

ETESA - Titular de la explotación de juegos de suerte y azar localizados / JUEGOS DE SUERTE Y AZAR LOCALIZADOS - Etesa: reglamento interno / ETESA - Complementación o integración normativa en juegos localizados

Como se dijo, el actor afirma que dicho numeral viola los artículos 189, numeral 11, y 84 de la Constitución Política, en síntesis porque mediante el mismo el Gobierno Nacional traslada a ETESA la potestad reglamentaria que le otorga la primera de las invocadas disposiciones constitucionales, al autorizarla para expedir un reglamento. No se trata de autorizar o facultar a ETESA para que expida reglamentos sobre ese tópico y menos para que se dé su reglamento, por cuanto esa facultad la tiene dicha empresa, con aprobación del Gobierno nacional, en virtud de norma legal expresa, artículo 90, literal b, de la Ley 489 de 1998¹, en su condición de empresa industrial y comercial de Estado, creada mediante el artículo 39 de la Ley 643 de 2001², y en esa condición es la titular de la explotación de los juegos de suerte y azar localizados, según expresamente lo establece el artículo 32, inciso segundo de la citada Ley 643, que a la letra dice “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.”. De modo que siendo la titular de dicha explotación, es apenas obvio que en su reglamento interno prevea disposiciones atinentes al desarrollo de esa actividad, las cuales tendrán que tenerse en cuenta en los contratos de concesión que celebre con particulares para el efecto. En esas circunstancias, el numeral 12 del numeral 6 del artículo 4º del Decreto 2483 de 2003 no hace más que acoger una posibilidad jurídica de complementación o integración normativa que depende de las circunstancias propias del referido contrato y que por lo mismo es inherente al ordenamiento jurídico en virtud de sus principios de coherencia, unidad y plenitud; por consiguiente bien pudo haberse incluido o no en el decreto reglamentario, y de todos modos ETESA está sujeta a consultar sus estatutos internos en la elaboración, celebración y ejecución de tales contratos, como debe hacer en relación con todos sus actos, toda vez que ellos son justamente su marco normativo más inmediato y al cual está sometida de manera directa, en armonía con la Constitución, la ley y el reglamento. De modo que el cargo no tiene vocación de prosperar, de allí que se deba negar la pretensión de la demanda.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

¹ El literal b) indicado reza: “Artículo 90. *Funciones de las juntas directivas de las empresas industriales y comerciales del Estado. Corresponde a las juntas directivas de las empresas industriales y comerciales del Estado:*

b) Proponer al Gobierno Nacional las modificaciones a la estructura orgánica que consideren pertinentes y adoptar los estatutos internos de la entidad y cualquier reforma que a ellos se introduzca,”

² El citado artículo, inciso primero, dice: “Artículo 39. **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.”

Bogotá, D.C., treinta (30) de abril de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 11001-03-24-000-2003-00514-01

Actor: LUIS GILBERTO ORTEGON ORTEGON

Demandado: GOBIERNO NACIONAL

Referencia: ACCION DE NULIDAD

La Sala decide, en única instancia, la demanda que en ejercicio de la acción instituida en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo ha sido interpuesta para que se declare la nulidad parcial de un decreto expedido por el Gobierno Nacional.

I.- LA DEMANDA

El ciudadano **LUIS GILBERTO ORTEGON ORTEGON**, en ejercicio de la acción prevista en el artículo 84 del C. C. A., presentó demanda para que en proceso de única instancia, la Sala acceda a la siguiente

1. Pretensión

Declarar la nulidad por inconstitucionalidad del numeral 12 del numeral 6º del artículo 4º del Decreto reglamentario 2483 de 2 de septiembre de 2003, *“Por el cual se reglamentan los artículos 7º, 32, 33, 34, 35 y 41 de la Ley 643 de 2001, en lo relacionado con la operación de los juegos de suerte y azar localizados”*.

2.- Hechos de la demanda

Se refieren a los antecedentes normativos y al contenido de la disposición acusada.

3 - Normas violadas y concepto de la violación

Señala como violados los artículos 189, numeral 11, y 84 de la Constitución Política, por razones que se sintetizan en la tesis de que la potestad reglamentaria es

propia del Gobierno Nacional y no puede trasladarla, como lo hace en este caso en cabeza de ETESA, al autorizarla para expedir un reglamento. Al punto invoca y transcribe la sentencia S - 761 de 8 de febrero de 2000, de esta Corporación, donde se desarrolla esa tesis.

II.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.- El Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opone a las pretensiones de la demanda, en orden a lo cual advierte que para cumplir las funciones que ETESA debe realizar y le están señaladas en los artículos 28 y 32 de la Ley 643 de 2001, entre otras disposiciones, debe expedir una reglamentación que le permita desarrollarlas, de acuerdo con las normas superiores vigentes, por ejemplo la Ley 80 de 1993.

Que en este caso el Presidente sí está reglamentando las obligaciones del concesionario, pero deja en cabeza de ETESA lo relacionado con la ejecución del objeto contractual, dado que a ella le corresponde el control específico del desarrollo del contrato, por ende debe señalar sus requisitos concretos. Por lo tanto no hay delegación de la potestad reglamentaria de esa materia. Solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda.

III.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1. En esta oportunidad se pronunció el Ministerio de la Protección Social, cuyo apoderado reitera que el Gobierno nacional sí reglamentó las obligaciones del concesionario en materia de juegos de suerte y azar, dejando a ETESA la adecuada ejecución del objeto del contrato, por ser a quien le corresponde el control específico de su desarrollo. Por ende no transfirió su facultad reglamentaria al adoptar la disposición acusada. Cita la sentencia de 18 de noviembre de 1999, Sección Tercera de esta Corporación, expediente 10158. Solicita, igualmente, que se nieguen las pretensiones de la demanda.

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Primero Delegado ante la Corporación, apoyándose en las sentencias C-302 de 1992 de la corte Constitucional y S-761 de 8 de febrero de 2000, del Consejo de Estado, así como en el artículo 32 de la ley 643 y el tenor del acto

reglamentario acusado, concluye que es claro que el Gobierno Nacional no transfirió ni mucho menos delegó en cabeza de ETESA la potestad reglamentaria, ya que el decreto acusado reglamentó la operación de los juegos de suerte y azar localizados, estableciendo entre otros, los requisitos del contrato de concesión para su operación, y cuando se refiere a las demás señaladas en el reglamento de la Empresa, se refiere expresamente a los asuntos que en materia de contratación ha desarrollado en su reglamento interno, para así lograr la adecuada ejecución del contrato, sin que deba entenderse que a través de éste va a reglamentar la ley.

En razón de ello solicita que se nieguen las demás pretensiones de la demanda.

VI.- DECISIÓN

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el asunto sub lite, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

1.- La disposición administrativa acusada

Se trata de un aparte del artículo 4º del Decreto reglamentario 2483 de 2003, “*Por el cual se reglamentan los artículos 7º, 32, 33, 34, 35 y 41 de la Ley 643 de 2001, en lo relacionado con la operación de los juegos de suerte y azar localizados*”, cuyo enunciado se transcribe a continuación destacado y subrayado dentro del contexto de todo el artículo para su mejor apreciación, a saber:

“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.*

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:*

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 4° 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 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.

2.- Competencia de la Sala

Ese decreto fue expedido por el Presidente de la República en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las que le confieren los artículos 189, numeral 11, de la Constitución Política y 2° de la Ley 643 de 2001.

Se trata, entonces, de un decreto reglamentario de orden nacional expedido en ejercicio de funciones administrativas, y por ende su control jurisdiccional le corresponde a la Sala mediante acción de nulidad, en proceso ordinario de única instancia.

3. Examen del cargo

Como se dijo, el actor afirma que dicho numeral viola los artículos 189, numeral 11, y 84 de la Constitución Política, en síntesis porque mediante el mismo el Gobierno Nacional traslada a ETESA la potestad reglamentaria que le otorga la primera de las invocadas disposiciones constitucionales, al autorizarla para expedir un reglamento.

Se observa de manera fácil que esa acusación no guarda correspondencia con el texto del aparte enjuiciado, pues de ningún modo éste tiene el alcance que le

atribuye el actor. Se trata de una simple remisión a los estatutos de ETESA para la aplicación residual o complementaria sobre el asunto reglamentado en el decreto, lo cual supone que ello tendrá lugar en lo que sea pertinente y cuando sea necesario para la adecuada ejecución del contrato de concesión reglamentado.

No se trata de autorizar o facultar a ETESA para que expida reglamentos sobre ese tópico y menos para que se dé su reglamento, por cuanto esa facultad la tiene dicha empresa, con aprobación del Gobierno nacional, en virtud de norma legal expresa, artículo 90, literal b, de la Ley 489 de 1998³, en su condición de empresa industrial y comercial de Estado, creada mediante el artículo 39 de la Ley 643 de 2001⁴, y en esa condición es la titular de la explotación de los juegos de suerte y azar localizados, según expresamente lo establece el artículo 32, inciso segundo de la citada Ley 643, que a la letra dice “*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.*”

De modo que siendo la titular de dicha explotación, es apenas obvio que en su reglamento interno prevea disposiciones atinentes al desarrollo de esa actividad, las cuales tendrán que tenerse en cuenta en los contratos de concesión que celebre con particulares para el efecto.

En esas circunstancias, el numeral 12 del numeral 6 del artículo 4º del Decreto 2483 de 2003 no hace más que acoger una posibilidad jurídica de complementación o integración normativa que depende de las circunstancias propias del referido contrato y que por lo mismo es inherente al ordenamiento jurídico en virtud de sus principios de coherencia, unidad y plenitud; por consiguiente bien pudo haberse incluido o no en el decreto reglamentario, y de

³ El literal b) indicado reza: “*Artículo 90. Funciones de las juntas directivas de las empresas industriales y comerciales del Estado. Corresponde a las juntas directivas de las empresas industriales y comerciales del Estado:*

b) Proponer al Gobierno Nacional las modificaciones a la estructura orgánica que consideren pertinentes y adoptar los estatutos internos de la entidad y cualquier reforma que a ellos se introduzca,”

⁴ El citado artículo, inciso primero, dice: “*Artículo 39. **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.*”

todos modos ETESA está sujeta a consultar sus estatutos internos en la elaboración, celebración y ejecución de tales contratos, como debe hacer en relación con todos sus actos, toda vez que ellos son justamente su marco normativo más inmediato y al cual está sometida de manera directa, en armonía con la Constitución, la ley y el reglamento.

De modo que el cargo no tiene vocación de prosperar, de allí que se deba negar la pretensión de la demanda, como en efecto se hará en la parte resolutive de esta providencia.

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

FALLA

NIÉGASE la pretensión de la demanda de nulidad presentada por el ciudadano **LUIS GILBERTO ORTEGON ORTEGON**, para que se declarara la nulidad del punto 12, numeral 6, del artículo 4º del Decreto 2483 de 2 de septiembre de 2003, expedido por el Gobierno Nacional.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del 30 de abril de 2008.

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE
Presidente

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN
Ausente con Excusa