

DEROGATORIA DE NORMAS - No significa que desaparezcan con ellas los efectos jurídicos que la mismas tuvieron durante el tiempo de su vigencia / ACTO ADMINISTRATIVO DEROGADO O SUBROGADO - Cesación de sus efectos hacia el futuro / ACTO ADMINISTRATIVO - Subrogado por norma posterior. Pérdida de vigencia / DEROGACION O SUBROGACION DE ACTO ADMINISTRATIVO - Efectos durante su vigencia / ACTO ADMINISTRATIVO SUBORAGADO O DEROGADO - No es motivo para abstenerse de estudiar su legalidad

La Sala observa que el acto administrativo inicialmente acusado, el artículo 1º del Decreto 3535 fue modificado por el art. 1º del Decreto 4643 del 19 de diciembre 2005, y este nuevamente reformado por el art. 1º del Decreto 4867 del 30 de diciembre de 2008, por lo que es menester concluir que en la actualidad ninguno de los actos sometidos a análisis de legalidad se encuentra vigente al haberse producido la subrogación por norma posterior. Ello implica, por tanto, que el contenido normativo del artículo vigente no ha sido sometido a cuestionamiento. Ha sido jurisprudencia reiterada de esta Sala sostener que el hecho de que los actos administrativos impugnados hayan sido subrogados durante el proceso de estudio de su legalidad no impide que este Tribunal acometa, de igual modo, y en razón de la presunción de legalidad de la que se revistió durante su vigencia, el estudio y análisis de la legalidad de los actos derogados o subrogados por los efectos que pudieron tener durante su vigencia.

FUENTE FORMAL: DECRETO 3535 DE 2005 - ARTICULO 1 / DECRETO 4643 DEL 19 DE DICIEMBRE DE 2005 - ARTICULO 1 / DECRETO 4867 DEL 30 DE DICIEMBRE DE 2008 - ARTICULO 1

NORMA DEMANDADA: DECRETO REGLAMENTARIO 3535 DE 2005 (6 de octubre) PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA - ARTICULO 1 (Anulado) MODIFICADO POR EL DECRETO REGLAMENTARIO 4643 DE 2005 (19 de diciembre) PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA - ARTICULO 1

REGLAMENTACION DE LA LEY - Artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política / DECRETO REGLAMENTARIO - Expresión de la función administrativa / DECRETO REGLAMENTARIO - Acto administrativo de carácter general / DECRETO REGLAMENTARIO - De obligatorio cumplimiento / ACTO ADMINISTRATIVO - Elementos

De las consideraciones y de la suscripción del decreto cuyas disposiciones se demandan, se deriva de manera inequívoca que se trata de una reglamentación de la ley, en virtud de lo establecido en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, es decir, de un decreto reglamentario. En lo que respecta a este tipo de decretos, vale la pena recordar que constituyen una típica expresión de la función administrativa, y desde una perspectiva formal, hacen parte de la categoría de actos administrativos de carácter general. En efecto, la capacidad de trazar reglas de conducta en desarrollo de lo prescrito por el legislador, con alcances generales y de obligatorio cumplimiento por parte de la comunidad destinataria de estos decretos, denota la verificación de los elementos propios del acto administrativo como son: (1) manifestación unilateral de la voluntad de la administración o de la entidad pública o el particular en ejercicio de la función administrativa, (2) capaz de producir efectos jurídicos frente a otros sujetos de derecho (3) sin necesidad de contar con su anuencia para ello.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 189.11

NORMA DEMANDADA: DECRETO REGLAMENTARIO 3535 DE 2005 (6 de octubre) PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA - ARTICULO 1 (Anulado) MODIFICADO POR EL DECRETO REGLAMENTARIO 4643 DE 2005 (19 de diciembre) PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA - ARTICULO 1

FACULTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE - Definición y alcance. Reiteración jurisprudencial / PODER REGLAMENTARIO - Límites y alcance. Criterios / POTESTAD SECUNDUM LEGEM - El ejecutivo debe interpretar la ley bajo el horizonte normativo desplegado por el legislativo

Ha sido criterio de la Sala distinguir, dentro de la potestad reglamentaria en cabeza del Presidente de la República a los reglamentos ejecutivos de los independientes (...) Se trata entonces de una potestad que, si bien no requiere siempre autorización del legislador para su ejercicio, una vez es expedida la ley, queda limitada o sujeta a lo que en ella se haya consagrado en aras de su cumplida y oportuna ejecución. (...) la Sala ha identificado dos criterios que contribuyen a determinar los límites y alcance del poder reglamentario, como son: el de competencia y el de necesidad (...) La sujeción a la ley apunta a que ésta actúe como un marco normativo para la regulación que de ella haga el ejecutivo, quien, por tanto, debe someterse a sus mandatos, autorizaciones y limitaciones en aras de acercar la normatividad a su efectiva aplicación por los operadores jurídicos, sin que en ese proceso se tergiverse, modifique o transforme la voluntad del legislador. Así las cosas, cuando se refiere a la potestad "secundum legem", el ejecutivo debe interpretar la ley bajo el horizonte normativo desplegado por el legislativo, tarea que no pretende ni busca que el ejecutivo reemplace al legislador en sus omisiones o silencios, ni mucho menos que finiquite su labor, pues, en vez de ello, lo que precisa la potestad reglamentaria es que el ejecutivo en provecho de su versatilidad en la toma de decisiones, dominio técnico y acercamiento a la ciudadanía, sepa interpretar adecuadamente la ley. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con los límites de la potestad reglamentaria, consultar Corte Constitucional, sentencia C-512/97. Sobre los criterios que contribuyen a determinar los límites y alcance del poder reglamentario, ver Consejo de Estado Sección Cuarta, sentencia de 26 de agosto de 1994, exp. 5312B.

NORMA DEMANDADA: DECRETO REGLAMENTARIO 3535 DE 2005 (6 de octubre) PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA - ARTICULO 1 (Anulado) MODIFICADO POR EL DECRETO REGLAMENTARIO 4643 DE 2005 (19 de diciembre) PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA - ARTICULO 1

MONOPOLIO DE LOS JUEGOS DE AZAR - Alcance y límites de la potestad reglamentaria / MONOPOLIOS - Noción. Definición. Concepto / MONOPOLIOS - Regulación normativa. Artículo 336 de la Constitución Política / MONOPOLIOS - Arbitrio rentístico / MONOPOLIOS - Naturaleza jurídica / MONOPOLIOS - Elementos / MONOPOLIO RENTISTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - Régimen propio. Ley 643 de 2001 / LEY 643 DE 2001 - Norma de iniciativa gubernamental

La Constitución en el artículo 336 estableció los monopolios como arbitrios rentísticos de la Nación determinando sus características, finalidades y destinación bajo los siguientes términos: (...) Como puede observarse, la misma norma suprema establece que los monopolios como arbitrio rentístico están supeditados a un régimen jurídico "propio" y dispone algunos de los elementos del mismo, como son: (i) gozar de una finalidad común de interés público, (ii) su constitución como arbitrio rentístico y (iii) la necesaria indemnización previa a los individuos que se vean privados de su ejercicio. Además, esa misma disposición (iv)

predetermina la destinación de algunas de esas rentas, (v) ordena la sanción penal de la evasión fiscal en estas actividades y (vi) la eficacia como condición de su supervivencia, de lo contrario corresponde al gobierno ordenar su enajenación o liquidación. De igual modo en los monopolios de los juegos de suerte o azar, la jurisprudencia constitucional reconoció el alto margen de maniobra o discrecionalidad de la que goza el legislador para regular, mediante un régimen propio, tales actividades (...) Justamente en ejercicio de sus competencias, y en especial del mandato proveniente del constituyente en el sentido de que mediante una ley de iniciativa gubernamental se estableciera un “régimen propio” para organizar, administrar, controlar y explotar los monopolios de arbitrio rentístico, el legislador expidió la Ley 643 de 2001 “Por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar”, en cuyo artículo 1º se definió a los monopolios así: (...) Adicionalmente en el caso de este monopolio, quiso el constituyente que los recursos que se obtuviesen de esta actividad fuesen destinados en forma exclusiva a los servicios de salud administrados por las entidades territoriales (art. 362 superior y art. 3 literales a), c) y d) de la Ley 643).

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 336 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 362 / LEY 643 DE 2001 - ARTICULO 3

NORMA DEMANDADA: DECRETO REGLAMENTARIO 3535 DE 2005 (6 de octubre) PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA - ARTICULO 1 (Anulado) MODIFICADO POR EL DECRETO REGLAMENTARIO 4643 DE 2005 (19 de diciembre) PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA - ARTICULO 1

JUEGO DE APUESTAS PERMANENTES O CHANCE - Régimen jurídico. Ley 643 de 2001 / JUEGO DE APUESTAS PERMANENTES O CHANCE - Clases. Derechos de explotación. Plan de premios y rentabilidad mínima. Formulario único. Registro de apuestas / REGIMEN DEL JUEGO DE APUESTAS PERMANENTES O CHANCE - Artículos 21 y 22 de la Ley 643 de 2001. Reserva de ley otorgada al legislador y a la potestad reglamentaria asignada al gobierno nacional

Compuesto por los artículos 21 al 26, el capítulo IV de la Ley 643 está dedicado a reglar el régimen del juego de apuestas permanentes o chance, de modo que el artículo 21 define esta clase de juegos, el 22 se refiere a su explotación, el 23 consagra los derechos de explotación, el 24 determina el plan de premios y rentabilidad mínima, el 25 predetermina un formulario único para estas apuestas y para finalizar, el artículo 26 señala el procedimiento para hacer el registro de apuestas. Adicionalmente, los artículos 21 y 22 contribuyen a afirmar las facultades entregadas al legislador en razón a la reserva de ley sobre esta materia y su compatibilidad con las potestades también asignadas al gobierno nacional para reglamentar ciertos aspectos materiales de la ley. En forma expresa los artículos 21 y 22 dedican algunos fragmentos a determinar cuáles son las competencias asignadas al gobierno nacional, refiriéndose en forma concreta a dos: i) la regulación del plan de premios que debe ser predefinido y autorizado por él; y ii) la determinación de los demás requisitos, por fuera del patrimonio técnico y las garantías, que deben cumplir los operadores privados que aspiren a la licitación pública. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre la potestad reglamentaria y la reserva de ley sobre el establecimiento de los monopolios rentísticos y la fijación de su régimen propio, consultar Corte Constitucional, sentencia C-1191/01.

FUENTE FORMAL: LEY 643 DE 2001 - ARTICULO 21 / LEY 643 DE 2001 - ARTICULO 22 / LEY 643 DE 2001 - ARTICULO 22 / LEY 643 DE 2001 - ARTICULO 23 / LEY 643 DE 2001 - ARTICULO 24 / LEY 643 DE 2001 -

ARTICULO 25 / LEY 643 DE 2001 - ARTICULO 26

NORMA DEMANDADA: DECRETO REGLAMENTARIO 3535 DE 2005 (6 de octubre) PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA - ARTICULO 1 (Anulado) MODIFICADO POR EL DECRETO REGLAMENTARIO 4643 DE 2005 (19 de diciembre) PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA - ARTICULO 1

CONGRESO DE LA REPUBLICA - Cláusula general de competencia / JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - Reserva de ley circunscrita a aspectos centrales de su normatividad. Asuntos

La cláusula general de competencia, en virtud de la cual le corresponde al Congreso de la República la competencia para desarrollar la Constitución y dictar las leyes o normas con fuerza de ley, y de manera excepcional, al Ejecutivo (artículos 150-10 y 212 CP), ha sido dispuesta por el constituyente (artículos 114 y 150 CP) como una facultad entregada al principal cuerpo de representación política para que en el ejercicio de sus funciones exprese la voluntad general, a través de un proceso de discusión y aprobación regido por la regla de las mayorías y respeto a las minorías de conformidad con las formas de legitimación democrática, que en lo referido a los juegos de suerte y azar determinó, según la interpretación de la Corte Constitucional, una reserva de ley circunscrita a aspectos centrales de su normatividad, como son principalmente cuatro asuntos: la organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos". Mientras que la regulación administrativa debe ceñirse a aspectos "puntuales, técnicos y cambiantes del régimen". Es decir, que no le es dable al gobierno nacional entrar a regular aspectos cardinales de la legislación de los juegos de azar, sino apenas limitarse a hacer efectiva dicha legislación en los asuntos técnicos, en donde su experticia y contacto con los operadores le permita hacer viable dicha legislación sin llegar a modificar o alterar el régimen legal a la cual se encuentra sujeto.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 114 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 150.10 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 212

NORMA DEMANDADA: DECRETO REGLAMENTARIO 3535 DE 2005 (6 de octubre) PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA - ARTICULO 1 (Anulado) MODIFICADO POR EL DECRETO REGLAMENTARIO 4643 DE 2005 (19 de diciembre) PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA - ARTICULO 1

INTERPRETACION DE LA LEY - Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu / REGIMEN DEL JUEGO DE APUESTAS PERMANENTES O CHANCE - Igual tratamiento a los modos de explotación manual o sistematizado. Artículos 21 y 26 de la ley 643 de 2001 / POTESTAD REGLAMENTARIA - Necesidad del reglamento

[Ley 643 de 2001] los artículos 21 y 26 otorgan igual tratamiento a los modos de explotación manual o sistematizado; los cuales son tratados sin distinción cuando se definen las apuestas permanentes (art. 21); y luego, cuando se determina el mecanismo de registro de esta particular apuesta (art. 26): (...) la claridad con la que los artículos transcritos plantean la doble opción, equitativa y sin limitaciones, de la explotación de las apuestas permanentes en forma manual o sistematiza, ha dejado expresa y nítida la voluntad del legislador en el sentido de que ambos métodos sean implementados sin restricciones. (...) la nitidez de la norma no permite, ni de sus antecedentes ni de su letra, deducir una voluntad encubierta o

tácita por parte del Legislador orientada a restringir o darle preferencia a una de las técnicas de explotación de las apuestas permanentes o chance en detrimento o beneficio de la otra, tal como lo pretendió la demandada en su defensa de la norma impugnada. Como colofón de lo anterior, si bien el legislador pudo tener una intención tácita de restringir la explotación manual del chance, como se deriva de las argumentaciones ofrecidas por el Gobierno Nacional, independientemente de la existencia o no de dicha aspiración, lo cierto es que aunque hubiese sido así, tal opción no quedó plasmada en la ley. En vez de ello, la certeza impregnada en la norma no permite a esta instancia concluir nada distinto de lo que de su literalidad emana. Como quiera que la labor de la administración se ve mermada cuando para la aplicación de la ley basta con observar la voluntad del legislador para su efectivo cumplimiento, justamente esta Sala ha estimado que la precisión y certeza con las que el legislador diseña la norma opera como un límite a la actuación de la administración en el ejercicio de la potestad reglamentaria, ello de conformidad al criterio de necesidad del reglamento.

FUENTE FORMAL: LEY 643 DE 2001 - ARTICULO 21 / LEY 643 DE 2001 - ARTICULO 26

NORMA DEMANDADA: DECRETO REGLAMENTARIO 3535 DE 2005 (6 de octubre) PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA - ARTICULO 1 (Anulado) MODIFICADO POR EL DECRETO REGLAMENTARIO 4643 DE 2005 (19 de diciembre) PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA - ARTICULO 1

EXTRALIMITACION DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA - Desbordamiento del ámbito de actuación competencial del ejecutivo / LEY 643 DE 2001 - Régimen del juego de apuestas permanentes o chance / ARTICULO 1º DEL DECRETO REGLAMENTARIO 3535 DE 2005, SUBROGADO POR EL ARTICULO 1º DEL DECRETO REGLAMENTARIO 4643 DE 2005 - Modificaron la ley 643 de 2001 / EXTRALIMITACION EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA - Eliminación de la apuesta manual en juegos de azar y chance / EXTRALIMITACION EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA - Consecuencia. Declaratoria de nulidad de decreto reglamentario

La exigencia de requisitos adicionales o la supresión de condicionamientos exigidos en la ley configuran una extralimitación competencial del Gobierno Nacional en el ejercicio de la potestad reglamentaria. Lo anterior conlleva a que si el gobierno nacional considera que la orientación que deben tener las apuestas permanentes, con el fin de dotarlas de mayor transparencia, es la progresiva eliminación de la apuesta manual, entonces, en aplicación de su iniciativa legislativa y en respeto a la reserva de ley, debe proponer una reforma a la ley 643 como en su momento lo hizo con la Ley 1393 de 2010. (...) la potestad reglamentaria debe apenas entenderse como un complemento a lo ya establecido por el legislador en aquellos apartes en que conviene la reglamentación para dotar de mayor eficacia a la norma, y en ningún caso como una facultad derogatoria o sustitutoria que sin duda desborda el ámbito de actuación competencial del ejecutivo. En la que además no cabe, so riesgo de incurrir en una extralimitación, como efectivamente estima la Sala que ocurrió en este caso, la facultad para restringir o tornar nugatoria la autorización legal de explotación de una modalidad de operación del juego, cuando con ello además se compromete el derecho fundamental a la igualdad al promover un trato desigual no justificado por el legislador. (...) se acreditó en el plenario la ilegalidad aducida en la demanda respecto del el artículo 1º del Decreto Reglamentario 3535 de 2005, subrogado por el también art. 1º del Decreto Reglamentario 4643 de 200, ambos expedidos por el

Gobierno Nacional, por vulneración de la Ley 643 de 2001, por lo que se declarará nulo.

FUENTE FORMAL: LEY 643 DE 2001 / LEY 1393 DE 2010 / DECRETO REGLAMENTARIO 3535 DE 2005 - ARTICULO 1 / DECRETO 4643 DE 2005

NORMA DEMANDADA: DECRETO REGLAMENTARIO 3535 DE 2005 (6 de octubre) PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA - ARTICULO 1 (Anulado) MODIFICADO POR EL DECRETO REGLAMENTARIO 4643 DE 2005 (19 de diciembre) PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA - ARTICULO 1

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá D.C., 29 de agosto de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-26-000-2005-00076-00(32293)A

Actor: SILVIO SAUL SUAREZ SANDOVAL

Demandado: GOBIERNO NACIONAL

Referencia: ACCION DE NULIDAD

Procede la Sala a decidir en única instancia la demanda instaurada por el ciudadano Silvio Saúl Suarez Sandoval, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A. en la que impugnó el artículo 1º del Decreto Reglamentario n.º 3535 de 2005 subrogado por el también artículo 1º del Decreto n.º 4643 de 2005, ambos expedidos por el Presidente de la República y el Ministerio de la Protección Social.

ANTECEDENTES

I. El acto acusado

*DECRETO 4643 DE 2005
(diciembre 19)*

por el cual se sustituyen algunos artículos del Decreto 3535 de 2005, por el cual se reglamenta la Ley 643 de 2001 en lo relacionado con el juego de Apuestas Permanentes o Chance y, se dictan otras disposiciones

*EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,
en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial
las conferidas por el numeral 11 del artículo 189, el artículo 336 de la
Constitución Política y los artículos 2, 21 y 24 de la Ley 643 de 2001,*

DECRETA:

Artículo 1°. Sustituir el artículo 1 del Decreto 3535 de 2005, el cual quedará así:

Artículo 1°. Porcentajes mínimos de operaciones en línea y en tiempo real. Los contratos de concesión para la operación del juego de apuestas permanentes o chance que se suscriban a partir de la vigencia del presente decreto, deben establecer como una de las obligaciones a cargo del concesionario, la de efectuar operaciones de colocación de apuestas permanentes o chance en la respectiva jurisdicción territorial a través del mecanismo de explotación sistematizado en línea y en tiempo real en los porcentajes y de acuerdo con la gradualidad que a continuación se señala:

- a) Para el segundo año de ejecución al menos el treinta y cinco por ciento (35%) de las operaciones de colocación de apuestas permanentes o chance;*
- b) Para el tercer año al menos el setenta por ciento (70%) de las operaciones de colocación de apuestas permanentes o chance y;*
- c) Para el cuarto y quinto año y, para las posteriores concesiones, durante toda su vigencia, al menos el noventa por ciento (90%) de las operaciones de colocación de apuestas permanentes.*

II. La demanda

1. En su escrito de demanda del 21 de noviembre de 2005, el actor solicitó la declaratoria de nulidad del artículo transcrito por considerar que el gobierno nacional modificó los artículos 21 y 26 de la Ley 643 de 2001, así como el preámbulo y los artículos 13, 53 y 189, numeral 11 constitucionales. Bajo el entendido de que la reglamentación del gobierno nacional sobre las apuestas permanentes o chance únicamente en forma sistematizada como lo consagra el artículo cuestionado del decreto reglamentario “acaba, elimina o deroga la forma manual y restringe la sistematizada” (fl. 4).

2. En cuanto al concepto de la violación, el demandante construyó tres cargos principales:

2.1. El primero de ellos, atinente a que el gobierno modificó los artículos 21 y 26 de la Ley 643 de 2001 al reglamentar una sola de las dos posibles formas de explotación legal de las apuestas permanentes o chance. Cargo que con la reforma de la demanda y la sustitución del acto impugnado fue reiterado bajo el

argumento de que el artículo 1º del Decreto Reglamentario 4643 de 2005 al disponer que los concesionarios debidamente seleccionados por licitación pública (arts. 22 y 25 de la Ley 643 de 2001) para operar el juego de apuestas permanentes o chance, deben comprometerse a efectuar dichas operaciones “a través del mecanismo de explotación sistematizado en línea y en tiempo real” por lo menos del 35% en el segundo año de ejecución del contrato, al menos al 70% en el tercer año y al menos al 90% en el cuarto y quinto y posteriores años de ejecución, a partir de la vigencia del decreto, es decir, del 22 de diciembre de 2005. Con lo cual el gobierno con el “*señalamiento de tales porcentajes favorece la operación sistematizada y reduce la manual*” (subrayas originales, fl. 28). Luego, “*se tiene así que donde la ley reglamentada autoriza ampliamente, sin restricciones, una alternativa para operar el chance –la forma manual o sistematizada–, el decreto reglamentario modifica la ley al restringir una de esas posibilidades autorizadas ampliamente por ella, que es la manual*”.

2.2. En el segundo cargo, el actor destaca que el artículo acusado quebranta el artículo 189, numeral 11 de la Constitución que define la potestad reglamentaria como una competencia que ejerce el presidente de la República “mediante la expedición de los decretos, resoluciones y ordenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes” (subrayado por el actor) y que “cumplido” significa completo, cabal, pleno, en todo su alcance, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, por lo que “el decreto reglamentario que deforma la ley reglamentada, limita una autorización de ella y estimula la otra, mal puede cumplir la función que le asigna la Constitución, de buscar la completa ejecución de la ley” (fl. 28), más no la de ampliar o restringir su alcance.

2.3. Finalmente, en el tercer cargo planteó que el art. 1º del decreto en mención desconoce el derecho fundamental a la igualdad, al trabajo digno, la igualdad de oportunidades para los trabajadores y las bases del Estado Social de Derecho comprometiendo, entonces, el preámbulo y los artículos 13, 25 y 53 superiores. En especial teniendo en cuenta que la Cooperativa que representa, con sede en el Cauca, se integra de unas 1200 personas que se encuentran en “un medio empobrecido, flagelado por el terrorismo y agitado por luchas sociales, donde la tasa de desempleo es altísima” y que el cooperativismo es de interés común, por declaración expresa del artículo 2 de Ley 79 de 1988 y es obligación del Estado velar por su protección, promoción y fortalecimiento por orden expresa de los artículos 58 y 333 inciso 3º de la Constitución.

2.4. Por último, el actor solicitó la suspensión provisional de los efectos normativos del artículo señalado por su manifiesta restricción al alcance de la ley con su consecuente derogación de los artículos 21 y 26 de la Ley 643 de 2001.

III. Trámite procesal

3. Por auto del 30 de marzo de 2006 el magistrado sustanciador **admitió la demanda** y advirtió al actor que la norma inicialmente impugnada, el artículo 1º del Decreto Reglamentario 3535, había sido derogada por el también artículo 1º del Decreto Reglamentario 4643 de 2005, consiguiendo cesar sus efectos. Dado que no era procedente entrar a estudiar la suspensión sobre un acto que ya había perdido su vigencia y por tanto, su fuerza ejecutoria (art. 66 del C.C.A.), entonces **denegó la suspensión provisional**.

4. Mediante escrito del 2 de junio de 2006 el actor **corrigió la demanda** (art. 208 del C.C.A.) y sustituyó el acto impugnado derogado por el entonces vigente y solicitó nuevamente la suspensión del mismo.

5. Por auto del 7 de febrero de 2007 el magistrado sustanciador **admitió la reforma de la demanda y denegó la suspensión provisional** del acto (f. 88). Los autos admisorio de la demanda y de su reforma fueron notificados al Ministro de la Protección Social en la forma autorizada por el artículo 150 del C.C.A., entidad que **contestó la demanda** y se opuso a las pretensiones (f. 95 y ss).

6. Entre los argumentos que adujo en defensa de los actos administrativos acusados, la apoderada del Ministerio de la Protección Social expuso que dicha entidad tiene la facultad legal de reglamentar todo lo relacionado con los juegos de apuestas permanentes o chance, los cuales hacen parte del monopolio de juegos de suerte y azar. De igual modo señaló que la ley estableció dos posibilidades de explotación de los mencionados juegos, manual y sistematizada y que *“en este caso en concreto el legislador quiso dejar la sistematizada, teniendo en cuenta el avance tecnológico que permite más confiabilidad y mayor funcionalidad en el sistema actual, el manual fue para no causar un traumatismo a las operaciones”* agregando que con el juego manual se habían presentado múltiples irregularidades tanto en las apuestas como en el no pago de premios, mientras que con el sistematizado se pretende dar cumplimiento a los principios de la Ley

643 de 2001 y en especial a la modernización de los juegos de azar y la transparencia. (f. 96, 97, 111 y ss).

7. El Ministerio de la Protección Social solicitó como prueba que se oficiara a las empresas de loterías departamentales sobre las quejas que hubiesen recibido por no pago de premios, y cuales son los motivos que aducen las concedentes como son: porque no le pagan, el formulario no llegó para el escrutinio, o fueron hurtados, o el recolector no entregó a tiempo los formularios.

8. Mediante auto de 18 de mayo de 2007, el magistrado sustanciador abrió a pruebas el proceso y ordenó librar oficio a las loterías departamentales en cuanto al fundamento 10 del auto, para lo cual se requirió información a la lotería la Nueve Millonaria (f. 139), de Córdoba (f. 140), de Bogotá (f. 141), de Boyacá (f. 142), Sociedad nacional de apuestas permanentes e inversiones S.A. "Sonapi" (f. 143), Inversiones y apuestas permanentes Arturo Echeverry Bogotá (f. 144). Así mismo en auto del 17 de agosto de 2007 decidió no requerir al Superintendente Delegado para la Generación y Gestión de Recursos Económicos de la Superintendencia Nacional de Salud, por haber sido solicitada por la demandada por fuera de la oportunidad procesal para ello, es decir, durante el termino de contestación de la demanda.

9. Dentro del término concedido para presentar alegatos de conclusión, la parte actora guardó silencio, la entidad demandada reiteró los argumentos esgrimidos en la contestación de la demanda (f. 156 y 181) y el Ministerio Público solicitó traslado especial (f. 155).

10. El Procurador Cuarto Delegado ante esta Sección, luego de analizar el acto administrativo acusado consideró que el ejecutivo no se extralimitó en la potestad reglamentaria básicamente por una doble razón: i) por cuanto a él le corresponde reglamentar no sólo los planes de premios, sino además, las condiciones y porcentajes en que deben realizarse las operaciones denominadas en línea y en tiempo real; y ii) porque con dichos porcentajes, se ha dejado un margen, que considera razonable, para operar manualmente *"buscando sin lugar a dudas la seguridad del apostador, manteniendo la confianza en el sistema de apuestas, y evitando el no pago de los premios, cuando tales razones no sólo son conocidas sino evitables"*. (f. 174) Por lo cual solicita a esta Sala *"despachar desfavorablemente las pretensiones de la demanda"*.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

IV. Competencia

11. La Sala conoce en única instancia del presente asunto en aplicación de lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo, por tratarse de una demanda formulada en ejercicio de la acción de simple nulidad contra un acto administrativo expedido por una autoridad del orden nacional.

V. Problema jurídico

12. Corresponde a la Sala resolver el siguiente cuestionamiento: ¿Se extralimitó el Gobierno Nacional en su potestad reglamentaria al establecer en el numeral 1º del Decreto Reglamentario 4643 de 2005 los porcentajes mínimos de operaciones en línea y tiempo real exigibles contractualmente al concesionario en las operaciones de colocación de apuestas permanentes o chance en la respectiva jurisdicción territorial, en perjuicio de los manuales?

VI. Análisis de la Sala

13. El contenido del artículo del Decreto 4643 de 2005 es el siguiente:

Artículo 1º. Modifíquese el artículo 1º del Decreto 3535 de 2005 modificado por el Decreto 4643 de 2005, el cual quedará así:

"Artículo 1º. Porcentajes mínimos de operaciones en línea y en tiempo real. Los contratos de concesión para la operación del juego de apuestas permanentes o chance que se suscriban a partir de la vigencia del presente decreto, deberán establecer como una de las obligaciones a cargo del concesionario, la de efectuar operaciones de colocación de apuestas permanentes o chance en la respectiva jurisdicción territorial a través del mecanismo de explotación sistematizado en línea y en tiempo real como mínimo en el 90.

El porcentaje señalado en el presente artículo podrá ser modificado por el Ministerio de la Protección Social de acuerdo con la penetración de infraestructura de comunicaciones en el área de presencia del concesionario.

Parágrafo 1º. Para efectos de la operación en línea y tiempo real el procedimiento informático y tecnológico de la apuesta en un punto de venta fijo o móvil debe efectuarse a través de un mecanismo sistematizado que inmediatamente registra la apuesta, la cual es

reportada a un sistema de información centralizado. Esto supone que la transacción correspondiente no puede ser almacenada en la respectiva terminal o equipo móvil para su posterior procesamiento.

Los concesionarios deberán suministrar a la entidad concedente los equipos de cómputo, el software licenciado y la capacitación correspondiente, necesarios para efectuar el control y seguimiento a la colocación de apuestas permanentes por el mecanismo sistematizado en línea y en tiempo real y encargarse del mantenimiento y las actualizaciones necesarias.

Parágrafo 2°. Las obligaciones del concesionario sobre el mecanismo de explotación sistematizado en línea y en tiempo real deberán incluirse en los pliegos de condiciones del proceso licitatorio correspondiente y estipularse en la respectiva minuta contractual. No obstante si no estuvieren expresamente estipuladas se entienden incorporadas tácitamente.

14. La Sala observa que el acto administrativo inicialmente acusado, el artículo 1º del Decreto 3535 fue modificado por el art. 1º del Decreto 4643 del 19 de diciembre 2005, y este nuevamente reformado por el art. 1º del Decreto 4867 del 30 de diciembre de 2008, por lo que es menester concluir que en la actualidad ninguno de los actos sometidos a análisis de legalidad se encuentra vigente al haberse producido la subrogación por norma posterior. Ello implica, por tanto, que el contenido normativo del artículo vigente no ha sido sometido a cuestionamiento.

15. Ha sido jurisprudencia reiterada de esta Sala sostener que el hecho de que los actos administrativos impugnados hayan sido subrogados durante el proceso de estudio de su legalidad no impide que este Tribunal acometa, de igual modo, y en razón de la presunción de legalidad de la que se revistió durante su vigencia, el estudio y análisis de la legalidad de los actos derogados o subrogados por los efectos que pudieron tener durante su vigencia.

16. De las consideraciones y de la suscripción del decreto cuyas disposiciones se demandan, se deriva de manera inequívoca que se trata de una reglamentación de la ley, en virtud de lo establecido en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, es decir, de un decreto reglamentario. En lo que respecta a este tipo de decretos, vale la pena recordar que constituyen una típica expresión de la función administrativa, y desde una perspectiva formal, hacen parte de la categoría de actos administrativos de carácter general.

17. En efecto, la capacidad de trazar reglas de conducta en desarrollo de lo prescrito por el legislador, con alcances generales y de obligatorio cumplimiento por parte de la comunidad destinataria de estos decretos, denota la verificación de los elementos propios del acto administrativo como son: (1) manifestación unilateral de la voluntad de la administración o de la entidad pública o el particular en ejercicio de la función administrativa, (2) capaz de producir efectos jurídicos frente a otros sujetos de derecho (3) sin necesidad de contar con su anuencia para ello.

18. De este modo, identificado el acto administrativo contra el cual se dirige la demanda y establecidos los fundamentos normativos que le sirven de sustento, se impone precisar cuáles son los términos de la controversia. Para lo cual inicialmente se expondrán unas consideraciones generales sobre i) definición y alcance de la facultad reglamentaria del presidente, ii) los límites de su función en los monopolios de los juegos de azar, para luego entrar a abordar iii) los cargos específicos de la demanda.

i) Definición y alcance de la facultad reglamentaria del presidente (art. 189 núm. 11 superior). Reiteración de jurisprudencia

19. Ha sido criterio de la Sala distinguir, dentro de la potestad reglamentaria en cabeza del Presidente de la República a los reglamentos ejecutivos de los independientes, con los siguientes argumentos:

(...) en función de la existencia de una ley previa a la cual el reglamento deba acatamiento, unos serán los reglamentos “ejecutivos” o “secundum legem”, proferidos en ejecución de o requiriendo —como condición de expedición— de la presencia de una ley preexistente —bien sea para detallarla, para desarrollarla, para complementarla o para preparar su ejecución— y otros los reglamentos “independientes” o “praeter legem”, los cuales no responden a o su expedición no depende de la existencia de una ley previa, sino que regulan materias de las cuales el Legislador no se ha ocupado —en ocasiones porque el Constituyente ha decidido, deliberada y justificadamente, que el Legislador no se haga cargo de la normación relativa a tales asuntos— o de las cuales se ha ocupado parcialmente y en ámbitos diversos de aquellos que, por ministerio de la Constitución, concierne regular a una instancia de producción normativa diferente. Y, adicionalmente, la clasificación de los reglamentos atendiendo al ámbito en el cual habrán de desplegar sus efectos conduce a sostener que pueden ser, en primer término, “jurídicos o normativos”, cuando crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas en relación con los

derechos y deberes de los ciudadanos, esto es, cuando producen efectos más allá de la propia Administración Pública, toda vez que se profieren en virtud de la relación general de sujeción existente entre los administrados y el poder público o, en segundo término, “administrativos o de organización”, cuando los profiere la Administración al ejercer su potestad de organización interna o en virtud de las denominadas relaciones especiales de sujeción, distintas de la preanotada relación de sujeción común y general —por ejemplo, las existentes entre la Administración y sus funcionarios o entre ella y los llamados a prestar el servicio militar o los individuos reclusos en un establecimiento penitenciario—, de suerte que rigen “hacia el interior” de la Administración¹.

20. Se trata entonces de una potestad que, si bien no requiere siempre autorización del legislador para su ejercicio, una vez es expedida la ley, queda limitada o sujeta a lo que en ella se haya consagrado en aras de su cumplida y oportuna ejecución.

Esta competencia la ejerce el Presidente de la República por derecho propio y con carácter permanente. Es decir, no requiere, para su ejercicio, autorización de ninguna clase por parte del legislador. Es bajo este entendimiento, que la facultad reglamentaria del Ejecutivo puede ser en algunos casos constitucional o inconstitucional. Pues si el legislador, al expedir la ley, se limita a enunciar el asunto a tratar, pero delega en el Presidente todos los temas inherentes a la propia labor legislativa, resulta innegable que estaría trasladando el legislativo su propia facultad constitucional. Al contrario, si la ley establece los parámetros generales, la reglamentación que el Ejecutivo expida es simplemente el resultado de las atribuciones constitucionales propias para desarrollarla.

No obstante, si el legislador hace referencia a esta facultad, tal mención no hace inconstitucional la norma, pues se debe entender sólo como el reconocimiento de la competencia constitucional del Ejecutivo. Sin embargo, dicha facultad reglamentaria no es absoluta pues ella se ejerce en la medida en que exista la ley. Ley que se convierte en su límite. Es por ello que cuando el Ejecutivo reglamenta la ley no puede ir más allá de lo que ella prevé, ni de las pautas generales que señala.²

21. Así mismo, la Sala ha identificado dos criterios que contribuyen a determinar los límites y alcance del poder reglamentario, como son: el de competencia y el de necesidad, los cuales han sido entendidos así:

¹ Supra nota 2.

² Corte Constitucional, sentencia C- 512/97, M.P. Jorge Arango Mejía.

Corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad administrativa: Ejercer la potestad reglamentaria mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. Fija así la norma básica los límites y alcances de este poder al enmarcarlo dentro de dos criterios expresamente señalados: el de competencia y el de necesidad. Criterio de competencia o atribución que si bien responde a la obligación del Gobierno de hacer cumplir la ley, tiene sus propios límites en la ley reglamentada y no puede el Presidente de la República, so pretexto de reglamentarla crear una nueva norma no contenida en aquella, ni modificarla para restringir o extender su alcance ni contrariar su espíritu o finalidad. El criterio de "necesidad" consagrado expresamente en el artículo citado (189-11 de la Constitución Política) enmarca el poder reglamentario a aquellos casos en que la ley por ser oscura, condicional o imprecisa lo exija. De manera que no es procedente hacer uso del poder reglamentario cuando la ley contiene ordenamientos precisos, claros e incondicionados que no requieren de regulación adicional para su ejecución.³

22. La sujeción a la ley apunta a que ésta actúe como un marco normativo para la regulación que de ella haga el ejecutivo, quien, por tanto, debe someterse a sus mandatos, autorizaciones y limitaciones en aras de acercar la normatividad a su efectiva aplicación por los operadores jurídicos, sin que en ese proceso se tergiverse, modifique o transforme la voluntad del legislador.

23. Así las cosas, cuando se refiere a la potestad "*secundum legem*", el ejecutivo debe interpretar la ley bajo el horizonte normativo desplegado por el legislativo, tarea que no pretende ni busca que el ejecutivo reemplace al legislador en sus omisiones o silencios, ni mucho menos que finiquite su labor, pues, en vez de ello, lo que precisa la potestad reglamentaria es que el ejecutivo en provecho de su versatilidad en la toma de decisiones, dominio técnico y acercamiento a la ciudadanía, sepa interpretar adecuadamente la ley.

Por lo demás, la razón de ser de la existencia de una potestad normativa distinta de la del Legislador suele encontrarse, más allá de la necesidad que a la Administración asiste en el sentido de organizar sus servicios y regular su funcionamiento interno, en la circunstancia de que desde el punto de vista práctico le resulta más fácil ocuparse de la expedición de las normas atinentes a todas las materias que requieren de una regulación por parte del Estado, además de que la característica de generalidad y abstracción de la cual debe encontrarse provista la ley, le impide a ésta desarrollar, con el rigor y

³ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección Cuarta, C.P. Guillermo Chahín Lizcano, 26 de agosto de 1994, Rad. 5312B

concreción suficientes, la integridad de los asuntos que aborda, pues además ha de deferir a la Administración la precisión de los detalles que posibiliten adaptar, a las cambiantes circunstancias que se pretende reglar, la aplicación de los preceptos legales. Adicionalmente, la especialización técnica y preparación funcional de las instancias administrativas garantiza las cotas de precisión y de rigor científico que son de desear en los dispositivos reglamentarios, los cuales gozan de la posibilidad de ocuparse con exhaustividad y detalle del desarrollo de asuntos propios del conocimiento científico o el saber especializado, con relativa independencia de los debates ideológicos o políticos que de ordinario corresponden, por su propia naturaleza, a las cámaras parlamentarias. Esa autonomía respecto de las instancias de decisión política es, de un tiempo a esta parte, una de las razones que ha venido a justificar, adicionalmente, la directa atribución constitucional de facultades normativas a órganos diversos de aquellos que disfrutaban de la legitimidad democrática directa de la cual les provee el origen de su integración —a través del ejercicio del derecho al sufragio por parte de los ciudadanos—, justamente con el propósito, determinado por el propio Constituyente, de garantizar que cierto tipo de reglamentaciones, a las cuales se pretende dotar de un contenido fundamentalmente técnico, puedan ser expedidas por órganos que mantengan la necesaria autonomía —sin perjuicio de la necesaria e imprescindible coordinación y colaboración armónica entre los diferentes órganos del Estado— tanto respecto del Congreso como en relación con el Ejecutivo. A esa tendencia, claramente identificable en el derecho comparado —como se verá más adelante—, no se ha mantenido ajena la Carta Fundamental Colombiana a partir del año 1991, en la cual será dable encontrar, por tanto, no sólo reservas que el Constituyente ha realizado en favor de la ley para la normación de determinadas materias, sino también reservas que la Norma Fundamental ha previsto, para el mismo efecto, en favor del reglamento administrativo⁴.

ii) Alcance y límites de la potestad reglamentaria en los monopolios de los juegos de azar

24. La Constitución en el artículo 336 estableció los monopolios como arbitrios rentísticos de la Nación determinando sus características, finalidades y destinación bajo los siguientes términos:

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

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

⁴ Supra nota 2.

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

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

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

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

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

En cualquier caso se respetarán los derechos adquiridos por los trabajadores (subrayas fuera de texto).

25. Como puede observarse, la misma norma suprema establece que los monopolios como arbitrio rentístico están supeditados a un régimen jurídico “propio” y dispone algunos de los elementos del mismo, como son: (i) gozar de una finalidad común de interés público, (ii) su constitución como arbitrio rentístico y (iii) la necesaria indemnización previa a los individuos que se vean privados de su ejercicio. Además, esa misma disposición (iv) predetermina la destinación de algunas de esas rentas, (v) ordena la sanción penal de la evasión fiscal en estas actividades y (vi) la eficacia como condición de su supervivencia, de lo contrario corresponde al gobierno ordenar su enajenación o liquidación.

26. De igual modo en los monopolios de los juegos de suerte o azar, la jurisprudencia constitucional reconoció el alto margen de maniobra o discrecionalidad de la que goza el legislador para regular, mediante un régimen propio, tales actividades:

En lo referente a lo que ha de entenderse por régimen propio de los monopolios rentísticos, entre ellos el de juegos de suerte y azar, y sobre las facultades legislativas que se confieren al Congreso de la República para fijarlo, la jurisprudencia se ha pronunciado, precisando que lo que le corresponde al legislador no es exclusivamente el establecimiento de un monopolio rentístico específico, sino también la determinación de las reglas a las que debe sujetarse el Estado en el recaudo, manejo y administración de las respectivas rentas, facultad legislativa que no había sido limitada expresamente por el constituyente, por lo que, en una interpretación teleológica de la norma constitucional, dicha facultad debía ser considerada como lo suficientemente amplia para que a través de su ejercicio pudiera el legislador determinar de manera general la forma de organización, administración, control y explotación de los monopolios, y sobre las que la jurisprudencia ha entendido que en estas materias al legislador

*le cabe un amplio margen de discrecionalidad a la hora de organizar dichos monopolios*⁵.

27. Justamente en ejercicio de sus competencias, y en especial del mandato proveniente del constituyente en el sentido de que mediante una ley de iniciativa gubernamental se estableciera un “*régimen propio*” para organizar, administrar, controlar y explotar los monopolios de arbitrio rentístico, el legislador expidió la Ley 643 de 2001 “*Por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar*”, en cuyo artículo 1º se definió a los monopolios así:

*ARTÍCULO 1o. DEFINICIÓN. 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*⁶.

28. Sobre esta noción, la Corte entendió lo siguiente,

*Un monopolio es, desde el punto de vista económico, una situación en donde una empresa o individuo es el único oferente de un determinado producto o servicio; también puede configurarse cuando un solo actor controla la compra o distribución de un determinado bien o servicio. Por su parte, la Carta autoriza, excepcionalmente, el establecimiento de monopolios como arbitrios rentísticos, en virtud de los cuales el Estado, se reserva la explotación de ciertas actividades económicas, no con el fin de excluirlas del mercado, sino para asegurar una fuente de ingresos que le permita atender sus obligaciones*⁷.

29. Adicionalmente en el caso de este monopolio, quiso el constituyente que los recursos que se obtuviesen de esta actividad fuesen destinados en forma exclusiva a los servicios de salud administrados por las entidades territoriales (art. 362 superior y art. 3 literales a), c) y d) de la Ley 643)⁸.

⁵ Sentencia C-1067/08, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁶ Artículo declarado exequible únicamente por los cargos analizados por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1070-02, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁷ Corte Constitucional, sentencia C-1191/01, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

⁸ En concreto el artículo 362 establece: “*Los bienes y rentas tributarias o no tributarias o provenientes de la explotación de monopolios de las entidades territoriales, son de su propiedad exclusiva y gozan de las mismas garantías que la propiedad y renta de los particulares. // Los impuestos departamentales y municipales gozan de protección constitucional y en consecuencia la ley no podrá trasladarlos a la Nación, salvo temporalmente en caso de guerra exterior*”. De igual

30. Compuesto por los artículos 21 al 26, el capítulo IV de la Ley 643 está dedicado a reglar el régimen del juego de apuestas permanentes o chance, de modo que el artículo 21 define esta clase de juegos, el 22 se refiere a su explotación, el 23 consagra los derechos de explotación, el 24 determina el plan de premios y rentabilidad mínima, el 25 predetermina un formulario único para estas apuestas y para finalizar, el artículo 26 señala el procedimiento para hacer el registro de apuestas. Adicionalmente, los artículos 21 y 22 contribuyen a afirmar las facultades entregadas al legislador en razón a la reserva de ley sobre esta materia y su compatibilidad con las potestades también asignadas al gobierno nacional para reglamentar ciertos aspectos materiales de la ley.

31. En forma expresa los artículos 21 y 22 dedican algunos fragmentos a determinar cuáles son las competencias asignadas al gobierno nacional, refiriéndose en forma concreta a dos: i) la regulación del plan de premios que debe ser predefinido y autorizado por él; y ii) la determinación de los demás requisitos, por fuera del patrimonio técnico y las garantías, que deben cumplir los operadores privados que aspiren a la licitación pública:

ARTÍCULO 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

modo el artículo 3 literal d) de la Ley 643 señala: // "Principios que rigen la explotación, organización, administración, operación, fiscalización y control de juegos de suerte y azar. 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".*

el efecto, gana un premio en dinero, de acuerdo con un plan de premios predefinido y autorizado por el Gobierno Nacional mediante decreto reglamentario⁹.

ARTÍCULO 22. EXPLOTACIÓN DEL JUEGO DE LAS APUESTAS PERMANENTES O CHANCE. Corresponde a los departamentos y al Distrito Capital la explotación, como arbitrio rentístico, del juego de las apuestas permanentes o chance. La explotación la podrán realizar directamente por intermedio de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado operadoras de loterías, o por intermedio de las Sociedades de Capital Público Departamental (SCPD) que se autoriza y ordena crear en la presente ley.

Sólo se podrá operar el juego de apuestas permanentes o chance, a través de terceros seleccionados mediante licitación pública, y por un plazo de cinco (5) años.

Los operadores privados de esta modalidad de juego deberán tener un patrimonio técnico mínimo, otorgar las garantías y cumplir los demás requisitos que para tal efecto les señale el reglamento expedido por el Gobierno Nacional.

PARÁGRAFO. Para los efectos de la presente ley los ingresos provenientes de juegos de apuestas permanentes de Bogotá y Cundinamarca continuarán distribuyéndose en un setenta por ciento (70%) para el Fondo Financiero de Salud de Bogotá y el treinta por ciento (30%) para el Fondo Departamental de Salud de Cundinamarca, descontados los gastos administrativos de la explotación.

32. Sobre esta específica potestad reglamentaria, en su momento dijo la Corte Constitucional:

La Corte reitera los anteriores criterios, según los cuáles la reserva legal sobre el establecimiento de los monopolios rentísticos y la fijación de su régimen propio no impide que algunos aspectos de la regulación de esas actividades, que no fueron desarrollados ni tuvieron reserva de ley, puedan ser reglamentadas por la autoridad administrativa. Y es que a la ley corresponde obligatoriamente “fijar” el régimen propio al que están sometidos “la organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos”. Pero eso no significa que la ley deba necesariamente agotar todo el contenido de esta regulación, pues a ella corresponde únicamente “fijar” ese régimen, esto es, delimitar y estabilizar su alcance, estableciendo los elementos normativos básicos que definen la organización, administración, control y explotación de estas actividades. En tal contexto, la ley simplemente reafirma la posibilidad que tiene el Gobierno para definir, en virtud de la potestad reglamentaria, algunos elementos puntuales, técnicos y cambiantes del régimen. Esa expresa intención no es inconstitucional, pues por tratarse

⁹ Artículo declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1191/01, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes, con cosa juzgada relativa a los cargos de la demanda “conforme a lo señalado en los fundamentos 34 (no vulneración de la autonomía financiera de las entidades territoriales) y 43 (no desconocimiento de la reserva de ley) de la parte motiva de esta sentencia”. Allí se declaró exequible el aparte subrayado, “en relación con el cargo por presunto quebranto de la reserva de ley, conforme a lo señalado en el fundamento 43 de esta sentencia”.

*de una ley de naturaleza ordinaria, el legislador simplemente reconoce las atribuciones constitucionales del Gobierno*¹⁰ (subrayas fuera de texto).

33. Así, la cláusula general de competencia, en virtud de la cual le corresponde al Congreso de la República la competencia para desarrollar la Constitución y dictar las leyes o normas con fuerza de ley, y de manera excepcional, al Ejecutivo (artículos 150-10 y 212 CP), ha sido dispuesta por el constituyente (artículos 114 y 150 CP) como una facultad entregada al principal cuerpo de representación política para que en el ejercicio de sus funciones exprese la voluntad general, a través de un proceso de discusión y aprobación regido por la regla de las mayorías y respeto a las minorías de conformidad con las formas de legitimación democrática¹¹, que en lo referido a los juegos de suerte y azar determinó, según la interpretación de la Corte Constitucional, una reserva de ley circunscrita a aspectos centrales de su normatividad¹², como son principalmente cuatro asuntos: *la organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos*. Mientras que la regulación administrativa debe ceñirse a aspectos *“puntuales, técnicos y cambiantes del régimen”*. Es decir, que no le es dable al gobierno nacional entrar a regular aspectos cardinales de la legislación de los juegos de azar, sino apenas limitarse a hacer efectiva dicha legislación en los asuntos técnicos, en donde su experticia y contacto con los operadores le permita hacer viable dicha legislación sin llegar a modificar o alterar el régimen legal a la cual se encuentra sujeto.

ii) Análisis del cargo concreto

34. A continuación, la Sala entrará a resolver el problema jurídico previamente planteado (párrafo 13).

El Presidente de la República se extralimitó cuando al reglamentar la Ley 643 por medio del artículo 1º del Decreto Reglamentario 4643 estableció un nuevo compromiso a los concesionarios en cuanto a la aplicación de

¹⁰ Supra nota 9.

¹¹ Son muchas las decisiones de la Corte Constitucional referentes a la cláusula general de competencia, entre muchas otras se encuentran las sentencias C-417 de 1992, M.P. Fabio Morón Díaz; C-398 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-473 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-568 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz; C-543 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-1191 de 2000, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes; y C-234 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

¹² Sobre las diferencias entre la cláusula general de competencia y la reserva de ley consultar las sentencias de la Corte Constitucional C-570 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-474/03, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; C-1648/00, M.P. Cristina Pardo Schlesinger; C-675/05, M.P. Jaime Araújo Rentería; C-852/05, M.P. Rodrigo Escobar Gil; y más recientemente en la sentencia C-704/10, M.P. María Victoria Calle Correa.

operaciones de colocación de apuestas permanentes o chance a través del mecanismo sistematizado en línea y tiempo real en detrimento del manual

35. Considera el actor que el Gobierno Nacional desbordó sus competencias y atribuciones reglamentarias cuando dispuso que dentro del término de 4 años los concesionarios debían implementar, en forma progresiva y definitiva, el mecanismo de explotación sistematizada de las operaciones de colocación de apuestas permanentes o chance obligándolos, de una parte a cumplir con los porcentajes mínimos de operación en línea y tiempo real, y por otra, restringiendo el uso de la explotación manual de esta modalidad de juego prevista en los artículos 21 y 26 de la Ley 643.

36. En su defensa el Gobierno Nacional sostiene que dadas las dificultades que el chance manual presenta en su fiscalización y vigilancia, de las dos alternativas existentes, la manual y la sistematizada, *“el legislador quiso dejar la sistematizada”* (fl. 96); debido a los múltiples problemas que la manual ocasiona en cuanto al no pago de los premios, pérdida de boletos, etc.; y que si el legislador incluyó al chance manual fue simplemente para evitar *“un traumatismo a las operaciones”* (fl. 96).

37. El Ministerio Público a su vez afirmó que el ejecutivo no se extralimitó en la potestad reglamentaria trayendo dos argumentos: i) por cuanto a él le corresponde reglamentar no sólo los planes de premios, sino además, las condiciones y porcentajes en que deben realizarse las operaciones denominadas en línea y en tiempo real; y ii) porque con dichos porcentajes, se ha dejado un margen, que considera razonable, para operar manualmente *“buscando sin lugar a dudas la seguridad del apostador, manteniendo la confianza en el sistema de apuestas, y evitando el no pago de los premios, cuando tales razones no sólo son conocidas sino evitables”* (fl. 174), razón por la cual solicita a esta Sala *“despachar desfavorablemente las pretensiones de la demanda”*.

38. El primer asunto a considerar por esta Sala es que en efecto los artículos 21 y 26 otorgan igual tratamiento a los modos de explotación manual o sistematizado; los cuales son tratados sin distinción cuando se definen las apuestas permanentes (art. 21); y luego, cuando se determina el mecanismo de registro de esta particular apuesta (art. 26):

ARTÍCULO 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 (negritas y subrayas fuera de texto).

ARTÍCULO 26. REGISTRO DE APUESTAS. Los empresarios de las apuestas permanentes, deberán llevar un registro diario manual o magnético, debidamente foliado para el asiento contable de las apuestas, cuyos valores estarán en concordancia con los anotados en los formularios o registros del sistema. El diario deberá mantenerse actualizado y disponible en forma permanente para el caso de requerimiento por las entidades de fiscalización, control y vigilancia (negritas fuera de texto).

39. Como puede observarse, la claridad con la que los artículos transcritos plantean la doble opción, equitativa y sin limitaciones, de la explotación de las apuestas permanentes en forma manual o sistematiza, ha dejado expresa y nítida la voluntad del legislador en el sentido de que ambos métodos sean implementados sin restricciones.

40. De hecho, tampoco de los debates que tuvieron lugar en el Congreso de la República en el proceso de discusión y aprobación del proyecto de ley 214/2000 Senado y 35/1999 Cámara “por el cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar” y que culminaría con la aprobación de la Ley 643 de iniciativa del Ministro de la Protección Social, se hizo mención alguna a la intención de suprimir las apuestas permanentes manuales; por el contrario, en la ponencia para segundo debate del proyecto se adujo que las apuestas permanentes o chance provenían de la informalidad y que con una adecuada reglamentación sobre el número de cifras y el límite de la apuesta se podría llegar a inyectar ingentes recursos al sector de la salud. En palabras del ponente:

Apuestas Permanentes. Este juego denominado popularmente Chance, está regulado por los Decretos 1222 de 1986, 824 de 1997 y 1096 del mismo año. Acorde con las estadísticas es el juego de suerte y azar que presenta más rápido crecimiento. Los derechos de explotación están tasados en 8.5%. La reglamentación actual lo define únicamente como un juego hasta de tres cifras y le señala un límite legal de apuesta que varía según los departamentos. El promedio legal de apuesta es \$750 pesos. El juego es administrado por los departamentos, el Distrito Capital y Manizales, quienes definen mediante concesión, el número de distribuidores y el tiempo de duración de las mismas. No están

gravados con impuestos territoriales. Este juego se ha venido incorporando desde la informalidad y depende de la sabiduría del legislador fortalecer este proceso y adecuar el juego a la realidad, donde el chance de 4 cifras y la apuesta superior al límite constituyen el hecho cotidiano, manifiesto en un reconocido nivel de evasión y de elusión tributaria que reglamentado adecuadamente permitiría duplicar los aportes al sector salud provenientes de este juego, fortaleciendo así los ingresos departamentales¹³ (subrayas fuera de texto).

41. Así las cosas, la nitidez de la norma no permite, ni de sus antecedentes ni de su letra, deducir una voluntad encubierta o tácita por parte del Legislador orientada a restringir o darle preferencia a una de las técnicas de explotación de las apuestas permanentes o chance en detrimento o beneficio de la otra, tal como lo pretendió la demandada en su defensa de la norma impugnada.

42. Como colofón de lo anterior, si bien el legislador pudo tener una intención tácita de restringir la explotación manual del chance, como se deriva de las argumentaciones ofrecidas por el Gobierno Nacional, independientemente de la existencia o no de dicha aspiración, lo cierto es que aunque hubiese sido así, tal opción no quedó plasmada en la ley. En vez de ello, la certeza impregnada en la norma no permite a esta instancia concluir nada distinto de lo que de su literalidad emana.

43. Como quiera que la labor de la administración se ve mermada cuando para la aplicación de la ley basta con observar la voluntad del legislador para su efectivo cumplimiento, justamente esta Sala ha estimado que la precisión y certeza con las que el legislador diseña la norma opera como un límite a la actuación de la administración en el ejercicio de la potestad reglamentaria, ello de conformidad al criterio de necesidad del reglamento:

¹³ Adicionalmente en la redacción del proyecto de ley sometido a discusión se consignó desde sus comienzos en el artículo 26 que el registro de las apuestas podía realizarse en forma manual o sistematizada, con la siguiente redacción: *"El artículo 26 quedará así: Artículo 26. Registro de apuestas. Los empresarios de las apuestas permanentes, deberán llevar un registro diario manual o magnético, debidamente foliado para el asiento contable de las apuestas, cuyos valores estarán en concordancia con los anotados en los formularios o registros del sistema. El diario deberá mantenerse actualizado y disponible en forma permanente para el caso de requerimiento por las entidades de fiscalización, control y vigilancia."* (Subrayas fuera de texto). Ver Gaceta del Congreso 371, 14/09/2000, ponencia para el segundo debate al proyecto de ley 214 de 2000 Senado, sobre juegos de azar. De igual modo el artículo 21 aprobado en plenaria del Senado también incluía la definición de apuestas permanentes o chance, así: *"Artículo 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"* (subrayas fuera de texto). Gaceta del Congreso 449, 15/11/2000.

La necesidad de reglamento se desprende de la ley que le sirve de soporte, pues solo tendrá lugar el ejercicio de la potestad cuando la norma emanada del poder legislativo sea genérica, imprecisa, oscura y ello obligue a su mayor desarrollo y precisión. Si la ley es en demasía clara o, como ya se tuvo ocasión de mencionar, agota el objeto o materia regulado, la intervención del Ejecutivo no encuentra razón de ser puesto que las posibilidades se reducen a la repetición de lo dispuesto en la norma reglamentaria (lo cual resulta inoficioso), la exigencia de requisitos adicionales o la supresión de condicionamientos exigidos en la ley (lo cual supone una extralimitación en la competencia); en estos dos últimos supuestos, se presentaría una ampliación o restricción de las disposiciones que emanan del legislador a través de una competencia de carácter instrumental, lo cual en un Estado sustentado en un principio de jerarquía normativa es impensable¹⁴.

44. Por tanto, la exigencia de requisitos adicionales o la supresión de condicionamientos exigidos en la ley configuran una extralimitación competencial del Gobierno Nacional en el ejercicio de la potestad reglamentaria. Lo anterior conlleva a que si el gobierno nacional considera que la orientación que deben tener las apuestas permanentes, con el fin de dotarlas de mayor transparencia, es la progresiva eliminación de la apuesta manual, entonces, en aplicación de su iniciativa legislativa y en respeto a la reserva de ley, debe proponer una reforma a la ley 643 como en su momento lo hizo con la Ley 1393 de 2010.

45. No obstante, en el caso concreto el Ministerio Público consideró que no hubo tal extralimitación puesto que en su concepto al Gobierno Nacional le fue legalmente entregada la facultad para determinar las condiciones y porcentajes en que deben realizarse las operaciones denominadas en línea y en tiempo real, inferencia que tampoco es de recibo para esta Sala por cuanto expresamente la Ley 643 en sus artículos 21 y 26 facultó al Gobierno para regular específicamente dos aspectos: i) predefinir y autorizar el plan de premios y ii) establecer los demás requisitos contractuales, además del patrimonio técnico mínimo y las garantías, que deben cumplir los operadores privados de las apuestas permanentes.

46. Como puede verse, aunque el artículo 26 podría interpretarse como una cláusula abierta de autorización para que el gobierno nacional imponga más condicionamientos contractuales, lo cierto es que según lo ya expresado en esta providencia, la potestad reglamentaria debe apenas entenderse como un

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 30 de Marzo de 2011, Rad. 110010326000200700028 00 (33963), actor: Antonio Barrera Carbonell, Demandado: Nación - Ministerio De Protección Social. C.P. Enrique Gil Botero.

complemento a lo ya establecido por el legislador en aquellos apartes en que conviene la reglamentación para dotar de mayor eficacia a la norma, y en ningún caso como una facultad derogatoria o sustitutoria que sin duda desborda el ámbito de actuación competencial del ejecutivo. En la que además no cabe, so riesgo de incurrir en una extralimitación, como efectivamente estima la Sala que ocurrió en este caso, la facultad para restringir o tornar nugatoria la autorización legal de explotación de una modalidad de operación del juego, cuando con ello además se compromete el derecho fundamental a la igualdad al promover un trato desigual no justificado por el legislador.

47. Así las cosas, esta Sala estima que el Gobierno Nacional modificó la Ley 643 de 2001 en sus artículos 21 y 26 al pretender prohibir en forma escalonada las apuestas permanentes manuales mediante el artículo 1º del Decreto Reglamentario 3535 de 2005, modificado por el también art. 1º del Decreto Reglamentario 4643 de 2005, y con ello incurrió en extralimitación en el ejercicio de la potestad reglamentaria (art. 189-11 superior) por lo cual procede el primer cargo de la demanda, lo que excluye la pertinencia de pronunciarse sobre los demás y por tanto, declarará nulo el artículo impugnado.

VII. Conclusiones

48. A juicio de la Sala, las anteriores consideraciones conducen a concluir que se acreditó en el plenario la ilegalidad aducida en la demanda respecto del el artículo 1º del Decreto Reglamentario 3535 de 2005, subrogado por el también art. 1º del Decreto Reglamentario 4643 de 200, ambos expedidos por el Gobierno Nacional, por vulneración de la Ley 643 de 2001, por lo que se declarará nulo.

49. En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad del artículo 1º del Decreto Reglamentario 3535 de 2005, modificado por el también art. 1º del Decreto Reglamentario 4643 de 2005, expedidos por el Gobierno Nacional.

SEGUNDO: Sin costas.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DANILO ROJAS BETANCOURTH STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

RAMIRO PAZOS GUERRERO

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR RAMIRO PAZOS GUERRERO

REGIMEN DEL JUEGO DE APUESTAS PERMANENTES O CHANCE - No existe reserva de ley otorgada al legislador en material de regulación de monopolios / LEY 643 DE 2001 - Perfectamente posible, vía reglamento, regular el artículo 2 de la norma / RESERVA DE LEY EN REGULACION DE LOS MONOPOLIOS - No es total. Reiteración jurisprudencial constitucional / REGIMEN DEL JUEGO DE APUESTAS PERMANENTES O CHANCE - No hubo extralimitación en la potestad reglamentaria

Mi disentimiento con la providencia versa tanto sobre el entendimiento que se tiene acerca del alcance de la potestad reglamentaria en esta materia, como la consecuencia que del mismo se deriva al declarar la nulidad impetrada, bajo argumentos que resultan contrarios a los alcances de que las normas reglamentadas dio en su fallo de exequibilidad la Corte Constitucional. El inciso segundo del artículo 2º de la Ley 643, objeto de reglamentación por parte de la norma acusada, señala que 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. De modo que no puede estimarse, como parece hacerlo la mayoría, que haya una suerte de reserva total del legislador en materia de regulación de monopolios. Con esta perspectiva, el gobierno nacional en la norma acusada reglamentó no sólo los planes de premios, sino que igualmente se ocupó de señalar las condiciones y porcentajes en que deben realizarse las operaciones denominadas en línea y en tiempo real. De modo que con apoyo en la norma legal era perfectamente posible vía reglamento entrar a regular esa materia. Pero, además, el margen que dejó el reglamento es razonable para que el sistema de operación manual siga operando, pero garantizando al mismo tiempo la seguridad de los apostadores, lo que redundaría en la confiabilidad del sistema mismo. (...) contrario a lo que se expone en el fallo del que disiento, la Corte dejó en claro que conforme a su reiterada jurisprudencia la reserva de ley en la regulación de los monopolios no es total, de modo que las autoridades administrativas (entre ellas por supuesto el gobierno nacional) pueden ocuparse vía reglamento de ciertas materias relacionadas con el asunto. (...) a mi juicio el Gobierno estaba habilitado para definir, en el marco de la potestad reglamentaria, algunos elementos puntuales, técnicos y cambiantes del régimen. Dentro de los cuales sin lugar a dudas se encontraba lo atinente a la fijación (por demás gradual) de los porcentajes mínimos de operaciones en línea y en tiempo real constituye justamente uno de esos elementos puntuales, técnicos y cambiantes del régimen. (...) el entendimiento de la mayoría se edificó en una

inexistente reserva legal absoluta en materia de regulación de monopolios, que terminó haciendo nugatoria la potestad reglamentaria tan necesaria en eventos como éste para la cumplida ejecución de las leyes, en lo que ellas no previeron ni debieron hacerlo.

FUENTE FORMAL: LEY 643 DE 2001 - ARTICULO 2

NORMA DEMANDADA: DECRETO REGLAMENTARIO 3535 DE 2005 (6 de octubre) PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA - ARTICULO 1 (Anulado) MODIFICADO POR EL DECRETO REGLAMENTARIO 4643 DE 2005 (19 de diciembre) PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA - ARTICULO 1

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá D.C., 29 de agosto de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-26-000-2005-00076-00(32293)

Actor: SILVIO SAUL SUAREZ SANDOVAL

Demandado: GOBIERNO NACIONAL

Referencia: ACCION DE NULIDAD

SALVAMENTO DE VOTO

1. Si bien en forma inexacta en la antefirma aparece la anotación de “aclaración de voto”, en realidad se trata de un “salvamento de voto” a la decisión mayoritaria, adoptada en la sentencia de 29 de agosto de 2013, por la cual se declaró la nulidad del artículo 1º del Decreto Reglamentario 3535 de 2005, modificado por el también art. 1º del Decreto Reglamentario 4643 de 2005, expedidos por el Gobierno Nacional.

2. La providencia, después de hacer un estudio sobre la definición y alcance de la potestad reglamentaria y en particular del alcance de esta en relación con los monopolios de los juegos de azar, concluye que no le es dable al gobierno

nacional entrar a regular aspectos cardinales de la legislación de los juegos de azar, sino apenas limitarse a hacer efectiva dicha legislación en asuntos técnicos, sin llegar a modificar o alterar el régimen legal a la cual se encuentra sujeto.

Con base en este planeamiento -al estudiar el caso concreto (fls. 20 a 26)- la mayoría concluyó que no fue voluntad del legislador “restringir o darle preferencia a una de las técnicas de explotación de las apuestas permanentes o chance en detrimento o beneficio de la otra”.

3. Mi disentimiento con la providencia versa tanto sobre el entendimiento que se tiene acerca del alcance de la potestad reglamentaria en esta materia, como la consecuencia que del mismo se deriva al declarar la nulidad impetrada, bajo argumentos que resultan contrarios a los alcances de que las normas reglamentadas dio en su fallo de exequibilidad la Corte Constitucional.

4. El inciso segundo del artículo 2º de la Ley 643, objeto de reglamentación por parte de la norma acusada, señala que 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. De modo que no puede estimarse, como parece hacerlo la mayoría, que haya una suerte de reserva total del legislador en materia de regulación de monopolios. Con esta perspectiva, el gobierno nacional en la norma acusada reglamentó no sólo los planes de premios, sino que igualmente se ocupó de señalar las condiciones y porcentajes en que deben realizarse las operaciones denominadas en línea y en tiempo real.

5. De modo que con apoyo en la norma legal era perfectamente posible vía reglamento entrar a regular esa materia. Pero, además, el margen que dejó el reglamento es razonable para que el sistema de operación manual siga operando, pero garantizando al mismo tiempo la seguridad de los apostadores, lo que redundaría en la confiabilidad del sistema mismo. Así las cosas, contrario a lo aseverado en la providencia que me separo, no se destruye o aniquila la modalidad manual sino que tan sólo mediante una decisión gradual cuya razonabilidad no fue cuestionada en cinco años permitía que al menos el 90% de las operaciones de colocación de apuestas permanentes se hiciera por el otro mecanismo previsto por el legislador.

6. Por lo demás, esta interpretación que dota de efecto útil a la potestad normación a cargo del gobierno resulta consistente con el criterio sentado por la Corte Constitucional en la sentencia C 1191 de 2001 que se ocupó de la constitucionalidad de la norma reglamentada. Según el Tribunal Constitucional la potestad reglamentaria en estos casos es para definir algunos elementos puntuales, técnicos y cambiantes del régimen.

De ahí que, contrario a lo que se expone en el fallo del que disiento, la Corte dejó en claro que conforme a su reiterada jurisprudencia la reserva de ley en la regulación de los monopolios no es total, de modo que las autoridades administrativas (entre ellas por supuesto el gobierno nacional) pueden ocuparse vía reglamento de ciertas materias relacionadas con el asunto.

O lo que es igual, al legislador sólo atañe "fijar" el régimen propio de la organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos, de suerte que la ley no tiene por qué -como parece deducirlo la mayoría- agotar todo el contenido de la regulación, toda vez que al legislador sólo le compete fijar el régimen.

Por ello a mi juicio el Gobierno estaba habilitado para definir, en el marco de la potestad reglamentaria, algunos elementos puntuales, técnicos y cambiantes del régimen. Dentro de los cuales sin lugar a dudas se encontraba lo atinente a la fijación (por demás gradual) de los porcentajes mínimos de operaciones en línea y en tiempo real constituye justamente uno de esos elementos puntuales, técnicos y cambiantes del régimen. Por su claridad me permito transcribir los razonamientos de dicha Corporación:

Sin embargo, esta Corte también ha destacado que la reserva de ley de la regulación de los monopolios no es total, y por ello no excluye que existan materias cuya regulación pueda ser atribuida a las autoridades administrativas del orden nacional o territorial.

(...) La Corte reitera los anteriores criterios, según los cuáles la reserva legal sobre el establecimiento de los monopolios rentísticos y la fijación de su régimen propio no impide que algunos aspectos de la regulación de esas actividades, que no fueron desarrollados ni tuvieron reserva de ley, puedan entonces ser reglamentadas por la autoridad administrativa. Y es que, insiste la Corte, a la ley corresponde obligatoriamente 'fijar' el

régimen propio al que están sometidos 'la organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos'. Pero eso no significa que la ley deba necesariamente agotar todo el contenido de esta regulación, pues a ella corresponde únicamente 'fijar' ese régimen, esto es, delimitar y estabilizar su alcance, estableciendo los elementos normativos básicos que definen la organización, administración, control y explotación de estas actividades. En tal contexto, la ley simplemente reafirma la posibilidad que tiene el Gobierno para definir, en virtud de la potestad reglamentaria, algunos elementos puntuales, técnicos y cambiantes del régimen. Esa expresa intención no es inconstitucional, pues por tratarse de una ley de naturaleza ordinaria, el legislador simplemente reconoce las atribuciones constitucionales del Gobierno.

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

Conforme a lo anterior, es posible que algunos elementos puntuales de la reglamentación, asignados al Gobierno en la Ley 643 de 2001, puedan tener reserva legal por referirse, por ejemplo, a la fijación del régimen propio de este monopolio rentístico. En esos casos, los apartes de la ley serían inexecutable. Sin embargo, el actor en ningún momento concreta su acusación de por qué una atribución específica contenida en un artículo determinado vulnera la reserva legal, ya que todo su argumento está construido sobre la idea de que la ley no podía conferir al reglamento la posibilidad de regular ningún aspecto de los monopolios rentísticos, tesis que ha resultado equivocada. En tal contexto, como el demandante no precisa por qué las distintas menciones efectuadas por la Ley 643 de 2001 a la reglamentación gubernamental vulneran la reserva legal, no es deber de esta Corte examinar concretamente cada uno de esos apartes, pues frente a ellos no existe realmente cargo constitucional. (...)

En consecuencia, la Corte declarará que las disposiciones acusadas no vulneran la Carta, en la medida en que no es cierto que la ley no pueda asignar competencias al Gobierno para la reglamentación de ciertos aspectos del régimen de este monopolio rentístico, algunos de los cuales se derivan de la propia naturaleza de la ley. Esta decisión obviamente no excluye que alguna de las facultades contenidas en esos artículos pueda ser posteriormente demandada por desconocer específicamente la reserva legal, o por vulnerar otros principios o reglas constitucionales

No obstante que la disposición legal permite la reglamentación tal y como quedó consignada en la norma acusada y que el alcance que de ella hizo la Corte también no sólo permiten sino que exigen una reglamentación como la acusada, la mayoría entendió que se violentó una reserva legal inexistente y al hacerlo

cercenó el amplio poder reglamentario que asuntos como estos en los que están en juego no sólo la confiabilidad del sistema, sino también los recursos destinados preferentemente a los servicios de salud y educación (336 constitucional).

Como se observa, el entendimiento de la mayoría se edificó en una inexistente reserva legal absoluta en materia de regulación de monopolios, que terminó haciendo nugatoria la potestad reglamentaria tan necesaria en eventos como éste para la cumplida ejecución de las leyes, en lo que ellas no previeron ni debieron hacerlo.

En los términos que anteceden y con el mayor respeto por la decisión de la mayoría, dejo presentado mi salvamento de voto.

Fecha *ut supra*,

RAMIRO PAZOS GUERRERO