

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION PRIMERA

Bogotá, D.C., cuatro (4) de junio de dos mil nueve (2009).

CONSEJERO PONENTE: DOCTOR MARCO ANTONIO VELILLA MORENO.

REF: Expedientes acumulados núms. 2003-00437 y 2003-00539.

Acción: Nulidad.

Actores: LUIS GILBERTO ORTEGÓN ORTEGÓN Y GILMA CAMPUZANO BOTERO.

Los ciudadanos **LUIS GILBERTO ORTEGÓN ORTEGÓN y GILMA CAMPUZANO BOTERO**, obrando en nombres propios, a través de demandas separadas que posteriormente fueron acumuladas para ser decididas en una misma sentencia, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentaron demanda ante esta Corporación, tendiente a obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución núm. 1074 de 16 de septiembre de 2003 "Por la cual se fija el trámite y los requisitos técnicos operativos para la autorización y concesión de la operación por intermedio de terceros de juegos de suerte

REF: Expedientes acumulados núms. 2003-00437 y 2003-539. ACTORES: LUIS GILBERTO ORTEGÓN ORTEGÓN Y GILMA CAMPUZANO BOTERO.

y azar en la modalidad de localizados y se delegan unas funciones", expedida por la Presidenta de la Empresa Territorial para la Salud ETESA.

I-. FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.1.- En la demanda radicada bajo el número 2003-00437 se demandó como pretensión principal la totalidad de la Resolución 1074 de 16 de septiembre de 2003 y subsidiariamente los artículos 9° a 11 de la misma.

Adujo el actor que el acto acusado viola los artículos 2°, 13, 84, 115, 189, numeral 11, 211, 333 y 336 de la Constitución Política; 33 de la Ley 643 de 2001 y 11 de la Ley 489 de 1998.

En esencia, precisó el concepto del alcance de la violación, así:

Que las normas citadas muestran cómo se integra el Gobierno Nacional, quién es el titular de la potestad reglamentaria, a quién se le otorgó mediante ley la reglamentación de los juegos localizados y qué funciones por mandato constitucional y legal no son susceptibles de delegar.

REF: Expedientes acumulados núms. 2003-00437 y 2003-539. ACTORES: LUIS GILBERTO ORTEGÓN ORTEGÓN Y GILMA CAMPUZANO BOTERO.

En su criterio, la competencia para hacer las regulaciones a que se contrae el acto acusado corresponden al Gobierno Nacional y el fundamento de aquél, esto es, el Decreto 2483 de 2003, que alude a "las demás obligaciones señaladas en el reglamento de la Empresa Territorial para la Salud ETESA, para la adecuada ejecución del objeto contractual", implica entender que el Gobierno delegó en ETESA un asunto de su resorte sin autorización para ello.

Particularmente, en lo que atañe al artículo 9° de la Resolución acusada, estima que viola los artículos 13 y 333 de la Constitución Política y 33 de la Ley 643 de 2001, al establecer como mínimo 80 máquinas tragamonedas en la operación de juegos localizados, pues ello constituye una limitación abierta al ejercicio de la actividad económica y el libre ejercicio de la iniciativa privada de los pequeños operadores de juegos; además de que la medida adoptada permite la consolidación de grandes monopolios, ya que no todos los explotadores pueden cumplir con ese mínimo.

Alega que el artículo 10°, que establece un mínimo de cinco máquinas tragamonedas para operar en cada

REF: Expedientes acumulados núms. 2003-00437 y 2003-539. ACTORES: LUIS GILBERTO ORTEGÓN ORTEGÓN Y GILMA CAMPUZANO BOTERO.

establecimiento o local de juego, además de la falta de competencia para su regulación, vulnera el artículo 333 de la Carta Política, pues limita el ejercicio de la actividad económica y la iniciativa privada, pues muchos tenderos pequeños complementan sus ingresos con el producto de la utilidad que le generan los juegos.

Y, en lo que respecta al artículo 11, relativo al capital y estados financieros del concesionario, considera que viola los artículos 84 y 333 de la Constitución Política, porque la Ley 643 de 2003, reglamentó de manera general la explotación de juegos localizados y el Decreto 2483 de 2003, reglamentó dicha Ley, por lo que aquél va más allá de lo señalado en la Ley y el Reglamento.

I.2.- En la demanda radicada bajo el número 2003-00539 se demandó parcialmente el artículo 9º de la Resolución 1074 de 16 de septiembre de 2003.

Adujo la actora que la expresión **"...Los concesionarios de juegos localizados operarán un mínimo de 80 máquinas tragamonedas..."** viola los artículos 1º, 13, 25, 333, 336 de la Constitución Política; y el Decreto 2483 de 2003, por cuanto ETESA está beneficiando a los grandes casinos

REF: Expedientes acumulados núms. 2003-00437 y 2003-539. ACTORES: LUIS GILBERTO ORTEGÓN ORTEGÓN Y GILMA CAMPUZANO BOTERO.

de manera descarada y no da un tratamiento igualitario a los empresarios de locales que quieren hacer empresa en sus terruños municipales y no se hace prevalecer el bien común.

II-. TRAMITE DE LA ACCIÓN

A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión, fijación en lista, probatoria y alegaciones.

II.1-. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

II.1.1.-La **EMPRESA TERRITORIAL PARA LA SALUD- ETESA-** a través de apoderado contestó la demanda y para oponerse a la prosperidad de sus pretensiones argumentó, en síntesis, lo siguiente:

Que el Gobierno Nacional ejerció su facultad reglamentaria mediante el Decreto 2483 de 2003, para regular aspectos generales de la modalidad de juegos denominada "JUEGOS LOCALIZADOS", pero no resulta procedente pretender que con esa misma facultad reglamentaria se regulen condiciones de operación por parte de terceros, cuando la misma Ley

REF: Expedientes acumulados núms. 2003-00437 y 2003-539. ACTORES: LUIS GILBERTO ORTEGÓN ORTEGÓN Y GILMA CAMPUZANO BOTERO.

643 de 2001 desde su artículo 1º radicó esa facultad en las entidades que administran el monopolio, en este caso, ETESA.

Alude a que lo regulado en la Resolución acusado es una facultad legítima, que proviene de un aspecto propio del monopolio que se reafirmó en el artículo 1º de la Ley 643 de 2001 y se corroboró en el numeral 12 del Decreto Reglamentario 2483 de 2003.

Resalta que, además, la autorización de un juego en la modalidad de localizado requiere de la ulterior firma de un contrato de concesión (artículo 7º de la Ley 643 de 2001), desarrollado en el Decreto 2483 de 2003.

Que no se trata de una delegación efectuada indebidamente pues la actividad de los juegos de suerte y azar se regula por una ley de régimen propio y tiene un fin exclusivo que es financiar un sector vulnerable del país, de ahí que atribuir facultades a las entidades que administran el monopolio para imponer condiciones para que los terceros operen juegos de suerte y azar, no puede en modo alguno considerarse como una delegación, sino como un lógico

REF: Expedientes acumulados núms. 2003-00437 y 2003-539. ACTORES: LUIS GILBERTO ORTEGÓN ORTEGÓN Y GILMA CAMPUZANO BOTERO.

desarrollo de una norma constitucional de carácter especial (artículo 336).

Explica que la medida de exigir un número mínimo de 80 máquinas se debe a que un número inferior no permite realizar una supervisión acorde con la importancia y relevancia que hoy en día tienen los contratos de concesión; da mayor seriedad y credibilidad al juego; amén de que se tuvieron principios que regulan la explotación, organización, administración, operación, fiscalización y control de juegos de suerte y azar.

Enfatiza en que el número de cinco máquinas por establecimiento también permite un control permanente a los operadores de juegos de suerte y azar, en los pagos que deben realizar y en el comportamiento en sus sitios de actividad.

III-. ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público, en su vista de fondo se mostró partidario de que se acceda a las pretensiones de la demanda porque, en su opinión, del texto de los artículos 1º, 32, 33 y 39 de la Ley 643 de

REF: Expedientes acumulados núms. 2003-00437 y 2003-539. ACTORES: LUIS GILBERTO ORTEGÓN ORTEGÓN Y GILMA CAMPUZANO BOTERO.

2001, la explotación, organización y administración de todas las modalidades de juegos de suerte y azar están sujetas únicamente a lo establecido en dicha Ley y a la reglamentación expedida por el Gobierno Nacional.

Enfatiza en que en ninguno de los artículos de la Ley 643 de 2001 ni en las normas del Decreto 2483 de 2003, ni en los mismos estatutos de ETESA se faculta a esta entidad para regular y establecer límites y requisitos a la explotación de los juegos de suerte y azar localizados.

IV-. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Conforme se deduce del resumen de los cargos de las demandas objeto de acumulación, básicamente son dos las censuras que se le plantean a la Resolución acusada: la falta de competencia de ETESA, particularmente, en lo que concierne a lo dispuesto en los artículos 9°, 10° y 11, en cuanto dichas regulaciones son del resorte del Gobierno Nacional; y la desviación de poder porque ETESA está beneficiando a los grandes casinos de manera descarada y no da un tratamiento igualitario a los empresarios de locales que quieren hacer empresa en sus terruños municipales.

REF: Expedientes acumulados núms. 2003-00437 y 2003-539. ACTORES: LUIS GILBERTO ORTEGÓN ORTEGÓN Y GILMA CAMPUZANO BOTERO.

Las normas acusadas, establecen:

"ARTICULO NOVENO. CONCESION MINIMA DE INSTRUMENTOS DE JUEGO: Los concesionarios de juegos localizados operarán un mínimo de ochenta (80) máquinas tragamonedas; si su operación incluye otros juegos como bingo, instrumentos de casino, etc., el mínimo será el equivalente en salarios mínimos al de ochenta máquinas tragamonedas, incluyendo dentro de la sumatoria los derechos de explotación que generen los demás juegos autorizados; en cuanto al mínimo para operar juegos de Bingo, será el que para el efecto señala el artículo 34 de la Ley 643 de 2001; en materia de juegos de casino y otros diferentes, contemplados en los numerales 2 y 3 del artículo 34 de la Ley de régimen propio la operación se permitirá a partir de la unidad".

"ARTICULO DECIMO. MINIMO DE MAQUINAS TRAGAMONEDAS POR ESTABLECIMIENTO. Cada establecimiento y/o local de juego, entendiéndose por este el sitio donde se juega, sea este destinado exclusivamente al juego o cuya explotación se encuentre compartida con otra actividad comercial, podrá operar con un mínimo de cinco máquinas tragamonedas".

"ARTICULO DECIMO PRIMERO. CAPITAL Y ESTADOS FINANCIEROS DEL CONCESIONARIO: Los interesados en explotar el monopolio en la modalidad de juegos localizados, deberán acreditar las siguientes calidades y condiciones:

1. Capital: El capital de la persona jurídica será superior al 30% del valor del contrato de concesión.
2. Activos: Los activos de la persona jurídica serán superiores al 30% del capital social.

PARAGRAFO: Las anteriores calidades serán acreditadas por el peticionario dentro de los anexos de su solicitud, con los documentos probatorios pertinentes.

REF: Expedientes acumulados núms. 2003-00437 y 2003-539. ACTORES: LUIS GILBERTO ORTEGÓN ORTEGÓN Y GILMA CAMPUZANO BOTERO.

En lo que toca con la falta de competencia, estima la Sala que es oportuno traer a colación apartes de la sentencia de 25 de abril de 2002, con ponencia del Magistrado doctor Manuel S. Urueta Ayola, proferida dentro del expediente 2000-6446, pues esta Corporación tuvo oportunidad en numerosos pronunciamientos, de abordar el tema referente al alcance de las facultades de ECOSALUD, entidad ésta que fue reemplazada por ETESA. De ahí que resulten pertinentes y aplicables en este caso las consideraciones que se han hecho al respecto.

Sobre el particular, se dijo en la precitada sentencia:

"...Se tiene que **ECOSALUD S.A.**, hoy **ETESA S.A.**, es una sociedad entre entidades públicas del orden nacional, de la forma de las anónimas, sometida en lo pertinente, al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado, según el artículo 2º del Decreto 271 de 25 de enero de 1991, por el cual se aprobaron sus estatutos, cuya creación fue autorizada por el artículo 42 de la Ley 10 de 1990. Su objeto social es *"la administración y explotación del monopolio rentístico creado por el artículo 42 de la Ley 10 de 1990."*

"...El precitado artículo 42 establece dicho monopolio rentístico así: *"Declárase como arbitrio rentístico de la Nación, la explotación monopólica, en beneficio del sector salud, de todas las modalidades de juegos de suerte y azar, diferentes de las loterías y apuestas permanentes existentes"*.

REF: Expedientes acumulados núms. 2003-00437 y 2003-539. ACTORES: LUIS GILBERTO ORTEGÓN ORTEGÓN Y GILMA CAMPUZANO BOTERO.

"...El alcance de esta disposición y, por tanto, la cobertura del monopolio, ha sido establecido por esta Corporación en el sentido de señalar que *"al haberse declarado por el artículo 42 de la Ley 10 de 1990 como arbitrio rentístico de la Nación la explotación de "... todas las modalidades de juegos de suerte de azar ..."* y al haberse confiado su administración y explotación a una sociedad de capital público, hoy denominada ECOSALUD S.A., necesariamente debe entenderse que toda clase de juego en que la ganancia o pérdida dependa de la casualidad y no de las capacidades de quienes en él intervienen, queda inmersa dentro de esa noción y, por lo mismo, se convierte en sujeto pasivo del monopolio..." (Sentencia de 13 de marzo de 1995, Expediente núm. 2906, Consejero Ponente doctor **Libardo Rodríguez Rodríguez**).

"...En relación con el alcance sustancial de la facultad reguladora dada a ECOSALUD, se tiene que ella forma parte de la administración del monopolio rentístico que le ha sido asignada en el artículo 43 de la precitada ley, y así lo establece el artículo segundo del Decreto núm. 2433 de 1991, al señalar:

"Corresponde a la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S.A. ECOSALUD S.A., en relación con la administración del monopolio rentístico constituido por la ley 10 de 1990:

"a. Fijar la política general de explotación de juegos de suerte y azar de que trata la ley 10 de 1990.

"b. Celebrar contratos con personas naturales o jurídicas para que exploten alguna modalidad de juego o apuesta de suerte y azar u otorgar a las mismas permiso para su explotación.

"c. Regular su operación" (subrayas de la Sala).

En igual sentido lo entendió la Sala en la sentencia de 13 de marzo de 1995, primeramente citada, al advertir que "a) Los artículos 1o. y 2o. (del

REF: Expedientes acumulados núms. 2003-00437 y 2003-539. ACTORES: LUIS GILBERTO ORTEGÓN ORTEGÓN Y GILMA CAMPUZANO BOTERO.

Acuerdo 04 invocado en la resolución), en los cuales se explican los conceptos de "juego" y de "apuesta", no son susceptibles de incurrir en violación de la indicada norma constitucional, pues, de acuerdo con el marco conceptual explicado, la expedición de dichas disposiciones debe entenderse como ejercicio de las funciones de administración y explotación del monopolio que el artículo 43 de la Ley 10 de 1990 entregó a ECOSALUD..."

La Ley 643 de 2001, en su artículo 39, dispuso:

"Empresa Industrial y Comercial del Estado. Créase la Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden nacional, denominada Empresa Territorial para la Salud, Etesa, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculada al Ministerio de Salud, cuyo objeto es la explotación como arbitrio rentístico de los juegos definidos por esta ley como novedosos, los que en la misma expresamente se le asignen y los demás cuya explotación no se atribuya a otra entidad. (Negrilla y subrayas fuera de texto).

La sede de sus negocios será la ciudad de Bogotá, D. C., pero podrá adelantar actividades en desarrollo de su objeto en todo el territorio nacional.

El capital de la empresa estará constituido totalmente con bienes y fondos públicos, los productos de ellos, los derechos, tasas o retribuciones que perciban por las funciones o servicios, sus rendimientos y las contribuciones de destinación especial en los casos autorizados por la Constitución.

El patrimonio de la Empresa Territorial para la Salud, Etesa estará integrado por los bienes actualmente de propiedad de Ecosalud S. A. Sociedad cuya liquidación se ordena en la presente ley, descontando el valor de las cuotas sociales de propiedad de las entidades socias.

REF: Expedientes acumulados núms. 2003-00437 y 2003-539. ACTORES: LUIS GILBERTO ORTEGÓN ORTEGÓN Y GILMA CAMPUZANO BOTERO.

La dirección y administración de la Empresa Territorial para la Salud, Etesa estará a cargo de una Junta Directiva y un presidente.

La Junta Directiva estará integrada por el Ministro de Salud quien la presidirá o el Viceministro de Salud como su delegado, cuatro (4) representantes de los alcaldes designados por la Federación Colombiana de Municipios y dos (2) representantes de los Gobernadores designados por la Conferencia Nacional de Gobernadores.

Los representantes de las entidades territoriales serán designados para períodos de dos (2) años contados a partir de su posesión y no podrán coincidir simultáneamente en la Junta Directiva, representantes que pertenezcan a la misma entidad territorial.

El presidente de la Empresa Territorial para la Salud será agente del Presidente de la República, de su libre nombramiento y remoción.

PARÁGRAFO. A partir de la vigencia de la presente ley se ordena la liquidación de Ecosalud S. A. para lo cual se tendrá como máximo un término de seis (6) meses. En la estructura de la nueva empresa y de acuerdo con las necesidades de la planta de personal serán vinculados los trabajadores de la actual Empresa Colombiana de Recursos para la Salud Ecosalud".

Los artículos 32 y 33 de la citada Ley, prevén:

"ARTÍCULO 32. Reglamentado por el Decreto Nacional 2483 de 2003. *Juegos localizados.* Son modalidades de juegos de suerte y azar que operan con equipos o elementos de juegos, en establecimientos de comercio, a los cuales asisten los jugadores como condición necesaria para poder apostar, tales como los bingos,

REF: Expedientes acumulados núms. 2003-00437 y 2003-539. ACTORES: LUIS GILBERTO ORTEGÓN ORTEGÓN Y GILMA CAMPUZANO BOTERO.

videobingos, esferódromos, máquinas tragamonedas, y los operados en casinos y similares. Son locales de juegos aquellos establecimientos en donde se combinan la operación de distintos tipos de juegos de los considerados por esta ley como localizados o aquellos establecimientos en donde se combina la operación de juegos localizados con otras actividades comerciales o de servicios.

La explotación de los juegos localizados corresponde a la Empresa Territorial para la Salud, ETESA. Los derechos serán de los municipios y el Distrito Capital y se distribuirán mensualmente durante los primeros diez (10) días de cada mes. (Subraya y negrilla fuera de texto).

Los recursos provenientes de juegos localizados en ciudades de menos de cien mil (100.000) habitantes se destinarán al municipio generador de los mismos y los generados en el resto de las ciudades se distribuirán el cincuenta por ciento (50%) acorde con la jurisdicción donde se generaron los derechos o regalías y el otro cincuenta por ciento (50%) acorde con los criterios de distribución de la participación de los ingresos corrientes de la Nación.

Los juegos localizados que a partir de la sanción de la presente ley pretendan autorización de la Empresa Territorial para la Salud, ETESA, deberán contar con concepto previo favorable del alcalde donde operará el juego".

"ARTÍCULO 33. Reglamentado por el Decreto Nacional 2483 de 2003. Modalidades de operación de los juegos localizados. El monopolio rentístico de los juegos localizados será operado por intermedio de terceros, previa autorización y suscripción de los contratos de concesión.

El Gobierno Nacional a través del reglamento preparará y aprobará un modelo de minuta contractual denominado "Contrato de Concesión

REF: Expedientes acumulados núms. 2003-00437 y 2003-539. ACTORES: LUIS GILBERTO ORTEGÓN ORTEGÓN Y GILMA CAMPUZANO BOTERO.

para la operación de juegos de suerte y azar localizados a través de terceros", aplicable a los contratos que se celebren entre la dependencia o entidad administradora de monopolio y el concesionario. Tal minuta contendrá el objeto y demás acuerdos esenciales que de conformidad con la presente ley, y las disposiciones sobre contratación estatal, sean aplicables al contrato de concesión".

Por su parte, el Decreto 2483 de 2 de septiembre de 2003, expedido por el Gobierno Nacional, citado como fundamento de la Resolución núm. 1074 acusada, establece:

ARTÍCULO 1o. AMBITO DE APLICACIÓN. Las disposiciones del presente decreto se aplicarán a la Empresa Territorial para la Salud, Etesa, y a las personas jurídicas que operen el monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar localizados.

ARTÍCULO 2o. REQUISITOS PARA LA OPERACIÓN. Podrán operar los juegos de suerte y azar localizados, las personas jurídicas que obtengan autorización de la Empresa Territorial para la Salud, Etesa, y suscriban el correspondiente contrato de concesión.

ARTÍCULO 3o. DE LA AUTORIZACIÓN. Para efectos de la autorización, señalada en el artículo 2o del presente decreto, se deberá acreditar ante la Empresa Territorial para la Salud, Etesa, el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Demostrar la tenencia legal de los equipos y elementos utilizados para la operación de los juegos.
2. Obtener el concepto previo favorable expedido por el alcalde del municipio o municipios donde pretenda ser operado el juego,

REF: Expedientes acumulados núms. 2003-00437 y 2003-539. ACTORES: LUIS GILBERTO ORTEGÓN ORTEGÓN Y GILMA CAMPUZANO BOTERO.

el cual se emitirá favorablemente siempre que la ubicación del juego que se va a operar sea en establecimientos de comercio ubicados en zonas aptas para el desarrollo de actividades comerciales, de conformidad con lo establecido por el Plan de Ordenamiento Territorial del respectivo municipio.

PARÁGRAFO 1o. Los contratos que se encuentren vigentes al momento de entrar a regir este decreto, no requerirán del concepto del respectivo alcalde para continuar operando. Una vez terminados, para la suscripción del nuevo contrato se deberá dar cumplimiento a todos los requisitos previstos en el presente artículo.

PARÁGRAFO 2o. En el acto de autorización se señalará la fecha límite para la suscripción del contrato. Cuando sin justa causa el autorizado no suscriba el respectivo contrato en dicho plazo, el acto de autorización perderá sus efectos. Hasta tanto no se suscriba el contrato de que trata el presente artículo, no podrá iniciarse la operación del juego.

ARTÍCULO 4o. DEL CONTRATO DE CONCESIÓN. Una vez en firme el acto administrativo de otorgamiento de la autorización para la operación a través de terceros de los juegos de suerte y azar localizados de que trata el presente decreto, se procederá a la suscripción del contrato de concesión, el cual se regirá en su orden, por lo dispuesto en las Leyes **643** de 2001 y **80** de 1993, en lo pertinente, en sus decretos reglamentarios y en las demás normas que las adicionen o modifiquen. El contrato de concesión contendrá como mínimo los siguientes términos y condiciones:

1. Objeto. **Autorizar la operación de los juegos de suerte y azar localizados** por parte del concesionario.
2. Duración del contrato. Este contrato tendrá una duración no inferior a tres (3) años, ni superior a cinco (5) años.

REF: Expedientes acumulados núms. 2003-00437 y 2003-539. ACTORES: LUIS GILBERTO ORTEGÓN ORTEGÓN Y GILMA CAMPUZANO BOTERO.

3. Reversión. No se entenderá pactada la cláusula de reversión, pero esta podrá incorporarse por acuerdo entre las partes.

4. **Descripción y ubicación de los instrumentos de juego.** Los instrumentos de juego objeto del contrato, deberán relacionarse e identificarse por su marca y número serial, cuando fuere del caso, o por cualquier otro dato que permita individualizarlos. Igualmente, deberá indicarse el establecimiento de comercio, la dirección y el municipio donde serán ubicados tales elementos.

La reubicación de los instrumentos de juego, dentro de los establecimientos de juego objeto del contrato, deberá ser previamente comunicada por el concesionario a la Empresa Territorial para la Salud, Etesa, dentro de los cinco primeros días de cada mes.

Cuando la reubicación se vaya a producir en establecimientos de comercio diferentes a los inicialmente señalados en el respectivo contrato de concesión, el operador deberá aportar a la Empresa Territorial para la Salud, Etesa, junto con la solicitud de autorización el concepto del alcalde de que trata el artículo 101 de la Ley 788 de 2002.

5. Valor del contrato y forma de pago. El valor del contrato será el resultante de aplicar las tarifas de ley, por concepto de derechos de explotación y de gastos de administración, durante el plazo de su ejecución.

El pago de las sumas correspondientes a derechos de explotación y gastos de administración, se hará dentro de los primeros diez (10) días de cada mes, previa la presentación de la respectiva declaración en los términos y condiciones señalados en la ley y en el presente decreto.

6. Principales obligaciones del concesionario:

REF: Expedientes acumulados núms. 2003-00437 y 2003-539. ACTORES: LUIS GILBERTO ORTEGÓN ORTEGÓN Y GILMA CAMPUZANO BOTERO.

1. Colaborar con la Empresa Territorial para la Salud, Etesa, para el óptimo cumplimiento del objeto contratado.
2. Cumplir con las disposiciones vigentes sobre los juegos de suerte y azar.
3. Permitir el ejercicio, por parte de la Empresa Territorial para la Salud, Etesa, de la Superintendencia Nacional de Salud o de las demás autoridades de vigilancia y control competentes de sus labores de fiscalización y vigilancia.
4. Velar por que la operación de los juegos esté exenta de fraudes, vicios o intervenciones tendientes a alterar la probabilidad de acertar, o de sustraerla del azar.
5. No realizar las prácticas prohibidas previstas en el artículo 40 de la Ley 643 de 2001.
6. Asumir los riesgos de éxito o fracaso de la operación.
7. Cancelar el valor del contrato en los términos y condiciones establecidos en este decreto.
8. Mantener en lugar visible en cada uno de los lugares en donde se operen las máquinas o instrumentos de juego, el acto administrativo de autorización del establecimiento, la descripción de la forma y uso del juego y estructura del plan de premios.
9. Abstenerse de trasladar los instrumentos de juego, dentro de los establecimientos de comercio a que se refiere el contrato, sin comunicarlo previamente a la Empresa Territorial para la Salud, Etesa, de conformidad con lo señalado en este decreto.
10. Abstenerse de trasladar los instrumentos de juego a establecimientos diferentes de aquellos a que se refiere el contrato, sin haber obtenido previamente autorización de la Empresa

REF: Expedientes acumulados núms. 2003-00437 y 2003-539. ACTORES: LUIS GILBERTO ORTEGÓN ORTEGÓN Y GILMA CAMPUZANO BOTERO.

Territorial para la Salud, Etesa, para cuyo efecto es necesario aportar el concepto previo y favorable del respectivo alcalde en relación con la nueva ubicación.

11. Pagar oportunamente los premios a los jugadores.

12. Las demás señaladas en el reglamento de la Empresa Territorial para la Salud, Etesa, para la adecuada ejecución del objeto contractual.

7. Obligaciones de Etesa:

1. Suministrar al Concesionario la información que requiera para el cumplimiento del objeto contractual.

2. Vigilar la adecuada ejecución del contrato, y

3. Las demás requeridas para la adecuada ejecución del objeto contractual.

8. Garantía de cumplimiento. El Concesionario deberá constituir a favor de la Empresa Territorial para la Salud, Etesa, por intermedio de una compañía de seguros o de un banco legalmente establecido en Colombia, una garantía única que ampare los siguientes riesgos:

a) De cumplimiento y pago de las sanciones que se le llegaren a imponer al concesionario;

b) De salarios y prestaciones sociales, y

c) Pago de premios. Tal garantía podrá prestarse por anualidades.

9. Cláusulas excepcionales. En estos contratos se incorporarán las cláusulas excepcionales de interpretación, modificación, terminación unilateral y caducidad.

10. Documentos del contrato. Harán parte del contrato: El acto de autorización, el concepto previo favorable del alcalde del respectivo

REF: Expedientes acumulados núms. 2003-00437 y 2003-539. ACTORES: LUIS GILBERTO ORTEGÓN ORTEGÓN Y GILMA CAMPUZANO BOTERO.

municipio donde va a ser operado el juego y los demás documentos que la Empresa Territorial para la Salud, Etesa, estime pertinentes, los cuales deberán ser relacionados.

ARTÍCULO 5o. DECLARACIÓN, LIQUIDACIÓN Y PAGO DE LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN, GASTOS DE ADMINISTRACIÓN E INTERESES MORATORIOS. Dentro de los primeros diez (10) días hábiles de cada mes, los operadores autorizados, con base en el formulario de declaración, liquidación y pago, deberán efectuar el pago de los derechos de explotación, gastos de administración e intereses moratorios, causados en el mes anterior, en los bancos y/o entidades financieras autorizadas por la Empresa Territorial para la Salud, Etesa.

Dentro del mismo término, presentarán ante la Empresa Territorial para la Salud, Etesa, debidamente diligenciado, el formulario de declaración, liquidación y pago, y el respectivo comprobante de consignación.

ARTÍCULO 6o. FORMULARIO PARA DECLARACIÓN, LIQUIDACIÓN Y PAGO DE LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN, GASTOS DE ADMINISTRACIÓN E INTERESES MORATORIOS. La Empresa Territorial para la Salud, Etesa, mantendrá en su página electrónica el formulario para la liquidación, declaración y pago de los derechos de explotación, gastos de administración e intereses moratorios, el cual contendrá como mínimo los siguientes requisitos:

1. Nombre de la persona jurídica concesionaria, número de identificación tributaria, nombre de su representante legal, cédula de ciudadanía, dirección del domicilio social.
2. Número del contrato de concesión y fecha de suscripción.
3. Período al que corresponde la liquidación, declaración y pago.
4. Descripción del juego, número de instrumentos de juegos discriminados por clase,

REF: Expedientes acumulados núms. 2003-00437 y
2003-539. ACTORES: LUIS GILBERTO ORTEGÓN ORTEGÓN Y
GILMA CAMPUZANO BOTERO.

valor unitario por instrumento de juego y valor total a pagar. En caso de que la liquidación se haga sobre las ventas brutas, se deberá indicar el valor vendido en el período.

5. Nombre, dirección y municipio del establecimiento o establecimientos donde opera el juego.

6. Valor de los ingresos brutos.

7. Valor base de liquidación.

8. Valor de los derechos de explotación, que se liquidan discriminados por establecimiento de comercio, municipio y departamento.

9. Valor de los gastos de administración.

10. Valor de los intereses moratorios a pagar en caso de que haya lugar a ellos.

11. Valor total a pagar.

12. Nombre, identificación, firma y matrícula profesional del contador o revisor fiscal.

13. Nombre, identificación y firma del representante legal.

PARÁGRAFO 1o. Para efectos del presente decreto y tratándose de los demás juegos localizados a que se hace referencia en el numeral 5 del artículo 34 de la Ley 643 de 2001, los ingresos brutos que sirven de base para la liquidación de los derechos de explotación y gastos de administración corresponden al valor total de las apuestas realizadas sin incluir el Impuesto al Valor Agregado, IVA.

PARÁGRAFO 2o. El operador deberá adjuntar como anexo al formulario, el respectivo comprobante de consignación de los derechos de explotación, gastos de administración e intereses moratorios.

ARTÍCULO 7o. GIRO DE LOS RECURSOS DEL MONOPOLIO. Constituyen rentas del monopolio y

REF: Expedientes acumulados núms. 2003-00437 y 2003-539. ACTORES: LUIS GILBERTO ORTEGÓN ORTEGÓN Y GILMA CAMPUZANO BOTERO.

son de propiedad de las entidades territoriales, los derechos de explotación, los intereses de mora y los rendimientos financieros, provenientes de la operación de los juegos de suerte y azar localizados a que se refiere este decreto.

Dichas rentas deberán ser giradas mensualmente por la Empresa Territorial para la Salud, Etesa, a los municipios y al Distrito Capital, en los términos establecidos en los artículos 32 de la Ley 643 de 2001 y 60 del Decreto 1659 de 2002, o las normas que los modifiquen adicionen o sustituyan. Igualmente, remitirá dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de consignación de los recursos el informe del que trata el decreto citado".
(Negrilla y subrayas fuera de texto).

De lo que ha quedado reseñado deduce la Sala que la administración, explotación y operación de los juegos de suerte y azar corresponde a ETESA; y la regulación sobre tales aspectos la han hecho la Ley y el Reglamento, los cuales han determinado que el contrato de concesión que ha de celebrarse para la explotación del juego, entre otros, debe contener el número de los instrumentos de juego a utilizar.

Si le corresponde a ETESA la administración, explotación y operación de tales juegos, no puede resultar ajena a esa facultad, establecer el número de máquinas o instrumentos de juego por establecimiento de comercio, como tampoco lo relativo al capital del concesionario,

REF: Expedientes acumulados núms. 2003-00437 y 2003-539. ACTORES: LUIS GILBERTO ORTEGÓN ORTEGÓN Y GILMA CAMPUZANO BOTERO.

máxime si el artículo 3° de la Ley 643 de 2001, consagra como principios que rigen la explotación, organización, administración, operación, fiscalización y control de juegos de suerte y azar, entre otros, los de "Finalidad social prevalene", que se traduce en la búsqueda de **contribuir eficazmente a la financiación del servicio público de salud**, de sus obligaciones prestacionales y pensionales; y "Racionalidad económica en la operación", que significa que el monopolio de los juegos obedezca a criterios **económicos y de eficiencia administrativa que garanticen la rentabilidad y productividad necesarias para el cabal cumplimiento de la finalidad pública y social del monopolio.**

Es decir, que entre mayor sea el rendimiento que se obtenga en la explotación del monopolio, mayor será el beneficio para la salud, derecho éste que prevalece frente al de quienes que pretenden participar como concesionarios, ya que, precisamente, esa es la razón de ser del monopolio: que los recursos obtenidos por los departamentos, Distrito Capital de Bogotá y los municipios como producto del mismo se transfieran directamente a los servicios de salud y se empleen para contratar directamente con las empresas sociales del

REF: Expedientes acumulados núms. 2003-00437 y 2003-539. ACTORES: LUIS GILBERTO ORTEGÓN ORTEGÓN Y GILMA CAMPUZANO BOTERO.

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.

Y si es requisito para la celebración del contrato, como se vio anteriormente, que el concesionario acredite la tenencia de las máquinas y el lugar adecuado para la explotación del juego, así como estar preparado para asumir los riesgos de éxito o **fracaso** de la operación, de ello lógicamente se colige que tal concesionario debe estar en condiciones económicas que le permitan responder por el pago pactado, así no le haya sido lo suficientemente rentable el negocio, pues de por medio está el interés general de los usuarios de la salud.

Así pues, tampoco la Sala vislumbra la desviación de poder que se alega en la demanda radicada bajo el núm. 2003-00539, causal ésta que, por lo demás, no basta con alegarse sino que debe demostrarse.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

REF: Expedientes acumulados núms. 2003-00437 y
2003-539. ACTORES: LUIS GILBERTO ORTEGÓN ORTEGÓN Y
GILMA CAMPUZANO BOTERO.

F A L L A :

DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue
leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del
día 4 de junio de 2009.

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
Presidenta

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

MARTHA SOFIA SANZ TOBON

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO