

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION PRIMERA

Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil nueve (2009)

Radicación núm.: 11001 0325 000 **2006 00062 00**

Actor: **RODRIGO POMBO CAJIAO**

Procede la Sala a decidir en única instancia la demanda de nulidad de la referencia, interpuesta por el ciudadano RODRIGO POMBO CAJIAO, identificado con la cédula de ciudadanía número 79'941.158 de Bogotá, contra algunos artículos del Decreto 493 de 22 de marzo de 2001, proferido por el Gobierno Nacional.

I.- LA DEMANDA

Acude el actor ante esta Corporación en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C. C. A., subrogado por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989 para que, en proceso de única instancia, la Sala acceda a las siguientes

1. Pretensiones:

Que se declare la nulidad de los artículos 2° y 3° (*numerales 2, 3 y 5*) y 5° del Decreto 493 de 22 de marzo de 2001, proferida por el Gobierno Nacional, *“por medio del cual se reglamenta parcialmente el artículo 31 de la ley 643 de 2001”* y subsidiariamente se declare la legalidad condicionada de tales artículos, en el sentido y alcance que se exponen en la demanda.

Se solicita igualmente que se haga un pronunciamiento de fondo sobre la aplicabilidad de la excepción de inconstitucionalidad sobre las normas acusadas.

2. Hechos en que se funda la demanda

En la demanda se menciona que el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades reglamentarias establecidas en el artículo 189 numeral 11 de la Carta, expidió el Decreto demandado en abierta contradicción con algunos preceptos constitucionales y legales mediante los cuales se define el régimen jurídico de los juegos de suerte y azar.

3.- Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora señala como violados los Artículos 6, 83, 84, 150 (*numeral 11*), 189 (*numerales 10 y 11*), 209 y 333 de la Constitución Política de Colombia; los artículos 1 y 2 de la Ley 232 de 1995, los

artículos 1° (*numerales 1 y 2*) y 27 de la Ley 962 de 2005 y los artículos 1° y 31 de la Ley 643 de 2001.

Al explicar el concepto de la violación de las normas que se acaban de enunciar, el demandante concreta sus objeciones afirmando que el acto administrativo acusado, mediante el cual se reglamentó el trámite de autorización que ha de seguirse para la operación de juegos promocionales de suerte y azar, *“...desbordó ámbitos de competencia; vulneró los derechos constitucionales de la libertad y la libre empresa y desconoció el contexto legal que se inclina cada vez más por simplificar y aclarar los trámites en sede administrativa para hacer cada vez más agradable la convivencia ciudadana.”*

El actor señala en términos generales, que el establecimiento de trámites es de competencia del Congreso de la República. A pesar de lo anterior, admite que los mismos pueden ser establecidos por la administración en virtud de una autorización legal, siempre que el Departamento Administrativo de la Función Pública les imparta previamente su visto bueno, de conformidad con lo establecido en los numerales 1 y 2 del artículo 1° de la Ley 962 de 2005.

Señala también, que ninguna de las disposiciones de la Ley 232 de 1995 (*“Por medio de la cual se dictan normas para el funcionamiento de los establecimientos comerciales”*), establece como requisito para el funcionamiento y operación de los negocios, que se tramite previamente una autorización para la operación de juegos

promocionales, pues, según explica, la promoción es consustancial a toda actividad comercial, en la medida en que permite “*crear una cadena de demanda*” y contribuye a la inserción de los bienes y servicios en el mercado. Es precisamente por ello por lo que en dicha ley se consagra, a manera de mandato general, que ninguna autoridad puede exigir ninguna licencia o permiso de funcionamiento para continuar la actividad empresarial, ni exigir requisito alguno que no se encuentre expresamente ordenado por el legislador, con lo cual se busca dar agilidad a los negocios mercantiles y evitar que las autoridades intervengan innecesariamente en el funcionamiento de las empresas.

Por otra parte, estima el actor que lo establecido en los artículos 3° y 5° del Decreto demandado, presupone la emisión de unos conceptos previos al otorgamiento de las autorizaciones de operación de los juegos promocionales, lo cual es de suyo contrario a lo establecido en las disposiciones que se invocan como violadas, pues en ellas la exigencia de tales conceptos se encuentra proscrita. A partir de los argumentos expuestos, el actor concluye afirmando que sin concepto no hay autorización y sin ésta no puede realizarse la publicidad promocional del juego de suerte y azar. Por lo mismo, encuentra que ello es violatorio de las normas constitucionales y legales mencionadas en la demanda.

El demandante considera también que el acto reglamentario desbordó los límites de la ley reglamentada, lo que equivale a señalar que el

Presidente de la República obró sin competencia al expedirlo. En ese orden de ideas, el decreto cuestionado acabó dejando sin efecto alguno las disposiciones legales que pretendió desarrollar, lo cual constituye un verdadero exabrupto jurídico.

Por último, el actor solicita que se declare por vía general que en aquellos casos en los cuales la administración no se pronuncie dentro del término de cinco (5) días hábiles con respecto a las solicitudes de autorización para la operación promocional de los juegos de suerte y azar, opera a favor de los peticionarios el silencio administrativo positivo. En el evento de no prosperar la nulidad de los preceptos acusados, considera que la Sala debe declarar en todo caso *“...la legalidad condicionada al silencio administrativo positivo en aras de proteger los derechos fundamentales a la libre empresa; la presunción de buena fe; el debido proceso sin trámites administrativos excesivos e innecesarios, entre otros.”*

II.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nación (*Ministerio de Protección Social*) se hizo presente en el proceso para manifestar su oposición a las pretensiones de la demanda, por considerar que en este caso no se configura ninguno de los vicios en ella señalados.

Al justificar su postura, el apoderado de la Nación describió a grandes líneas el régimen jurídico de los juegos de suerte y azar y en particular

algunos aspectos relacionados con la operación, inspección, control, vigilancia y reglamentación del juego de apuestas permanentes o chance, destacando que ese monopolio rentístico constituye una fuente de ingresos para el Estado, los cuales son destinados exclusivamente a la financiación de los servicios de salud y educación. Si bien el establecimiento de monopolios como arbitrios rentísticos está constitucionalmente reservado al legislador, su organización y operación bien puede ser objeto de reglamentación por parte del Presidente de la República.

En ese contexto, el Decreto 423 del 22 de marzo de 2001 no hizo nada distinto a reglamentar parcialmente el artículo 31 de la Ley 643 del mismo año, con el objeto de precisar las condiciones y requisitos que se deben cumplir para la realización de los juegos promocionales ya mencionados.

En cuanto se refiere a la libertad de empresa y a la autonomía de la voluntad privada, el memorialista destacó que ellas no tienen un carácter absoluto, pues se encuentran limitadas por el bien común y el interés público. En ese mismo contexto, enfatizó que la Constitución de 1991 ordenó al Estado intervenir en el desarrollo de las diferentes actividades económicas para garantizar el acceso de todos a los servicios básicos de salud y educación y, en ese orden de ideas, el ejecutivo se encuentra facultado para reglamentar los monopolios rentísticos, como proyección de sus facultades de intervención económica.

Así las cosas, los requisitos exigidos por las normas demandadas, lejos de vulnerar los derechos invocados por el actor, garantizan la autonomía de las entidades territoriales, protegen la destinación específica de los recursos antes aludidos y permiten la participación de aquellas en la toma de decisiones en el ámbito de sus competencias.

Se refutó igualmente el cargo relativo al ejercicio desbordado de las facultades reglamentarias, afirmando que lo dispuesto en los artículos demandados no pretende nada distinto a encausar la ley hacia su operatividad efectiva, con la única intención de desarrollar y complementar sus preceptos, en aras de poder garantizar su más cumplida y puntual ejecución. Si bien compete al Congreso adoptar la ley de régimen propio que debe regir este tipo de monopolios, no es menos cierto que ello no significa que la ley deba agotar necesariamente todo el contenido de esta regulación.

III.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En esta etapa procesal, el actor reiteró los mismos argumentos planteados en la demanda, agregando tan solo su apreciación con respecto al carácter *“pírrico”* de la defensa efectuada por los apoderados de la Nación y al hecho de no haberse desvirtuado los cargos formulados contra el Decreto parcialmente acusado. Con arreglo a los mencionados planteamientos, solicita que se acceda a sus pretensiones.

Mientras el apoderado de la Nación - Ministerio de Protección Social guardó silencio, el apoderado de la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, presentó algunos argumentos similares a los que se consignaron en la contestación de la demanda, subrayando que el establecimiento de requisitos y limitaciones relativos a la explotación de este tipo de monopolios, encuentra su plena justificación en la necesidad de proteger los derechos que se derivan de su explotación y garantizar que los recursos recaudados por ese concepto tengan realmente la destinación específica que la Carta les asigna, motivo por el cual el Gobierno Nacional se encuentra plenamente facultado para limitar la organización y explotación de dicha actividad.

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado, considera que se deben denegar las pretensiones de la demanda.

Luego de realizar un resumen escueto de las actuaciones procesales surtidas y de precisar los extremos de la controversia, el agente del Ministerio Público comenta que el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política de 1991 establece la cláusula general de competencia reglamentaria en cabeza del Presidente de la República, poniendo de relieve que el ejercicio de dicha facultad, debe darse dentro del más estricto sometimiento a la ley.

Después de formular algunos planteamientos relacionados con la libertad de empresa y los alcances de la iniciativa privada, el Procurador Delegado comenta que el artículo 336 de la Constitución dejó en manos del legislador la decisión de establecer monopolios como arbitrios rentísticos. En la norma constitucional precitada, se dispone que los monopolios “...*estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental [...]*”, lo cual explica que la ley 643 de 2001 defina el régimen aplicable al monopolio rentístico de juegos de suerte y azar.

La “*reserva de ley*” se circunscribe en estos casos a la creación de los monopolios y a la definición de los criterios básicos relativos a su organización y funcionamiento. Lo anterior no obsta para que, ante el silencio del legislador, el Presidente de la República, actuando en su condición de suprema autoridad administrativa, ejerza las funciones reglamentarias que le corresponden.

En ese contexto, el precitado funcionario considera que el Decreto demandado fue proferido no solamente en ejercicio de la potestad reglamentaria general de que tratan los numerales 10 y 11 del artículo 189 de la Carta, sino además con fundamento en la autorización expresa emitida por el legislador, quien en el artículo 4° de la Ley 643 de 2001 estableció textualmente lo siguiente:

ARTICULO 4o. JUEGOS PROHIBIDOS Y PRACTICAS NO AUTORIZADAS. *Solo podrán explotarse los juegos de suerte y azar en las condiciones establecidas en la ley de régimen propio y de conformidad con su reglamento. [Negrillas ajenas al texto]*

Adicionalmente, la explotación de este monopolio rentístico presupone el cumplimiento de los principios de transparencia, racionalidad y eficiencia económica. Por lo mismo, el Procurador Delegado estima que la autorización otorgada por el Congreso de la República para regular la actividad de los juegos de suerte y azar, implica igualmente la facultad de explotar y autorizar la realización de los juegos promocionales a los cuales se refiere el artículo 31 de la Ley 643 de 2001. Así las cosas, las normas del Decreto cuestionado, además de buscar la rentabilidad y la eficiencia económica del monopolio, pretenden garantizar la protección del interés general y defender los derechos de los consumidores. Por las razones anteriormente mencionadas, se justifica asimismo el sometimiento de esta actividad comercial a la supervisión, vigilancia y control del Estado, a través de la Superintendencia Nacional de Salud.

Según su criterio, el enjuiciamiento de los preceptos demandados no puede reducirse al análisis del aspecto rentístico, dejando de advertir que el trámite en ellos consagrado guarda estrecha relación con los principios constitucionales y legales ya mencionados. Así las cosas, no es acertado predicar que el artículo 2° del Decreto 493 de 2001, sea contrario a la ley 643 de 2001, pues en el fondo simplemente se limita a señalar cuáles son las autoridades nacionales o territoriales competentes para emitir las autorizaciones tantas veces aludidas, sin que se observe en ello ninguna violación de las normas mencionadas en la demanda.

Con respecto al trámite establecido en el artículo 3° del Decreto 493 de 2001, no encuentra el Procurador Delegado que el mismo sea desproporcionado, innecesario o lesivo de los derechos de quienes organizan estos juegos promocionales. Antes por el contrario, está garantizando la seriedad y el cumplimiento de los premios ofertados, previa verificación de la conveniencia, solidez y respaldo de la actividad promocional, a partir de los elementos de juicio que allí se consagran.

En cuanto a los lineamientos que debe observar la pauta publicitaria, estima el agente del Ministerio Público que en ello tampoco se presenta ninguna ilegalidad, pues en aras de proteger la confianza del público y los derechos de los consumidores, es preciso que se garantice la más absoluta correspondencia entre lo autorizado y lo ofrecido en esos juegos promocionales de suerte y azar, y con mayor razón si se tiene en cuenta que en la pauta publicitaria se está comprometiendo el buen nombre de las entidades llamadas a emitir la respectiva autorización.

Por otra parte, en opinión del Procurador Delegado tanto el término establecido para la formulación de las solicitudes de autorización como el plazo que se le señala a la administración para decidir las, son completamente razonables y consultan el principio de eficiencia.

Por último, encuentra improcedente la petición subsidiaria que plantea el actor, pues los efectos positivo y negativo del silencio de la

administración deben ser definidos por el legislador y no por el Consejo de Estado.

V.- DECISIÓN

No observándose ninguna 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 2º, 3º (numerales 2, 3 y 5) y 5º del Decreto Reglamentario número 493 de 2001, expedido por el Presidente de la República, *“por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 31 de la Ley 643 de 2001”*, cuyo texto, en lo pertinente es del siguiente tenor:

DECRETO N° 493 DEL 22 DE MARZO DE 2001

Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 31 de la Ley 643 de 2001.

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las que le confieren el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y la Ley 643 de 2001,

DECRETA:

Artículo 2°. Autorización para la operación de juegos promocionales. Las personas naturales o jurídicas, que pretendan organizar y operar juegos de suerte y azar promocionales, deberán previamente solicitar y obtener autorización de la Empresa Territorial para la Salud -ETESA-, cuando el juego sea de carácter nacional; Cuando el juego sea de carácter departamental, distrital o municipal, la autorización deberá solicitarse a la Sociedad de Capital Público Departamental, S.C.P.D. en cuya jurisdicción vaya a operar el juego;

Para estos efectos, se entiende que un juego promocional es de carácter nacional, cuando el mismo se opera en la jurisdicción de dos o más departamentos, bien sea que cobije a todo el departamento, o solamente a algunos de sus municipios y distritos. Por el contrario, un juego promocional es de carácter departamental, cuando su operación se realiza únicamente en jurisdicción de un solo departamento y es de carácter distrital o municipal, cuando opera únicamente en jurisdicción de un solo distrito o municipio;

Artículo 3°. Requisitos de la solicitud de autorización. Las solicitudes de autorización para la operación de juegos promocionales deberán cumplir con los siguientes requisitos: [...]

2. Los planes de premios deberán contar con la respectiva justificación técnica y económica, el lugar y el calendario de realización de los sorteos.

3. Acompañar con la solicitud de autorización las facturas de compra, promesa de contrato de compraventa o certificado de matrícula inmobiliaria según el caso, de los bienes, servicios o elementos que componen el plan de premios o en su defecto, cotización de los mismos con un certificado de disponibilidad que garantice el pago de plan de premios. [...]

5. En toda solicitud deberá incluirse el proyecto de pauta publicitaria, la cual se ceñirá al manual de imagen corporativa de la Empresa Territorial para la Salud -ETESA- o de la respectiva Sociedad de Capital Público Departamental -(SCPD);

Artículo 5°. Trámite de la solicitud. Recibida la solicitud, la Empresa Territorial para la Salud -ETESA- o la respectiva Sociedad de Capital Público Departamental (SCPD), dentro de los cinco (5) días calendario siguientes y previo estudio técnico, jurídico y económico emitirá concepto sobre la viabilidad de la autorización y la comunicará al

interesado con el fin de que éste constituya la garantía de cumplimiento y cancele el valor de los derechos de explotación y gastos de administración.

Acreditada la constitución de la garantía de cumplimiento en los términos y condiciones señalados en el presente Decreto y el pago de los derechos de explotación y gastos de administración, la Empresa Territorial para la Salud -ETESA- o la respectiva Sociedad de Capital Público Departamental (SCPD), notificará al interesado el acto administrativo mediante el cual se otorga la autorización, cuyo término o vigencia en ningún caso podrá ser superior a un (1) año, haciéndole entrega de copia íntegra y auténtica de la misma.

Parágrafo. *No podrá iniciarse la publicidad del juego de suerte y azar promocional antes de obtener la respectiva autorización;*

2.- El problema jurídico a resolver

De conformidad con lo expuesto en las páginas precedentes, se trata de establecer, en primer término, si los artículos anteriormente transcritos y que forman parte del Decreto Reglamentario 493 de 2001, trasgredieron o no el derecho a la libertad de empresa consagrado en la Constitución Política de Colombia; en segundo término si lo allí preceptuado corresponde a un ejercicio desbordado de las facultades reglamentarias; y, por último, si el hecho de que el Gobierno Nacional no haya sometido el trámite previsto en ese Decreto a la aprobación del Departamento Administrativo de la Función Pública, se configura o no una violación de los mandatos contenidos en la Ley 962 de 2005.

Esta Sala también debe definir si es o no aplicable la excepción de inconstitucionalidad frente a las normas acusadas, de conformidad con la pretensión subsidiaria planteada por la parte actora.

4. Examen de los cargos

Antes de abordar el análisis de los cargos planteados en la demanda, se impone mencionar, a manera de premisa, que el acto acusado fue proferido por el Gobierno Nacional con la manifiesta intención de desarrollar reglamentariamente lo preceptuado en el artículo 31 de la Ley 643 de 2001, en el cual el Congreso de la República dispuso lo siguiente:

ARTICULO 31. Juegos Promocionales. *Son las modalidades de juegos de suerte y azar organizados y operados con fines de publicidad o promoción de bienes o servicios, establecimientos, empresas o entidades, en los cuales se ofrece un premio al público, sin que para acceder al juego se pague directamente.*

Los juegos promocionales generan en favor de la entidad administradora del monopolio derechos de explotación equivalentes al catorce por ciento (14%) del valor total del plan de premios.

*Los derechos mencionados deberán ser cancelados por la persona natural o jurídica gestora del juego **al momento de la autorización del mismo.***

Todos los premios de una promoción deben quedar en poder del público.

*La Empresa Territorial para la Salud (ETESA) originada en la asociación de los departamentos y el Distrito Capital, explotará los juegos promocionales en el ámbito nacional y **autorizará su realización.** Los juegos promocionales del nivel departamental y*

*municipal serán explotados y **autorizados** por la Sociedad de Capital Público Departamental (SCPD). (El resaltado es ajeno al texto)*

Es importante tener en cuenta además lo que establece el inciso 2° artículo 2° de la Ley 643 de 2001:

*“El monopolio rentístico de juegos de suerte y azar será ejercido de conformidad con lo dispuesto en la presente ley. **La explotación, organización y administración de toda modalidad de juego de suerte y azar estará sujeta a esta ley y a su reglamentación, expedida por el Gobierno Nacional**, la cual es de obligatoria aplicación en todo el territorio del país, cualquiera sea el orden o nivel de gobierno al que pertenezca la dependencia o entidad administradora bajo la cual desarrolle la actividad el operador. La vigilancia será ejercida por intermedio de la Superintendencia Nacional de Salud.” (El resaltado es ajeno al texto)*

En virtud de lo expuesto, la Sala observa, en primer término, que la Ley 643 de 2001 supeditó la realización de “todos” los juegos de suerte y azar, sin excepción alguna, a la autorización que expida la autoridad que sea competente atendiendo el factor territorial y, en segundo lugar, que la propia ley dejó prevista la expedición de actos reglamentarios relativos a la explotación, organización y administración de los juegos de suerte y azar, incluyendo dentro de ellos a los juegos de carácter promocional.

En concordancia con lo acabado de expresar, la Corte Constitucional, en Sentencia C-1191 de 2001 al referirse a la fijación del régimen propio del monopolio de los juegos de suerte y azar y a los alcances de la potestad reglamentaria que ostenta Presidente de la República, señaló:

41- 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.

Como bien se puede advertir, se tiene admitido en nuestro medio que el hecho de que el Congreso sea el competente para adoptar el régimen propio de los juegos de suerte y azar, de manera alguna significa que el ejecutivo no pueda ejercer las funciones reglamentarias que le asigna el artículo 189 numeral 11 de la Carta, y más aún cuando la propia ley reglamentada ha dejado prevista, tal como ocurre en este caso, la expedición de los actos reglamentarios correspondientes. Hechas estas acotaciones iniciales, entra a Sala a considerar los cargos que fueron consignados en la demanda.

4.1.- Examen del primer cargo:

La primera de las objeciones expuestas en la demanda, alude a la presunta trasgresión de las normas constitucionales y legales que consagran la libertad de empresa y prohíben la exigencia de autorizaciones y conceptos para el ejercicio de actividades y derechos.

En efecto, el demandante cuestiona en este proceso la legalidad de la autorización que por virtud de lo dispuesto en el Decreto 493 de 2001 se debe tramitar y obtener en forma previa por la persona natural o jurídica que pretenda realizar un juego de suerte y azar de carácter promocional, y el hecho de que en el acto reglamentario se esté exigiendo la emisión de un concepto sobre la viabilidad técnica, jurídica y económica de los juegos promocionales. En palabras muy escuetas, el actor considera que tanto el trámite de la autorización como la emisión del concepto antes referidos, violan en forma palmaria el inciso primero del artículo 333 de la Constitución Política de 1991 y constituye al mismo tiempo un desconocimiento de las prohibiciones establecidas en los artículos 1° de la Ley 232 de 1995 y 1° numeral 1 de la Ley 962 de 1995, en las cuales se dispone lo siguiente:

Constitución Política. Artículo 333.- La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. (El resaltado es ajeno al texto)

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

Ley 232 de 1995. Artículo 1°.- *Ninguna autoridad podrá exigir licencia o permiso de funcionamiento para la apertura de los establecimientos comerciales definidos en el artículo 515 del Código de Comercio, o para continuar su actividad si ya la estuvieren ejerciendo, **ni exigir el cumplimiento de requisito alguno, que no esté expresamente ordenado por el legislador.** (El resaltado es ajeno al texto)*

Ley 962 de 1995. Artículo 1°. Objeto y principios rectores. *La presente ley tiene por objeto facilitar las relaciones de los particulares con la Administración Pública, de tal forma que las actuaciones que deban surtirse ante ella para el ejercicio de actividades, derechos o cumplimiento de obligaciones se desarrollen de conformidad con los principios establecidos en los artículos 83, 84, 209 y 333 de la Carta Política. En tal virtud, serán de obligatoria observancia los siguientes principios como rectores de la política de racionalización, estandarización y automatización de trámites, a fin de **evitar exigencias injustificadas** a los administrados:*

1. Reserva legal de permisos, licencias o requisitos. *Para el ejercicio de actividades, derechos o cumplimiento de obligaciones, **únicamente podrán exigirse las autorizaciones, requisitos o permisos que estén previstos taxativamente en la ley o se encuentren autorizados expresamente por esta. En tales casos las autoridades públicas no podrán exigir certificaciones, conceptos o constancias.***

Las autoridades públicas no podrán establecer trámites, requisitos o permisos para el ejercicio de actividades, derechos o cumplimiento de obligaciones, salvo que se encuentren expresamente autorizados por la ley; ni tampoco podrán solicitar la presentación de documentos de competencia de otras autoridades. (El resaltado es ajeno al texto)

De conformidad con las anteriores disposiciones resulta indiscutible que en nuestro régimen constitucional se establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres. Con todo, su alcance se entiende supeditado al bien común, lo cual equivale a predicar que tales libertades no tienen un carácter absoluto e ilimitado como en forma acertada lo resalta el señor Agente del Ministerio Público.

Además de lo anterior, el inciso primero del artículo 333 dispone que ninguna autoridad se encuentra facultada para condicionar las actividades económicas o el ejercicio de los derechos a la expedición de permisos previos o al cumplimiento de requisitos que no hayan sido previstos ni autorizados por el legislador, aspectos éstos que fueron desarrollados por la ley 962 de 2005.

Para esta Corporación, las disposiciones de la Ley 962 de 2005 no pueden tenerse como parámetro de comparación para determinar la legalidad de las normas demandadas, pues aunque ellas son de mayor jerarquía en la escala normativa, dichas disposiciones fueron proferidas con posterioridad a la expedición del Decreto 493 de 2001. Esa circunstancia es más que suficiente para declarar que las posibles inconcordancias que pudieren existir entre las referidas disposiciones legales y las contenidas en el Decreto acusado, de manera alguna pueden determinar la nulidad de estas últimas, pues con ello se estaría incurriendo en una violación flagrante de los principios de seguridad jurídica e irretroactividad de la ley.

Dejando de lado el comentario que antecede, la Sala es del criterio que el acto administrativo acusado no es violatorio de las normas superiores invocadas en la demanda, pues si bien es verdad que en ellas se prohíbe expresamente a las autoridades exigir licencias o permisos de funcionamiento para autorizar la apertura o continuidad de los establecimientos de comercio, o exigir el cumplimiento de requisito alguno que no esté expresamente ordenado por el legislador, en este caso la misma Ley 643 de 2001 fue la que dispuso en su artículo 31 la emisión de las autorizaciones y la expedición de los actos reglamentarios que ahora son objeto de censura.

Es preciso considerar, por otra parte, que el monopolio de los juegos de suerte y azar constituye un arbitrio rentístico debidamente autorizado por nuestro ordenamiento jurídico, cuya explotación reporta unos ingresos de destinación específica que solamente pueden ser invertidos en los ramos de la salud y la educación. Al mismo tiempo, debe tenerse en cuenta que las autorizaciones y conceptos cuestionados coinciden plenamente con lo preceptuado en el artículo 31 de la Ley 643 de 2001, pues es clara su intención de contribuir al estricto cumplimiento de lo que allí se dispone, especialmente en lo que atañe a la cancelación de los derechos de explotación y al pago efectivo de los premios.

En efecto, la norma legal que fue objeto de reglamentación determina de manera perentoria que la totalidad de los premios que formen parte de un juego promocional, deben quedar necesariamente en poder del

público y establece asimismo que la persona natural o jurídica que obre como gestora del juego debe cancelar los derechos de explotación del juego promocional “[...] *al momento de la autorización*”. Además de garantizar que las sumas de dinero provenientes de la explotación de los juegos promocionales, sean recaudadas de manera efectiva para que cumplan con la finalidad social que establece nuestra Constitución, se busca evitar la evasión fiscal en la explotación de los monopolios ya mencionados.

Así las cosas, el hecho de que en cumplimiento de las normas demandadas, la Empresa Territorial para la Salud -ETESA- o la respectiva Sociedad de Capital Público Departamental (SCPD), exijan la justificación técnica y económica del plan de premios; la precisión del lugar y el calendario de realización de los sorteos; la entrega de las facturas de compra, promesa de contrato de compraventa o certificado de matrícula inmobiliaria según el caso, de los bienes, servicios o elementos que componen el plan de premios o en su defecto, la cotización de los mismos con un certificado de disponibilidad que garantice el pago de plan de premios; la constitución de la garantía de cumplimiento y la cancelación del valor de los derechos de explotación y gastos de administración, no significa en modo alguno que se esté obrando al margen del ordenamiento jurídico, pues el Presidente de la República, al establecer dichas exigencias, no está haciendo nada distinto a garantizar el estricto cumplimiento del precepto legal reglamentado. De no ser así, el pago efectivo de los premios y la cancelación de los derechos de explotación, podría quedar en

entredicho, afectándose no solo la confianza del público sino la misma prestación de los servicios de salud y de salud. En otras palabras, la Sala encuentra que las medidas reglamentarias concuerdan plenamente con el propósito de garantizar que la realización de los juegos promocionales de suerte y azar se lleve a cabo sin menoscabo ni peligro para el público, propósitos que tornan jurídicamente admisible que se establezcan restricciones a la libertad de empresa y a la iniciativa privada, en defensa del interés general. En ese orden de ideas y teniendo en cuenta el acervo de razones expuestas, el cargo propuesto no está llamado a prosperar.

4.2.- Examen del segundo cargo:

En cuanto al señalamiento contenido en la demanda con respecto a la presunta extralimitación en el ejercicio de las facultades reglamentarias, la Sala considera que el cargo carece de fundamento, pues tal como se señaló anteriormente, los preceptos acusados no contienen mandato alguno que desborde lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 643 de 2001. En otras palabras, la Sala estima que la parte actora no demostró que los apartes acusados sean representativos del ejercicio irregular de la atribución que el artículo 189 numeral 11 de la Constitución radica en cabeza del Presidente de la República, pues se limitan de manera llana y simple a concretar la aplicación estricta de la norma legal reglamentada.

En cuanto a la exigencia de que pauta publicitaria se ciña al manual de imagen corporativa de la Empresa Territorial para la Salud -ETESA- o de la respectiva Sociedad de Capital Público Departamental -(SCPD), la Sala comparte las ideas expresadas por el Ministerio Público, en el sentido de señalar que con ello no se está incurriendo en ningún exceso en el ejercicio de las atribuciones reglamentarias, por cuanto el aval que se da a los juegos promocionales, de alguna manera compromete la imagen de la entidad que los autoriza y por otra parte, la incorporación de sus logotipos en la documentación respectiva es una circunstancia que está llamada a tener incidencia directa en la generación de la confianza del público.

4.3.- Examen del tercer cargo:

Tal como se mencionó en páginas anteriores, el actor considera que el Gobierno trasgredió de manera flagrante lo dispuesto en el artículo 1° numerales 1 y 2 de la Ley 962 de 2005, pues al reglamentar lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 643 de 2001, incumplió la obligación que tenía de someter previamente el trámite establecido en ese Decreto, a la aprobación del Departamento Administrativo de la Función Pública, incurriendo de esa manera en una omisión inadmisible que compromete seriamente la legalidad del acto acusado.

Frente a los anteriores señalamientos, la Sala se remite a las consideraciones que ya se hicieron con respecto a la imposibilidad de cotejar las normas del decreto demandado con las de la Ley 962 de

2005, toda vez que ello entrañaría la aplicación retroactiva de esta última, en contravía de lo dispuesto en la Ley 153 de 1887, pues por principio las leyes solamente producen efectos hacia el futuro y rigen a partir de su promulgación, a menos de que se trate de normas constitucionales, de disposiciones sancionatorias más favorables o de preceptos de carácter procesal.

En suma, la Sala se permite reiterar que el análisis de legalidad de las normas demandadas en acción de nulidad, necesaria e indefectiblemente debe realizarse frente a aquellas disposiciones a las cuales debían estar sujetas al momento de su adopción. Sobre el particular, el Consejo de Estado, al pronunciarse sobre una situación parecida expresó:

En cuanto a la alegada violación de los art. 41 “y siguiendo” de la ley 09 de 1979; 104 “y siguiente del decreto reglamentario 2104 de 1983 y 78 “y concordantes” del decreto 02 de 1979, la Sala hace notar a la parte actora que resulta un imposible jurídico predicar su quebrantamiento por el acto acusado, toda vez que dicha norma no existía al momento de expedirse aquél, es decir en el año de 1974. En razón de ello, la Sala se abstiene de analizar tales acusaciones, pues el examen de la legalidad de los actos administrativos debe realizarse indefectiblemente con relación a las disposiciones a “las que debían estar sujetos”, como lo expresaba originalmente el art. 84 del C.C.A. o “las normas en que deberían fundarse”, como lo expresa el art. 14 del decreto ley 2304 de 1989, lo cual se traduce en el respeto a las normas superiores vigentes al momento de su expedición, salvo en relación con las disposiciones

*constitucionales frente a las cuales puede darse el fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente.*¹

En virtud de lo anterior, el cargo propuesto debe ser desestimado.

4.4.- Examen de las pretensiones subsidiarias

Debiendo denegarse las pretensiones principales por las razones que quedan expuestas, entra la Sala a considerar ahora si resulta o no procedente que se de aplicación a la excepción de inconstitucionalidad frente a las normas acusadas, de conformidad con la solicitud formulada por la parte actora. La anterior petición del demandante se concreta en lo siguiente: *“Que se exprese el Tribunal (sic) sobre la aplicabilidad de la excepción de constitucionalidad sobre las normas acusadas de que tratan las pretensiones primera y segunda de esta acción en los términos y alcances que se exponen en el acápite, “Concepto de la violación” de la presente demanda.”*

Pues bien. Luego de revisar de manera minuciosa el capítulo de la demanda antes señalado, no encuentra la Sala que en él se haya sustentado la anterior petición, ante lo cual se torna imposible determinar si es o no viable atender de manera favorable dicha solicitud, lo cual le impide realizar un examen amplio de constitucionalidad del acto acusado, supliendo las omisiones del actor, quien tenía la carga de acreditar el fundamento de su pretensión,

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 14 de julio de 1995, Radicación número: 2346, Consejero ponente: LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ.

además de que no se observa violación a derecho fundamental alguno que soporte la nulidad invocada .

Con respecto a la pretensión de que se determine por vía general los efectos jurídicos que debe producir el silencio de la administración frente a las solicitudes de autorización de los juegos promocionales, la Sala se permite declarar que es al Congreso de la República a quien corresponde disponer si el silencio de la administración ante las peticiones de los administrados, debe producir los efectos propios del silencio administrativo o negativo.

Finalmente y por considerar que los preceptos demandados se ajustan por completo al ordenamiento jurídico, no hay lugar a declarar la legalidad condicionada de los mismos.

Como conclusión de lo manifestado en esta providencia, la Sala considera que el actor no logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto demandado.

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: DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

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
PIANETA**
Presidenta

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT

**MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN
MORENO**

MARCO ANTONIO VELILLA