 del Decreto 1018 de 2007> Además de las funciones de carácter general que le corresponden a todas las Direcciones, cumplirán las siguientes de acuerdo con su naturaleza:

**"1. DE LA DIRECCION GENERAL PARA EL CONTROL DE LAS RENTAS CEDIDAS.** La dirección general para el control de las rentas cedidas tendrá las siguientes funciones de carácter particular:

"a. Planear y presentar en coordinación con la Dirección General de Inspección y Vigilancia un programa de visitas de inspección de carácter rutinario a las loterías y sorteos extraordinarios; a los productores de licores y los productores e importadores de cervezas y sifones; a las entidades que administren, recauden o transfieran el impuesto de registro y anotación y; a los sujetos que exploten, administren o gestionen, bajo cualquier modalidad, el monopolio de apuestas permanentes y demás modalidades de juegos de suerte y azar; (...).

"e. Dirigir y coordinar con las divisiones respectivas la vigilancia y control de la cabal y eficiente explotación y aplicación de los recursos generados a través del monopolio de loterías, apuestas permanentes y juegos de suerte y azar; (...)"

Posteriormente, se expidió el Decreto 452 de 2000: "Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud", el que en su artículo 8 estableció como una de las funciones generales de esa superintendencia la de "ejercer inspección, vigilancia y control, para garantizar la efectiva explotación de los monopolios rentísticos, generadores de recursos con destino a la salud".

Para efectos de cumplir con esa función, dicha norma le impone a la Dirección de Recursos financieros las funciones específicas de: a) "ejercer inspección, la vigilancia y control de conformidad con las disposiciones legales, por la oportuna y eficiente explotación de los arbitrios rentísticos que se obtengan de los monopolios de loterías, apuestas permanentes y demás juegos de suerte y azar, cualquiera sea la modalidad de explotación utilizada" y b) "instruir a las entidades vigiladas que exploten el arbitrio rentístico de juegos de suerte y azar, cualquiera sea su naturaleza jurídica, sobre la información y procedimientos que deben adoptar para el control del lavado de activos".

Por otra parte, la Ley 643 de 2001 indicó que los principios para la explotación de esos juegos son, entre otros, la "Finalidad social prevalente", consistente en que todo juego de esta naturaleza debe contribuir eficazmente a la financiación del servicio público de salud y la "vinculación de la renta a los servicios de salud" que implica que la razón del monopolio es la financiación de los servicios de salud, lo que incluye: la financiación de esos servicios, su pasivo pensional, prestacional y, los demás gastos vinculados a la investigación en áreas de la salud.

Así mismo, el artículo 45 de la mencionada ley, señaló:

**"ARTÍCULO 45.** Funciones de la Superintendencia Nacional de Salud. Derogado por el art. 25, Decreto Nacional 4142 de 2011. Además de las que se señalan en las

*diferentes normas sobre su creación y funcionamiento, le corresponde al Gobierno Nacional por intermedio de la Superintendencia Nacional de Salud, las siguientes funciones:*

*"a) Vigilar el cumplimiento de la presente ley y de los reglamentos de las distintas modalidades de juegos de suerte y azar, así como el mantenimiento del margen de solvencia;*

*"b) Vigilar el cumplimiento de los reglamentos relacionados con los tipos o modalidades de juegos de suerte y azar extranjeros que podrán venderse en Colombia, al igual que el régimen de derechos de explotación aplicables a los mismos, derechos que no podrán ser inferiores a los establecidos para juegos nacionales similares;*

*"c) Llevar las estadísticas y recopilar la información relacionada con la explotación del monopolio de juegos de suerte y azar;*

*"d) Intervenir o tomar posesión de las empresas administradoras u operadoras de juegos de suerte y azar cuando su funcionamiento pueda dar lugar a la defraudación del público y en los eventos que para preservar el monopolio señale el reglamento;*

*"e) Las demás que le asigne la ley y los reglamentos. "(...)".*

Y, por su parte, el artículo 53 de la misma norma, dispuso que *"... la inspección, vigilancia y control del recaudo y aplicación de los recursos del monopolio de juegos de suerte y azar corresponde a la Superintendencia Nacional de Salud. Estas actividades se ejercerán de conformidad con las normas señaladas en la presente ley y las normas y procedimientos señaladas en las disposiciones que regulan la estructura y funciones de dicha entidad. Lo anterior sin perjuicio de las funciones de control policivo que es competencia de las autoridades departamentales, distrital y municipales".*

De las disposiciones transcritas se tiene que, para la época de los hechos —antes de la expedición del Decreto 4142 de 2011—, en las leyes colombianas se encontraba claramente establecido que una de las razones principales de los juegos de suerte y azar radicaba en la financiación de los servicios de salud. Esta situación generó que se le atribuyera a la Superintendencia Nacional de Salud (como entidad encargada de velar por el adecuado funcionamiento del sector salud), la función de inspección, vigilancia y control sobre los monopolios de loterías, apuestas permanentes y demás juegos de suerte y azar, es decir, ejercer sus funciones de policía administrativa respecto de las empresas encargadas a la administración y operación de dichos juegos.

En efecto, para cumplir con esa función de policía judicial, se impuso a dicha superintendencia como principales obligaciones: *i) vigilar el mantenimiento del margen de solvencia de las empresas operadoras de los juegos de suerte y azar, ii) vigilar el cumplimiento de los reglamentos establecidos por ley, incluidos los relacionados con las modalidades de juegos extranjeros que podrían venderse en Colombia, iii) llevar estadísticas y recopilar información relacionada con la explotación del monopolio de los juegos de suerte y azar, iv) **intervenir las empresas operadoras de estos juegos cuando su funcionamiento pueda dar lugar a defraudación del público** v) y las demás que le asigne la ley o los reglamentos.*

De lo anterior se concluye, que la obligación de verificar el funcionamiento de las empresas operadoras de juegos de suerte y azar y que los demandantes alegan fue omitida por el Departamento del Magdalena, es una función legalmente atribuida a la Superintendencia Nacional de Salud quien no fue citada a este proceso. Es decir, que el Departamento del Magdalena carece de legitimación material en la causa, por cuanto, el hecho que sustentaría el presunto derecho de los demandantes no es atribuible a esta entidad territorial sino a otra entidad que no fue llamada al proceso.

Con todo, dentro del proceso no se acreditó de ninguna manera el incumplimiento de la obligación impuesta a la Superintendencia Nacional de Salud, así como tampoco que el incumplimiento de esa obligación fuera la causa del daño alegado por los señores Álvaro Polo Fornaris y Juan Alberto Arrieta —que como se ha explicado suficientemente no fue probado—. Puesto que, de las pruebas aportadas al expediente, no se evidencia i) que el premio haya sido cobrado y se haya negado su pago y, ii) que la presunta negativa del pago del premio sea producto de alguna actuación irregular que no fuere vigilada y controlada

por la autoridad administrativa obligada a hacerlo, esto es, de la Superintendencia Nacional de Salud.

Finalmente, se debe indicar que la responsabilidad extracontractual de la administración no puede surgir de la sola narración de los hechos acaecidos, sino de la existencia de una prueba veraz y fehaciente que permita imputarle responsabilidad a cargo del Estado, pues es conocido que, en este tipo de imputación, corresponde al actor asumir la carga de probar los supuestos de hecho de su dicho, conforme lo exige el artículo 177 del C de P.C.

Por lo anterior, lo procedente es negar las súplicas de la demanda, como quiera que, se encontró que las demandadas no incurrieron en falla del servicio alguna.

**- Corolario.**

Como se adujo, en el asunto de la referencia no se acreditó si quiera el daño por cuya reparación se demanda, argumento suficiente para denegar las súplicas de la demanda, toda vez que, para atribuir responsabilidad se requiere en primer lugar la ocurrencia de un daño y, en segundo la imputabilidad del mismo a la entidad demandada; siendo necesario que el daño alegado sea producto de la actuación de la administración, es decir, se requiere que concurren daño e imputación, así como, la acreditación de que dicho daño es consecuencia de la actuación u omisión de la administración.

No obstante, lo anterior se permitió el Despacho efectuar el estudio de la precaria imputación alegada al Departamento del Magdalena, con el propósito de establecer que si en gracia de discusión se hubiera encontrado probado el daño alegado por los demandantes, la consecuencia igualmente sería la de denegar las súplicas de la demanda, toda vez que, en primer lugar la obligación legal presuntamente omitida no es atribuible al Departamento del Magdalena sino a otra entidad pública que no fue convocada al proceso, lo que conllevaría a la configuración de la excepción de falta de legitimación material por pasiva y, en segundo lugar, porque con todo, no se demostró que el daño alegado y no probado, haya sido consecuencia de alguna omisión de la administración.

**2.7.- Condena en Costas**

El Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante, por cuanto la conducta procesal de ésta no está teñida de mala fe, dado que no es constitutiva de abuso del derecho, ni puede calificarse como torticera, maliciosa ni malintencionada, presupuesto éste indispensable para adoptar este tipo de decisión.

En mérito de las razones expuestas, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Santa Marta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

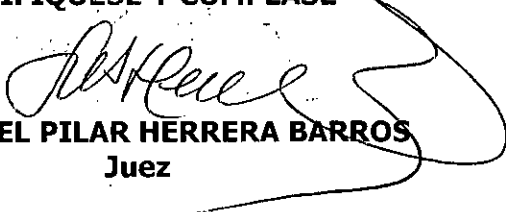
**RESUELVE**

**PRIMERO:** Denegar las súplicas de la demanda.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas a la parte demandante.

**TERCERO.** - Una vez ejecutoriada la presente decisión, archívese el expediente, previas las anotaciones pertinentes.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**MARÍA DEL PILAR HERRERA BARROS**  
Juez