

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION PRIMERA

Consejero ponente: Doctor **RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA**

Bogotá, D.C., once (11) de junio de dos mil nueve (2009)

Radicación núm.: 1101 0325 000 **2005 00348 00**

Actor: **MIGUEL HERNANDO GONZÁLEZ RODRÍGUEZ Y OTRO**

Procede la Sala a decidir en única instancia la demanda de nulidad interpuesta contra los artículos 2° inciso final y 3° del Decreto 3535 de 8 de octubre de 2005, mediante el cual el Gobierno Nacional reglamentó la Ley 643 de 2001, el cual fue publicado en el Diario Oficial 46054 de octubre 7 de 2005.

I.- LA DEMANDA

Los ciudadanos **MIGUEL HERNANDO GONZÁLEZ RODRIGUEZ** y **ANTONIO BARRERA CARBONELL**, abogados en ejercicio, obrando en su propio nombre, presentaron demanda de nulidad contra el acto administrativo anteriormente mencionado, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C. C. A., para que, en proceso de única instancia, la Sala acceda a la siguiente

1. Pretensión:

Que se declare la nulidad de los artículos 2° (inciso final) y 3° del Decreto 3535 de 6 de octubre 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”.

2. Hechos en que se funda la demanda

Como antecedentes fácticos de la demanda, señalan los actores que el Congreso de la República, en ejercicio de las atribuciones y competencias establecidas en los artículos 150 y 336 de Constitución Política de Colombia, adoptó mediante la Ley 643 de 2001, el régimen jurídico aplicable al monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar, de los cuales forma parte el “*Juego de apuestas permanentes o chance*”. En su articulado se reguló la operación y explotación del precitado juego por parte de terceros y, en particular, lo que tiene que ver con el pago de los derechos de explotación en favor de las entidades territoriales que ostentan la titularidad de las rentas originadas en el ejercicio de esa actividad económica, y se dispuso la terminación unilateral de las concesiones cuando en su explotación no se alcancen las metas de rentabilidad esperadas.

Señalan los actores que mediante el Decreto 3535 de fecha 8 de octubre de 2005, el Gobierno Nacional reglamentó las disposiciones legales anteriormente mencionadas, incurriendo en un claro desbordamiento en el ejercicio de sus facultades y en un vicio de incompetencia, al arrogarse atribuciones que son propias del legislador.

3.- Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora señala como violados los Artículos 1, 2, 3, 4, 6, 113, 114, 122, 150, 188, 189-11, 209 y 336 incisos 3° y 4° de la Constitución Política de Colombia; los Artículos 2,3, 7, 8, 22, 23, 24, 50, 51, 52, y 60 de la Ley 643 de 2001; los Artículos 1494 y 1602 del Código Civil, y los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 80 de 1993.

Según el criterio expresado por los demandantes, el acto acusado infringe en forma directa e indirecta las normas jurídicas en las cuales debía fundarse, pues mientras en ellas se establece que los concesionarios del juego de apuestas permanentes deben pagar al concedente unos derechos de explotación equivalentes al doce por ciento (12%) de los ingresos brutos obtenidos, en el decreto acusado se determinó que el monto de los mencionados derechos será el que se establezca a partir de la rentabilidad mínima que se debe alcanzar en la operación del juego de apuestas permanentes. En ese mismo sentido, se cuestiona el hecho de que el decreto acusado haya previsto la terminación unilateral del contrato sin derecho a indemnización o compensación alguna, en aquellos casos en los cuales el concesionario no haya cancelado los derechos de explotación a partir de la rentabilidad mínima esperada, por cuanto ello sobrepasa los términos en que fue concebida la ley reglamentada.

Se aduce igualmente que el inciso final del artículo 2° del Decreto acusado infringe normas superiores al obligar a las partes del contrato de concesión a modificar los términos de su relación negocial, para ajustarla a los resultados que arroje el estudio de mercado que realice o contrate la Superintendencia Nacional de Salud, pues ello atenta contra la autonomía de la voluntad de las partes y contraría lo dispuesto en los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 80 de 1993 en materia de interpretación, modificación y terminación unilateral de los contratos. De igual modo se argumenta que ese tipo de mandatos solamente puede ser adoptado por el Congreso de la República por tratarse de una materia de reserva legal.

II.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La apoderada de la Nación – Ministerio de la Protección Social, defendió la legalidad de los preceptos demandados, invocando los antecedentes de la

Ley 643 de 2001 y algunos pronunciamientos jurisprudenciales en los cuales se expresa que las medidas adoptadas son el fruto de la incorporación de criterios de eficiencia y racionalidad en la explotación del monopolio de juegos de suerte y azar, lo cual se justifica por la necesidad de generar niveles crecientes de transferencias hacia el sector de la salud. En ese sentido, se afirma que el estudio de mercado a que se refiere el acto impugnado, constituye el principal mecanismo o herramienta de carácter técnico y científico, para garantizar una explotación económica eficiente del monopolio y asegurar un nivel creciente de transferencias para responder a las necesidades insatisfechas en materia de salud, estudio de mercado que se encuentra contemplado además en las disposiciones legales que regulan los estudios previos que deben realizarse en todo proceso licitatorio que tenga por objeto entregar en concesión la operación y explotación de los juegos de suerte y azar, lo cual consulta los principios de planeación, racionalidad y responsabilidad que deben informar la gestión contractual de las entidades del Estado.

Por otra parte, alega la apoderada de la Nación que el artículo 24 de la Ley 643 de 2001, faculta de manera expresa al Gobierno Nacional para establecer el límite inferior del beneficio o utilidad que debe producir o rendir para el Estado la operación del juego de apuestas permanentes en una determinada jurisdicción territorial y, para ello puede tener en cuenta las diferencias económicas, sociales y culturales de las respectivas jurisdicciones territoriales en las cuales se puede explotar dicha modalidad de juegos de suerte y azar.

Además de lo expuesto, pone de presente que una cosa es la rentabilidad mínima en tanto prestación a cargo de los concesionarios u operadores del juego de apuestas permanentes, cuyo incumplimiento de conformidad con lo previsto en el artículo 24 de la Ley 643 de 2001 trae como consecuencia la terminación unilateral del contrato sin derecho a indemnización y, otra

cosa muy distinta es la rentabilidad en tanto criterio para evaluar la gestión y eficiencia de los operadores de juegos de suerte y azar, según lo previsto en el artículo 50 de la misma Ley 643 de 2001.

Apoyándose en las anteriores premisas, defiende la intervención de la Superintendencia Nacional de Salud en la elaboración o contratación de los estudios de mercado, por cuanto el Decreto Ley 1259 de 1994 y el propio artículo 53 de la Ley 643 de 2001, le atribuyen expresamente la responsabilidad de ejercer la inspección, vigilancia y control del recaudo y aplicación de los recursos del monopolio de juegos de suerte y azar e instruir a las entidades vigiladas sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que regulan su actividad.

III.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En esta etapa procesal, los actores reiteraron los argumentos de la demanda e insistieron en señalar que el ejecutivo se excedió en el ejercicio de su facultad reglamentaria, al asimilar equivocadamente los “*derechos de explotación*” que deben pagar los concesionarios al ente concedente de los juegos de suerte y azar, con el concepto de “*rentabilidad mínima*”, que es un criterio de eficiencia que debe primar en la explotación del monopolio rentístico concedido y del cual depende fundamentalmente la continuidad del contrato. Como resultado de dicha confusión, el Decreto acusado, desbordando los límites de la Ley 643 de 2001, estableció que los derechos de explotación que deben cancelar los concesionarios, son aquellos que determine el gobierno como rentabilidad mínima, con fundamento en el estudio de mercado que al efecto realice, cuando lo cierto es que la Ley dispone que tales derechos deben corresponder al 12% de los ingresos brutos obtenidos en la explotación del juego.

La apoderada de la Nación – Ministerio de la Protección Social guardó silencio.

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado, mediante escrito obrante a folios 105 a 123 del cuaderno principal, luego de confrontar el acto acusado con los preceptos legales que aquél pretende reglamentar, considera que debe accederse parcialmente a las pretensiones de la demanda, en el sentido de anular los incisos 2° y 3° del artículo 3° del Decreto 3535 de 2005, dejando subsistentes los demás incisos demandados, esto es, el inciso final del artículo 2° y el primero del artículo 3°.

V.- DECISIÓN

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

CONSIDERACIONES

1.- El acto acusado

Se demanda en este proceso la nulidad de lo dispuesto en los artículos 2° inciso final y 3° del Decreto 3535 de 8 de octubre de 2005, reglamentario de la Ley 643 de 2001, en lo que concierne al juego de apuestas permanentes o chance, el cual fue expedido por el Presidente de la República con la firma del Ministro de la Protección Social, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política; por el artículo 336 de la Constitución Política y los artículos 2° y 24 de la Ley 643

de 2001, cuyo texto, publicado en el Diario Oficial N° 46054 del viernes 7 de octubre de 2005, es del siguiente tenor:

DECRETO 3535 DE 2005
(Octubre 6)

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° y 24 de la Ley 643 de 2001,

DECRETA:

[...]

Artículo 2°. *Estudios de Mercado.* Las entidades concedentes, de conformidad con la Ley 643 de 2001, podrán realizar directamente o contratar con terceros de reconocida experiencia en el análisis e investigación de mercados, en los términos de la Ley 80 de 1993, los estudios de mercado de que trata el artículo 23 del régimen propio del monopolio de juegos de suerte y azar.

Dichos estudios podrán ser realizados directamente por las entidades concedentes, siempre y cuando cuenten dentro de su estructura organizacional con los recursos humanos y técnicos adecuados en términos de experiencia y capacidad operativa, para adelantarlo.

Los estudios de mercado deberán ajustarse a lo indicado por la Superintendencia Nacional de Salud y como mínimo, determinar el tamaño del mercado de todos los juegos de suerte y azar que tengan relación o afecten el Juego de Apuestas Permanentes o Chance que operen en la respectiva jurisdicción territorial.

Igualmente, deberán determinar el tamaño del mercado del Juego de Apuestas Permanentes o Chance en la respectiva jurisdicción territorial; el monto de ingresos brutos que se espera genere la respectiva concesión durante su término de duración y el valor mensual y anual que por concepto de derechos de explotación debe producir la respectiva concesión. Estos estudios podrán revisarse en los términos y condiciones establecidos por la Superintendencia Nacional de Salud.

La Superintendencia Nacional de Salud, podrá contratar estudios de mercado selectivos sobre el Juego de Apuestas Permanentes o Chance que serán de referencia obligatoria para el concedente y el concesionario, los cuales deberán ajustar su relación contractual, si es del caso, de acuerdo con los términos de la Ley 80 de 1993, para lo cual el representante legal de la entidad concedente iniciará las acciones correspondientes de manera inmediata a su conocimiento y lo comunicará a su Junta Directiva y al Gobernador o el Alcalde Mayor de Bogotá, D. C., para el respectivo seguimiento.

Artículo 3°. *Rentabilidad mínima del Juego de Apuestas Permanentes o Chance.* La rentabilidad mínima del Juego de Apuestas Permanentes o Chance, para cada jurisdicción territorial, será el mayor valor que resulte entre el monto mensual y anual que por concepto de derechos de explotación y para el término de duración de la respectiva concesión, determine el estudio de mercado y el monto equivalente a la liquidación de los derechos de explotación correspondientes al 12% de los ingresos brutos del juego.

El incumplimiento por parte del concesionario de la obligación de cancelar la rentabilidad mínima, genera la terminación unilateral del contrato sin derecho a indemnización o compensación de conformidad con lo previsto en el artículo 24 de la Ley 643 de 2001.

El Representante Legal de la entidad concedente deberá comunicar dicho incumplimiento a su junta directiva y al Gobernador o Alcalde Mayor de Bogotá, D. C., según el caso y producir la actuación administrativa correspondiente una vez este sea detectado. Los referidos funcionarios, en la medida en que se trata del manejo de recursos públicos y con destinación al servicio esencial de la salud, responderán por la inobservancia de los comportamientos antes enunciados en los términos de la Ley 734 de 2002 o las que la modifiquen, adicionen o sustituyan.

2.- Los cargos formulados en la demanda.

Los demandantes objetan en primer término, el hecho de que el inciso final del artículo 2° del Decreto 3535 de 2005 haya previsto que los estudios de mercado selectivos sobre el Juego de Apuestas Permanentes o Chance que realice o contrate la Superintendencia Nacional de Salud, deban tenerse como referencia obligatoria para el concedente y el concesionario y que se les obligue a ajustar su relación contractual, si es del caso, de acuerdo con los términos de la Ley 80 de 1993, por considerar que ello representa una intromisión indebida en la autonomía de las partes y un desconocimiento de

las disposiciones legales vigentes en materia de contratación estatal, y una invasión de la órbita de competencias del legislador.

En segundo término, se controvierte en la demanda la legalidad del artículo 3° del Decreto en cita, por considerar que el ejecutivo se excedió en el ejercicio de sus facultades reglamentarias, al disponer que los derechos de explotación que deben cancelar los concesionarios del juego de apuestas permanentes o chance a la entidad titular del monopolio, debe corresponder a la rentabilidad mínima, entendida como el mayor valor que resulte entre dos montos, a saber: el monto mensual y anual que por concepto de derechos de explotación determine el estudio de mercado que realice o contrate la Superintendencia Nacional de Salud, por una parte, y por la otra, el monto equivalente a la liquidación de los derechos de explotación correspondientes al 12% de los ingresos brutos del juego.

Además de lo anterior, los actores consideran que es contrario al ordenamiento jurídico el hecho de que en el inciso segundo del artículo 3° se haya dispuesto que la no cancelación de la rentabilidad mínima, de lugar a la terminación unilateral de la concesión, sin derecho a indemnización o compensación. Al justificar la razón de su inconformidad, los actores ponen de relieve que la mencionada disposición infringe lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 643 de 2001, en donde la causal que puede determinar la imposición de dicha medida no es propiamente la no cancelación de la rentabilidad mínima por parte del concesionario, sino el hecho de no haber cumplido o podido cumplir la rentabilidad mínima esperada.

3. Examen de los cargos

Para realizar el análisis de la problemática planteada en la demanda, es imprescindible formular de entrada algunas consideraciones generales sobre el objeto y alcance de la potestad reglamentaria y en una segunda

instancia, efectuar el cotejo de las disposiciones acusadas con las .normas presuntamente infringidas.

3.1.- Objeto y alcance de la potestad reglamentaria

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política de Colombia *“Corresponde al Presidente de la República, como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: [...] 11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.”*

Los actos reglamentarios proferidos por el ejecutivo con arreglo al precepto constitucional anteriormente transcrito, en cuanto productos emanados de la voluntad administrativa, tienen el carácter de normas jurídicas que desde el punto de vista formal y material se encuentran subordinadas a la ley, o como lo expresa la doctrina francesa, se trata de *actes de puissance subalterne*, encaminados a explicitar y completar las disposiciones legales, con el propósito de garantizar su más cumplida y estricta ejecución y asegurar el cumplimiento de la voluntad general en ellas representada. En ese orden de ideas, los actos reglamentarios no son más que unas normas jurídicas secundarias, inferiores y complementarias de la Ley, cuya alcance es de suyo diferente del que es propio de los actos de regulación, cuya adopción, por regla general, se encuentra reservada al legislador, aunque por excepción y en ciertas materias puntuales, la Carta también atribuye potestades de regulación a determinadas autoridades administrativas (*tal es el caso de las Comisiones de Regulación de los servicios públicos domiciliarios, de la Junta Directiva del Banco de la República y la Comisión Nacional de Televisión, etc*).

La sumisión del acto administrativo reglamentario a la ley es absoluta y por lo mismo, se trata de decisiones necesitadas de justificación, con posibilidades restringidas en el campo de la regulación, lo cual explica que su ámbito de acción sea restringido y que, por lo mismo, no tengan la fuerza suficiente para derogar, subrogar o modificar un precepto legal, ni mucho menos para ampliar o limitar su alcance o su sentido. Lo anterior explica su carácter justiciable, pues es claro que la administración no puede contradecir los mandatos del legislador, ni suplir la Ley allí donde ésta es necesaria para producir un determinado efecto o regular cierto contenido.

En ese sentido se ha pronunciado la Sala en reiteradas ocasiones, al plantear los siguientes criterios:

"La potestad reglamentaria solo tiene por fin dar vida práctica a la ley para ponerla en ejecución, supliendo aquellos detalles que sería exótico consignar en la propia ley; pero el gobierno, so pretexto de su ejercicio, no puede ni ampliar ni restringir el sentido de la ley, dictando nuevas disposiciones o suprimiendo las contenidas en la ley, porque ello no sería reglamentar sino legislar." (*Sentencias del Consejo de Estado de agosto 22 de 1944 y 16 de junio de 1948, Anales del Consejo, Tomos LVI y LVH, números 341-346 y 362-366, págs. 66 y 225, respectivamente*).

"La potestad reglamentaria del jefe de Estado, es limitada. El reglamento completa la ley, fijando y desarrollando los detalles de aplicación de los principios que la ley contiene, pero no puede dictar ninguna disposición nueva. El reglamento tiene por objeto y por razón de ser, asegurar la aplicación de la ley que él completa; pero no puede en manera alguna ampliar o restringir el alcance de la ley, tanto en lo que se refiere a las personas como a las cosas" (*Sentencia del Consejo de Estado de octubre 18 de 1946. Anales del Consejo, Tomo LVI, números 357-361, Pag. 406*).

"Llenar los vacíos y detalles que no previó la ley que sea necesario dictar afín de que el estatuto tenga eficacia en la práctica, es la razón de ser de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, pues sin ella se expondrían las leyes a tornarse en inoperantes, o a no tener cumplida ejecución, ya que el legislador no expide sino las normas generales, quedándole al ejecutor de aquella, el gobierno, la tarea de poner en función de actuar los mandatos legales,

ateniéndose al espíritu de estos, pero dictando cuantas disposiciones sean precisas para darle a la ley desarrollo cumplido " (*Sentencia de la Sala Contenciosa del Consejo de Estado de octubre 17 de 1950, Anales del Consejo, Tomo LVIII, números 367-371, pág. 453*).

"Hay extralimitación de facultades cuando el gobierno en ejercicio de la potestad reglamentaria, que sólo tiene por fin dar vida práctica a la ley para ponerla en ejecución, supliendo aquellos detalles que sería exótico consignar en la propia ley, excede a la letra y al espíritu de la norma legal" (*Sentencia del Consejo de Estado de junio 3 de 1947, Anales del Consejo, Tomo LVI, números 357-361, Pág. 428*).

"El decreto reglamentario no puede ser otra cosa que el desarrollo lógico de las disposiciones de la ley que trata de reglamentar y que no puede, sin incurrir en extralimitación, establecer nada que implícitamente no se halle contenido en aquella. Por lo mismo, tampoco puede cercenar nada de lo expresamente establecido en la ley. En uno y otro caso excedería la potestad reglamentaria". (*Sentencia del Consejo de Estado de noviembre 14 de 1949, Anales del Consejo Tomo LVIII, números 367-371, Pág. 289*).

"Para fijar los límites del poder reglamentario, la Constitución Nacional establece dos criterios a seguir: el de la necesidad del reglamento y el de la competencia. Según el primero, que emana directamente del ord. 3° del art. 120 de la Carta - hoy art. 189-11 de la C. P. de 1991, anoto -, el órgano administrativo únicamente puede reglamentar los textos legales que exijan desarrollo para su cabal realización como normas de derecho." (*auto de febrero 17 de 1962 de la Sala Contenciosa del Consejo, Ponente Carlos Gustavo Arríeta A., Anales del Consejo, Tomo LXIV, números 397-398, Pag. 189*).

"[...] el poder reglamentario como facultad propia de la administración de los servicios públicos está siempre subordinado a la ley y por ella limitado. En otras palabras, el reglamento nunca puede ser sustitutivo de la ley aunque en algunos casos puede ser supletorio. Esta clara situación se deriva de la garantía constitucional de la separación de las ramas del poder público sin la cual el Estado de Derecho que también se denomina como imperio de la ley sería imposible de concebir y, sin él, naufragaría la libertad individual. El reglamento es, como lo ha reiterado la jurisprudencia, el instrumento natural de la administración para que los servicios públicos funcionen, para que la ley se cumpla, pero no para que la

sustituya; es su complemento indispensable pero sólo en la medida en que actualice la ley y la acomode a las necesidades de cada tiempo..." (*Sentencia del Consejo de mayo 24 de 1973, Sección Cuarta de la Sala Contenciosa, consejero ponente Miguel Lleras Pizarro, Anales del Consejo, Tomo LXXXIV, números 437y 438, págs. 187yss.*).

"[...] el Gobierno no puede sin caer en la tacha de ilegalidad, contrariar preceptos constitucionales o legales, ni ampliar, restringir o modificar la ley para cuya aplicación se dicta el reglamento [...]" (*Sentencia de junio 12 de 1974 de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, consejero Gustavo Salazar T., Anales del Consejo, Tomo LXXXVI, núms.. 439 y 440, Pag. 91*).

3.2.- El cotejo de las disposiciones acusadas con las normas presuntamente infringidas

El régimen jurídico que disciplina el monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar, encuentra su soporte constitucional en el artículo 336 de la Carta Política de 1991, que a la letra dispone:

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

La 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.

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.

En lo que atañe al monopolio de los juegos de suerte y azar, el Congreso de la República expidió la Ley 643 de 2001, en cuyas normas se fijó el régimen jurídico que regula su operación y explotación. El Gobierno Nacional, invocando el numeral 11 del artículo 189 y el artículo 336 de la Constitución Política y los artículos 2° y 24 de la Ley 643 de 2001, reglamentó el juego de apuestas permanentes o chance mediante el Decreto 3535 de 2005. En virtud de lo consagrado en el último precepto citado, *“El Gobierno Nacional [...] señalará la rentabilidad mínima de este juego atendiendo si fuera del caso diferencias regionales. Los contratos de concesión con operadores que no cumplan con la rentabilidad mínima deberán terminarse unilateralmente sin derecho a indemnización o compensación.”*

Es del caso señalar que el artículo 3° de la Ley en comento, dispuso que para garantizar la racionalidad económica y la eficiencia administrativa, la operación y explotación de los juegos de suerte y azar estará a cargo de las entidades estatales competentes, de los particulares legalmente autorizados o de empresas especializadas, de manera que se garantice la rentabilidad y productividad necesarias para asegurar el cabal cumplimiento de la finalidad pública y social del monopolio, que no es otra distinta de la de financiar los servicios de salud.

En ese orden de ideas, la Ley determina que los Departamentos y al Distrito Capital son las entidades encargadas de la explotación de este arbitrio

rentístico, la cual bien puede realizarse en forma directa o con el concurso de terceros, previa la celebración de un contrato de concesión adjudicado como resultado de un proceso licitatorio.

Por otra parte y de conformidad con lo establecido en el inciso primero del artículo 23 de la Ley 643 de 2001, los concesionarios del juego de apuestas permanentes deben pagar mensualmente a la entidad concedente, por concepto del derecho de explotación, el doce por ciento (12%) de sus ingresos brutos.

Teniendo en cuenta el destino de los recursos provenientes de la explotación de estos juegos de suerte y azar, la ley contempló la evaluación de las operaciones realizadas por los concesionarios, a partir de los indicadores de gestión y eficiencia establecidos por Ministerio de Salud, dejando abierta la posibilidad de someter su explotación a planes de desempeño para recobrar su viabilidad financiera e institucional, o de decretar su liquidación. Aquí es importante destacar que según el régimen propio que regula esta actividad monopolística, la calificación insatisfactoria de la eficiencia y rentabilidad de la gestión desarrollada por los particulares, es considerada como una causal legítima de terminación unilateral de los contratos de concesión sin derecho a indemnización.

Hechas las anteriores anotaciones de carácter general y expuestos los rasgos más relevantes del régimen jurídico de los juegos de suerte y azar, procede esta Corporación a referirse en particular a los cargos planteados en la demanda.

Con respecto a la pretensión de que se anule el último inciso del artículo 2° del acto administrativo impugnado, en donde se faculta a la Superintendencia Nacional de Salud para contratar la realización de estudios de mercado relacionados con el Juego de Apuestas Permanentes

“...que serán de referencia obligatoria para el concedente y el concesionario, los cuales deberán ajustar su relación contractual, si es del caso, de acuerdo con los términos de la Ley 80 de 1993”, considera la Sala que no existe ningún vicio de ilegalidad, por cuanto es el mismo artículo 23 de la Ley 643 de 2001 el que ordena elaborar a las entidades encargadas de la explotación del juego de apuestas permanentes, un estudio de mercado orientado a determinar los ingresos brutos que servirán de base para fijar los derechos de explotación a cargo del concesionario.

La anterior disposición también encuentra su fundamento jurídico en el artículo 7° del Decreto Ley 1259 de 1994 y en el artículo 53 de la Ley 643 de 2001, en donde se faculta a la Superintendencia Nacional de Salud para instruir a las entidades vigiladas sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que regulan su actividad, así como también para fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de las normas que les corresponde aplicar, todo lo cual se enmarca dentro las funciones de inspección, vigilancia y control que le son propias y que se dirigen a garantizar el recaudo eficiente y la aplicación transparente de los recursos que se generen en la explotación de este monopolio.

Por lo demás, no se advierte que este inciso final del artículo 2° constituya un atentado contra la autonomía de la voluntad, pues si se tiene en cuenta el carácter prevalente de los intereses públicos en juego, asociados a la financiación del servicio público de salud, se entiende el porqué las partes están llamadas a ajustar los términos del contrato de concesión, a los resultados que arrojen los estudios de mercado, dando cumplimiento, en todo caso, a las disposiciones de la Ley 80 de 1993.

Frente a las objeciones que se formulan a la definición del concepto de **rentabilidad mínima** contenida en el inciso primero del artículo 3° de la Ley, la Sala comparte el criterio manifestado por el agente del Ministerio Público y los argumentos expresados por la apoderada de la Nación -

Ministerio de Salud, en el sentido de que el ejecutivo se encuentra expresamente facultado por el artículo 24 de la Ley 643 de 2001, para señalar lo que ha de entenderse por rentabilidad mínima esperada, como parámetro para determinar la eficiencia de los concesionarios en la operación y explotación del monopolio. Por lo mismo, al disponer el ejecutivo que la rentabilidad mínima que deben alcanzar los concesionarios del juego de apuestas permanentes representa “[...] *el mayor valor que resulte entre el monto mensual y anual que por concepto de derechos de explotación y para el término de duración de la respectiva concesión, determine el estudio de mercado y el monto equivalente a la liquidación de los derechos de explotación correspondientes al 12% de los ingresos brutos del juego*”, no está contrariando ni desconociendo el principio de legalidad.

En suma, lo dispuesto en el Artículo 3° inciso 1° del Decreto 3535 de 2005, no es más que un desarrollo del mandato contenido en el artículo 24 de la Ley 643 de 2001, en donde se confía al ejecutivo la responsabilidad de señalar la rentabilidad mínima de este juego, por lo cual no puede predicarse la existencia de ningún vicio de incompetencia ni la presencia de contradicción alguna que pueda dar lugar a la anulación de este inciso.

En lo que se refiere a la impugnación del inciso 2° del artículo 3° del Decreto 3535 de 2005, la Corporación es del criterio que el Gobierno Nacional sí se excedió en el ejercicio de sus facultades reglamentarias, al disponer que los **derechos de explotación** que deben cancelar los concesionarios del juego de apuestas permanentes, debe corresponder a la **rentabilidad mínima** esperada. El hecho de que la Ley 643 de 2001 haya considerado la rentabilidad mínima como un parámetro de eficiencia, no quiere decir que ese valor corresponda necesariamente a lo que el concesionario debe pagar por la explotación de este monopolio. Sobre el particular, el artículo 23 del mismo Decreto establece que los concesionarios de esta modalidad de juego están llamados a cancelar mensualmente por concepto de estos

derechos el 12% de sus ingresos brutos y no una suma diferente, tal como lo dispuso el ejecutivo.

El Gobierno Nacional sobrepasa igualmente el límite de sus potestades reglamentarias, cuando en este inciso establece que la **no cancelación** de la rentabilidad mínima genera la terminación unilateral del contrato sin derecho a indemnización o compensación, pues el hecho que determina la terminación unilateral de la concesión consiste, según las voces del artículo 24 de la Ley 643 de 2001, en **no haber cumplido o podido cumplir** con la meta de rentabilidad mínima. En ese sentido, es claro que el ejecutivo fue mucho más allá de lo que el legislador dispuso, al extender la causal de terminación unilateral del contrato de concesión a los supuestos de no cancelación, lo cual desvirtúa, en ese punto, la legalidad del acto reglamentario.

El mencionado inciso 2° contrasta efectivamente y de manera notoria con lo preceptuado por el artículo 24 de la Ley 643 de 2001, en donde se ordena dar por terminada la concesión de manera unilateral, no propiamente cuando se haya omitido el pago, como se dispuso en el acto reglamentario, sino cuando el concesionario no haya cumplido o podido cumplir con esa meta de rentabilidad.

Finalmente, el inciso 3° del artículo 3° del Decreto 3535 de 2005 también habrá de ser retirado de la vida jurídica, en razón de su estrecha conexión con el inciso 2° del mismo artículo, del cual no es más que un apéndice o complemento.

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

PRIMERO: DECLARASE LA NULIDAD de los incisos 2° y 3° del artículo 3° del DECRETO 3535 del 6 de octubre 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*”, por las razones expresadas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda de nulidad interpuesta por los ciudadanos MIGUEL HERNANDO GONZÁLEZ RODRIGUEZ y ANTONIO BARRERA CARBONELL.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
Presidente

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN
Salva voto parcial

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO