

Bogotá, D.C., 24 de junio de 2014

Señores

MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

E. S. D.

Ref.: Demanda de inconstitucionalidad parcialmente contra el artículo 2 del Decreto 4144 de 2011.

Actor: CAMILO ALBERTO PAEZ OSPINA.

Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

Expediente No. D-10162

Concepto No. 5788

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 242, numeral 2o., y 278, numeral 5o., de la Constitución Política, rindo concepto en relación con la demanda que presentó en ejercicio de su ciudadanía **CAMILO ALBERTO PAEZ OSPINA** parcialmente contra el artículo 2 del Decreto 4144 de 2011, el cual se cita textualmente con los apartes demandados subrayados:

“DECRETO 4144 DE 2011

(3 de noviembre de 2011)

Diario Oficial No. 48.242 de 3 de noviembre de 2011

"Por el cual se determina la adscripción del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar y se reasignan funciones".

(...)

ARTÍCULO 2 (sic). FUNCIONES. *Modifícase el artículo 47 de la Ley 643 de 2001, el cual quedara así:*

“Artículo 47. Funciones del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar. *Le corresponde al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, cumplir las siguientes funciones:*

1. Aprobar y expedir los reglamentos y sus modificaciones de las distintas modalidades de juegos de suerte y azar, cuya explotación corresponda a las entidades territoriales.

2. Definir los indicadores que han de tenerse como fundamento para calificar la gestión, eficiencia y rentabilidad de las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de capital público departamental (SCPD) y demás agentes que sean administradores u

operadores de juegos de suerte y azar, cuya explotación corresponda a las entidades territoriales.

3. Establecer los eventos o situaciones en que las empresas que sean administradoras u operadores de juegos de suerte y azar cuya explotación corresponda a las entidades territoriales, deban someterse a planes de desempeño para recobrar su viabilidad financiera e institucional o deben ser definitivamente liquidadas y la operación de los juegos respectivos puesta en cabeza de terceros.

4. Establecer el término y condiciones en que las empresas que sean administradoras u operadoras de juegos de suerte y azar cuya explotación corresponda a las entidades territoriales, podrán recuperar la capacidad para realizar la operación directa de la actividad respectiva.

5. Evaluar anualmente la gestión, eficiencia y rentabilidad de las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de capital público departamental (SCPD) y demás agentes que sean administradores u operadores de juegos de suerte y azar, cuya explotación corresponda a las entidades territoriales.

6. Determinar los porcentajes de las utilidades que las empresas territoriales operadoras de juegos de suerte y azar, podrán utilizar como reserva de capitalización y señalar los criterios generales de utilización de las mismas. Así mismo, determinar los recursos a ser utilizados por tales empresas como reservas técnicas para el pago de premios.

7. Vigilar el cumplimiento de la Ley 643 de 2001 y de los reglamentos de las distintas modalidades de juegos de suerte y azar, cuya explotación corresponda a las entidades territoriales.

8. Llevar las estadísticas y recopilar la información relacionada con la explotación del monopolio de juegos de suerte y azar, que corresponda a las entidades territoriales.

9. Preparar reglamentaciones de ley de régimen propio, y someterlas a consideración al Ministro de Hacienda y Crédito Público.

10. Emitir conceptos con carácter general y abstracto sobre la aplicación e interpretación de la normatividad que rige la actividad monopolizada de los juegos de suerte y azar en el nivel territorial.

11. Darse su propio reglamento.

12. Las demás que le asigne la ley”.

1. Planteamiento de la demanda

El ciudadano PAEZ OSPINA afirma que las funciones asignadas al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar de definir los indicadores que sirvan de fundamento para calificar la gestión, eficiencia y efectividad de todas las empresas, agentes y operadores de juegos de suerte y azar cuya explotación corresponda a las entidades territoriales; establecer los eventos o situaciones en que los mismos deban someterse a planes de desempeño para recuperar su viabilidad financiera e institucional o para ser liquidadas y poner en cabeza de terceros la operación de los juegos que tenían a su cargo; y, establecer los términos y condiciones para que las empresas administradoras u operadoras de juegos de suerte y azar cuya explotación corresponda a las entidades territoriales puedan recuperar la capacidad para realizar la operación directa de la actividad respectiva, de acuerdo con lo regulado en los numerales 2, 3 y 4 del Decreto 4144 de 2011, vulneraron las precisas facultades extraordinarias para legislar que el Congreso de la República le confirió al Presidente de la República por exceso de éste en el ejercicio de las mismas al asignarle en forma permanente al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar su potestad reglamentaria para la cumplida ejecución de las leyes, porque el contenido de las disposiciones demandadas corresponden a la producción normativa propia del desarrollo reglamentario que le compete al Presidente de la República.

Al respecto, el actor afirma:

“Si se revisa (sic.) cuidadosamente las disposiciones, corresponden a producción normativa de carácter general, abstracto e impersonal, propio del desarrollo reglamentario que la misma Constitución, artículo 189 numeral 11, radica en cabeza del Presidente de la República como Jefe de Gobierno.

La Constitución Política asigna al Presidente de la República la facultad de reglamentar las leyes para su debida ejecución, facultad que ejerce como Jefe de Gobierno por expreso mandato constitucional.

De acuerdo a esto y dado que la misma Constitución exige el acompañamiento del Ministro o jefe de Departamento para los actos de Gobierno, los reglamentos de la Ley los expide el Presidente con el acompañamiento del Ministro del ramo, tal y como dispuso el Legislador

en el artículo 51 de la Ley 643 de 2011 al asignar las competencias analizadas.

(...)

Si no es posible transferir de manera permanente esta facultad constitucional propia del Presidente de la República mediante un Decreto proferido en ejercicio de Facultades Extraordinarias conferidas por el Legislador, se estaría violando además el artículo 150 numeral 10 de la Constitución Nacional y la ley de facultades, Ley 1444 de 2011, pues nos encontramos ante un desbordamiento en el ejercicio de las facultades conferidas.

(...)

Y esto es así porque al expedir la norma acusada consideró erradamente el legislador delegado que la función correspondía a la órbita exclusiva del ministerio de salud, es decir que se trataba de una función asignada a este ministerio, sin percatarse que la ley 643 delegaba en el Gobierno Nacional, es decir el Presidente de la República y el ministro del ramo, que en este caso el mismo legislador determinó fuera el de salud, la reglamentación de los aspectos relevantes de la Ley del régimen propio, entre otros los relacionados en las normas acusadas.

b. Se pregunta además en la demanda si siendo de reserva de ley la definición de la organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos, ley que debe tener iniciativa gubernamental, de conformidad con lo ordenado en el artículo 336 de la Constitución Nacional, podía válidamente el legislador delegado afectar aspectos propios de la organización y control, transfiriendo una función que la Ley del Régimen Propio y la misma Constitución Nacional asignaron en cabeza del Gobierno Nacional, para reasignarla en un órgano de la administración central como el Consejo Nacional de Juegos

(...)

Por demás, tampoco resultaría constitucionalmente válido que el Legislador confiriera al Presidente la facultad de modificar el régimen propio, función que le corresponde ejercer al primero mediante la expedición de una ley de iniciativa gubernamental, pues de asignar tal función de manera pro tempore no encontraríamos ante la situación que quien tiene la iniciativa es a la vez quien expide la norma, violando el artículo 336 constitucional en razón a que las modificaciones a la organización, administración, control y explotación del monopolio rentístico no se da, como ordena la norma, a través de una ley expedida por el Congreso de la República, que parta de la iniciativa gubernamental, sino que lo es mediante Decreto expedido en ejercicio de facultades extraordinarias, soslayando así el debate parlamentario que quiere el Constituyente frente a temas tan sensibles como el de los monopolios rentísticos.

(...)

Como expondremos, al expedir el Presidente de la República el Decreto Ley 4144 de 2011, debió ceñirse a las precisas facultades otorgadas, limitando su actividad legislativa a la reasignación de funciones y competencias orgánicas entre las entidades y organismos de la administración pública nacional; por ende, no le estaba permitido establecer y asignar funciones y competencias nuevas al Consejo Nacional de Juegos que no estuvieran previstas en leyes anteriores, ni asignadas con antelación a otro ente y órgano de la Administración

Pública, como sucedió con las normas que se acusan por esta acción pública, por las cuales se asignaron nuevas funciones y competencias al Consejo Nacional de Juegos que no estaban en cabeza de órgano o entidad de la Administración Pública nacional, ya que se trata de facultades constitucionales propias del Presidente de la República que ejerce como Jefe de Gobierno y que por lo tanto no pueden entregarse de manera permanente a ningún ente u órgano de la administración pública, so pena de exceder las facultades conferidas en la Ley y la Constitución”.

2. Problema jurídico

Corresponde establecer si las funciones asignadas al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, consistentes en definir los indicadores que sirvan de fundamento para calificar la gestión, eficiencia y efectividad de todas las empresas, agentes y operadores de juegos de suerte y azar cuya explotación corresponda a las entidades territoriales; establecer los eventos o situaciones en que los mismos deban someterse a planes de desempeño para recuperar su viabilidad financiera e institucional o para ser liquidadas y poner en cabeza de terceros la operación de los juegos que tenían a su cargo; y, establecer los términos y condiciones para que las empresas administradoras u operadoras de juegos de suerte y azar cuya explotación corresponda a las entidades territoriales puedan recuperar la capacidad para realizar la operación directa de la actividad respectiva, violaron las precisas facultades extraordinarias para legislar que el Congreso de la República le confirió al Presidente de la República por exceso de éste en el ejercicio de las mismas al asignarle en forma permanente al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar su potestad reglamentaria para la cumplida ejecución de las leyes, porque el contenido de las disposiciones demandadas corresponden a la producción normativa propia del desarrollo reglamentario que le compete al Presidente de la República.

3. Análisis Jurídico

Para poder resolver, de fondo, el problema jurídico planteado relacionado con un exceso o extralimitación en el ejercicio de funciones extraordinarias concedidas al Presidente de la República para legislar al expedir el Decreto 4144 de 2011, en lo que compete a los numerales 2, 3 y 4 del artículo 2 (*sic.*), en cuanto a las funciones asignadas al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar de definir los indicadores que sirvan de fundamento para calificar la gestión, eficiencia y efectividad de todas las empresas, agentes y operadores de juegos de suerte y azar cuya explotación corresponda a las entidades territoriales; establecer los eventos o situaciones en que los mismos deban someterse a planes de desempeño para recuperar su viabilidad financiera e institucional o para ser liquidadas y poner en cabeza de terceros la operación de los juegos que tenían a su cargo; y, establecer los términos y condiciones para que las empresas administradoras u operadoras de juegos de suerte y azar cuya explotación corresponda a las entidades territoriales puedan recuperar la capacidad para realizar la operación directa de la actividad respectiva, se debe revisar la correlación entre la ley que concedió las correspondientes facultades para legislar extraordinariamente al Presidente de la República y el empleo de las mismas en las normas atacadas, para posteriormente establecer si las funciones aludidas asignadas al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar realmente obedecen a la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

Sin embargo, antes de entrar en materia se debe dejar en claro que la demanda resulta inepta en la dirección de no permitir conocer de fondo acerca de la misma por falta de presupuestos procesales, debido a la falta de claridad en su formulación ya que el actor, en sentido estricto, se limita a hacer una afirmación de inconstitucionalidad a partir de un ejercicio comparativo del contenido normativo demandado frente al artículo 51 de la Ley 643 de 2001, pero sin demostrar porqué ambos contenidos

normativos son o deben ser, obligatoriamente, la expresión, producto o resultado del ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República para la cumplida ejecución de las leyes. Por tanto, se solicitará a la Corporación Judicial declararse inhibida para conocer de fondo de la demanda de la referencia.

Sin embargo, si la Corte Constitucional decide abordar de fondo el estudio de la demanda de la referencia, en esa vía el Ministerio Público hará subsidiariamente las consideraciones pertinentes.

La Ley 1444 de 2011 fue expedida para escindir unos ministerios, crear otros como consecuencia de dichas escisiones y conferir al Presidente de la República facultades extraordinarias para legislar destinadas a modificar la estructura de la administración pública, especial pero no única y excluyentemente como consecuencia de las escisiones y creaciones de ministerios, tal como se puede ver en su artículo 18 en los siguientes términos:

“Artículo 18. Facultades Extraordinarias. *De conformidad con lo establecido en el artículo 150 numeral 10 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, por el término de seis (6) meses, contados a partir de la fecha de publicación de la presente ley para:*

a) Crear, escindir, fusionar y suprimir, así como determinar la denominación, número, estructura orgánica y orden de precedencia de los departamentos administrativos;

b) Determinar los objetivos y la estructura orgánica de los Ministerios creados por disposición de la presente ley, así como la integración de los sectores administrativos respectivos;

c) Modificar los objetivos y estructura orgánica de los Ministerios reorganizados por disposición de la presente ley, así como la integración de los sectores administrativos respectivos;

d) Reasignar funciones y competencias orgánicas entre las entidades y organismos de la Administración Pública nacional y entre estas y otras entidades y organismos del Estado;

e) Crear, escindir y cambiar la naturaleza jurídica de los establecimientos públicos y otras entidades u organismos de la rama ejecutiva del orden nacional;

f) Señalar, modificar y determinar los objetivos y la estructura orgánica de las entidades u organismos resultantes de las creaciones, fusiones o escisiones y los de aquellas entidades u organismos a los cuales se trasladen las funciones de las suprimidas, escindidas, fusionadas o transformadas, y de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado;

g) Crear las entidades u organismos que se requieran para desarrollar los objetivos que cumplieran las entidades u organismos que se supriman, escindan, fusionen o transformen, cuando a ello haya lugar;

h) Determinar la adscripción o la vinculación de las entidades públicas nacionales descentralizadas;

i) Realizar las modificaciones presupuestales necesarias para financiar los gastos de funcionamiento e inversión necesarios para el cumplimiento de las funciones que se asignen a las entidades creadas, escindidas, suprimidas, fusionadas o reestructuradas en desarrollo de las facultades otorgadas por la presente ley;

j) Crear los empleos en la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación que se requieran para asumir las funciones y cargas de trabajo que reciba como consecuencia de la supresión o reestructuración del DAS. En los empleos que se creen se incorporarán los servidores públicos que cumplan estas funciones y cargas de trabajo en la entidad reestructurada o suprimida, de acuerdo con las necesidades del servicio. Igualmente, se realizarán los traslados de recursos a los cuales haya lugar.

Parágrafo 1°. *Las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República en el presente artículo para renovar y modificar la estructura de la Administración Pública nacional serán ejercidas con el propósito de garantizar la eficiencia en la prestación del servicio público, hacer coherente la organización y funcionamiento de la Administración Pública y con el objeto de lograr la mayor rentabilidad social en el uso de los recursos públicos.*

Parágrafo 2°. *El Presidente de la República determinará la planta de personal necesaria para el funcionamiento de las entidades creadas, escindidas, suprimidas, fusionadas o reestructuradas en desarrollo de las facultades otorgadas por la presente ley.*

Parágrafo 3°. *Esta ley garantiza la protección integral de los derechos laborales de las personas vinculadas a las distintas entidades del Estado reestructuradas, liquidadas, escindidas, fusionadas o suprimidas. Si fuese estrictamente necesaria la supresión de cargos, los*

afectados serán reubicados o reincorporados, de conformidad con las leyes vigentes”.

El artículo 6 de tal ley escinde el Ministerio de la Protección Social y, como consecuencia de dicha escisión, el artículo 9 ibidem crea el Ministerio de Salud y Protección Social. Como consecuencia de dicha transformación del sector de la protección social, el Gobierno Nacional expide el Decreto 4144 de 2011 para determinar la adscripción del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar al Ministerio de Hacienda porque el mismo estaba adscrito al escindido Ministerio de la Protección Social como consecuencia de su creación mediante la Ley 643 de 2001 como adscrito al en ese entonces Ministerio de Salud, que posteriormente pasó a convertirse en el integrado Ministerio de la Protección Social (creado mediante la Ley 790 de 2002, por fusión de los en ese momento Ministerios de Trabajo y Seguridad Social y de Salud).

En el ejercicio de reestructuración del Estado a través de facultades extraordinarias concedidas al Presidente de la República mediante la ley señalada, se crea la Empresa Industrial y Comercial del Estado Administradora del Monopolio Rentístico de los Juegos de Suerte y Azar – COLJUEGOS a través del Decreto 4142, para cumplir dicha actividad en el orden nacional. Como consecuencia de esa creación empresarial era necesario resolver lo correspondiente al control de los monopolios rentísticos de los juegos de suerte azar en el nivel regional, razón por la cual el Legislador extraordinario trasladó dichas funciones al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, tal como lo expresó en la parte considerativa del Decreto 4144 de 2011, en los siguientes términos:

*“Que el artículo 46 de la Ley 643 de 2001 creó el Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, adscrito al Ministerio de Salud, hoy Ministerio de Salud y Protección Social y determinó su conformación.
Que de conformidad con lo establecido en los artículos 39 y 42 de la Ley 489 de 1998, el Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar es un organismo administrativo que pertenece a la Rama Ejecutiva del Sector Central e integra el Sector Administrativo de la Salud y Protección Social.*

Que se requiere reorganizar el esquema institucional para la administración y explotación del monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar, para lo cual se creó una Empresa Industrial y Comercial del Estado denominada COLJUEGOS, que tendrá a su cargo dichas funciones y estará adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
Que para hacer coherente la organización de la Administración Pública, se requiere cambiar la adscripción del citado Consejo del Ministerio de Salud y Protección Social al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y en consecuencia modificar su composición.
Que en el marco de la creación de COLJUEGOS y de la definición de sus competencias, resulta necesario reasignar a dicha Empresa las funciones del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar relacionadas con los juegos de suerte y azar del ámbito nacional y en consecuencia, modificar las funciones del mismo, contenidas en el artículo 47 de la Ley 643 de 2001”.

Lo anterior demuestra que, desde el punto de vista formal, era apenas obvio que el Presidente de la República hiciera uso, válidamente, de las facultades extraordinarias concedidas para legislar mediante la Ley 1444 de 2011, con el fin de garantizar el control de los monopolios rentísticos de los juegos de suerte y azar cuya explotación corresponde a los entes territoriales.

Ahora bien, como del contenido de los numerales 2, 3 y 4 del Decreto 4144 de 2011 claramente se observa que las funciones asignadas al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar aluden a una intervención del Estado en la economía en lo que tiene que ver con los monopolios rentísticos de la explotación de los juegos de suerte y azar en el nivel territorial para efectos de mejorar la calidad de vida de los habitantes de los departamentos y municipios en materia de salud, por tal razón se hace necesario examinar el contexto constitucional que corresponde a dicha intervención.

El artículo 334 de la Constitución Política establece que el Estado interviene en la economía para racionalizarla, con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de sus habitantes y asegurar que todas las personas tengan acceso a los bienes y servicios básicos. El artículo 336 ibídem prescribe que las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios

de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud. Los dos artículos mencionados, en concordancia con el numeral 21 del 150 ibídem, señalan que la intervención del Estado en la economía, incluido lo correspondiente a la organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos, debe hacerse mediante ley.

En ese contexto constitucional se expidió la Ley 643 de 2001, con el fin de fijar el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, donde en su capítulo X establece las disposiciones relativas a la eficiencia del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar. Su artículo 50 define directamente los criterios de eficiencia mediante los cuales deben ser evaluados quienes se dediquen a la explotación de juegos de suerte y azar. Con base en dichos criterios, el artículo 51 ibídem, establece en cabeza del Ministerio de Salud la función de definir los indicadores que deben aplicarse para calificar la gestión, eficiencia y rentabilidad de quienes se dediquen a la explotación de los monopolios rentísticos de suerte y azar; también dicho ministerio debe establecer los eventos o situaciones en que tales explotadores deben someterse a planes de desempeño para recobrar su viabilidad financiera e institucional, o deben ser definitivamente liquidados y la operación de los juegos respectivos puesta en cabeza de terceros, así como lo correspondiente al término y condiciones en las cuales tal explotador del monopolio puede recuperar la capacidad para realizar la operación directa de la actividad respectiva.

El artículo 52 ibídem fija en cabeza del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar la competencia para calificar anualmente la eficiencia de los entes explotadores de los monopolios rentísticos de juegos de suerte y azar, lo que para el caso de los entes públicos implica su sometimiento a un plan de desempeño para recuperar su viabilidad financiera e institucional, o a la recomendación perentoria de liquidación de la misma, de acuerdo con los criterios fijados por el reglamento, y para el caso de los explotadores privados su calificación insatisfactoria es causal legítima no

indemnizable de terminación unilateral de los contratos de concesión o revocatoria de la autorización de operación. El artículo 53 ibídem, establece que la inspección, vigilancia y control del recaudo y aplicación de los recursos del monopolio de juegos de suerte y azar corresponde a la Superintendencia Nacional de Salud, las que deben ser ejercidas de conformidad con las normas señaladas en la misma Ley 643 de 2001 y las normas y procedimientos establecidos en las disposiciones que regulan la estructura y funciones de dicha entidad. Los asuntos normativos referidos se perciben así:

“CAPITULO XI

Disposiciones relativas a la eficiencia del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar

ARTÍCULO 50. Criterios de eficiencia. *Las empresas industriales y comerciales, las sociedades de capital público administradoras u operadoras de juegos de suerte y azar (SCPD y Etesa) y los particulares que operen dichos juegos, serán evaluados con fundamento en los indicadores de gestión y eficiencia que establezca el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Salud, teniendo en cuenta los siguientes criterios:*

Ingresos.

Rentabilidad.

Gastos de administración y operación; y

Transferencias efectivas a los servicios de salud.

Cuando una empresa industrial y comercial del Estado o Sociedad de Capital Público Departamental (SCPD), cuyo objeto sea la explotación de cualquier modalidad de juego de suerte y azar, presente pérdidas durante tres (3) años seguidos, se presume de pleno derecho que no es viable y deberá liquidarse o enajenarse la participación estatal en ella, sin perjuicio de la intervención a la que podrá someterla la Superintendencia Nacional de Salud, una vez que la evaluación de los indicadores de gestión y eficiencia (sic.) previo concepto del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar.

ARTÍCULO 51. Competencia para la fijación de indicadores de gestión y eficiencia. *Los indicadores que han de tenerse como fundamento para calificar la gestión, eficiencia y rentabilidad de las empresas industriales y comerciales, de las sociedades de capital público administradoras u operadoras de juegos de suerte y azar (SCPD) y Etesa) y de los operadores particulares de juegos de suerte y azar serán definidos por el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Salud, atendiendo los criterios establecidos en la presente ley. Así mismo, el Gobierno a través del Ministerio de Salud, establecerá los eventos o situaciones en que tales entidades, sociedades públicas o privadas deben someterse a planes de desempeño para recobrar su viabilidad financiera e institucional, o deben ser definitivamente*



LEGISmóvil

La actualidad jurídica en el momento en que ocurre



PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION

Procurador General

Concepto No. 5788

liquidadas y la operación de los juegos respectivos puesta en cabeza de terceros. Igualmente, el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Salud establecerá el término y, condiciones en que la sociedad explotadora del monopolio podrá recuperar la capacidad para realizar la operación directa de la actividad respectiva.

ARTÍCULO 52. Competencia para la calificación de la eficiencia.

Corresponde al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar calificar anualmente la gestión y eficiencia de las empresas industriales y comerciales, de las sociedades de capital público departamental y nacional (SCPD y Etesa) o privado, administradoras u operadoras de juegos de suerte y azar.

La calificación insatisfactoria de la gestión, eficiencia y rentabilidad de las empresas industriales y comerciales y de las sociedades de capital público administradoras u operadoras de juegos de suerte y azar (SCPD y Etesa) dará lugar al sometimiento del ente a un plan de desempeño para recuperar su viabilidad financiera e institucional, o a la recomendación perentoria de liquidación de la misma, de acuerdo con los criterios fijados por el reglamento. En caso de calificación insatisfactoria en los particulares será causal legítima no indemnizable de terminación unilateral de los contratos de concesión o revocatoria de la autorización de operación.

ARTÍCULO 53. *Competencia de inspección, vigilancia y control. La inspección, vigilancia y control del recaudo y aplicación de los recursos del monopolio de juegos de suerte y azar corresponde a la Superintendencia Nacional de Salud. Estas actividades se ejercerán de conformidad con las normas señaladas en la presente ley y las normas y procedimientos señaladas en las disposiciones que regulan la estructura y funciones de dicha entidad. Lo anterior sin perjuicio de las funciones de control policivo que es competencia de las autoridades departamentales, distrital y municipales.*

Las personas naturales y jurídicas, públicas y privadas que en cualquier forma o modalidad administren, operen o exploten el monopolio de que trata la presente ley, estarán en la obligación de rendir en la forma y oportunidad que les exijan las autoridades de control y vigilancia, la información que estas requieran. La inobservancia de esta obligación será sancionada por la Superintendencia Nacional de Salud hasta con suspensión de la autorización, permiso o facultad para administrar, operar o explotar el monopolio, sin perjuicio de las responsabilidades penales, fiscales, disciplinarias o civiles a que haya lugar”.

Lo anterior quiere decir que lo relacionado con el control de eficiencia de los monopolios rentísticos de la explotación de los juegos de suerte y azar se cumple a partir de parámetros establecidos directamente en la ley, la cual además establece funciones separadas de reglamentación, regulación y de control, donde el Ministerio de Salud fija los indicadores de gestión y eficiencia de acuerdo con parámetros y criterios establecidos en los artículos 50 y 52 de la Ley 643 de 2001, el Consejo Nacional de Juegos de

Suerte y Azar califica anualmente dicha eficiencia, y la competencia de control sobre los recaudos pertinentes recae en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud, competencias que deben ejercerse de acuerdo con lo establecido en la ley y el reglamento.

Al revisar los numerales 2, 3 y 4 del artículo 2 (*sic.*) del Decreto 4144 de 2011, se observa que en relación con las funciones asignadas al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar de definir los indicadores que sirvan de fundamento para calificar la gestión, eficiencia y efectividad de todas las empresas, agentes y operadores de juegos de suerte y azar cuya explotación corresponda a las entidades territoriales; establecer los eventos o situaciones en que los mismos deban someterse a planes de desempeño para recuperar su viabilidad financiera e institucional o para ser liquidadas y poner en cabeza de terceros la operación de los juegos que tenían a su cargo; y, establecer los términos y condiciones para que las empresas administradoras u operadoras de juegos de suerte y azar cuya explotación corresponda a las entidades territoriales puedan recuperar la capacidad para realizar la operación directa de la actividad respectiva, las mismas violan el mandato constitucional que señala que la intervención en la economía debe hacerse directamente mediante ley.

Lo anterior, debido a que las funciones reglamentarias aludidas realmente fueron concedidas por el Legislador extraordinario para ser ejercidas por el Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar en forma directa, sin tener ningún referente o parámetro legal expreso que determinara en forma clara y precisa los fundamentos para el cumplimiento de las funciones que les fueron asignadas, como sí ocurre con lo regulado al respecto en la Ley 643 de 2001, especialmente en su artículo 51, en términos muy similares a los regulados en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 2 (*sic.*) del Decreto 4144 de 2011 objeto de la presente demanda, tal como ya se demostró.

Es decir, el Presidente de la República se extralimitó en el ejercicio de las facultades extraordinarias que le fueron concedidas para legislar mediante la Ley 1444 de 2011 porque le asignó funciones, no reglamentarias, sino legislativas a un consejo que tiene la calidad de ser una entidad administrativa adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el cual sólo puede actuar en los términos en que se pretende sí y sólo si previamente existe una definición legal expresa al respecto de los parámetros, lineamientos y definiciones que se requieren para que tal entidad administrativa pueda cumplir las funciones que le fueron asignadas, con la correspondiente reglamentación presidencial que deba ser expedida para darle cabal cumplimiento a la ley de intervención económica correspondiente en lo que a la regulación y control de juegos de azar se refiere, tal como lo ordenan los artículos 150, 334 y 336 de la Carta Política, especialmente en lo que tiene que ver con la organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos y con la enajenación o liquidación de empresas monopolísticas del Estado y otorgamiento a terceros del desarrollo de tal actividad cuando no cumplan los requisitos de eficiencia que la ley haya determinado, como sí se hizo en su momento en la Ley 643 de 2001.

Lo anterior con un agravante consistente en que no está determinado en dichas normas ni en el resto del decreto correspondiente quién debe aplicar las normas de rango legal que expida el Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, lo cual iría en contra del debido proceso en lo que al principio de imparcialidad se refiere (no ser juez y parte en el mismo asunto, en lo que tiene que ver con la expedición y aplicación de las normas de control por un mismo ente, como podría parecer que ocurre en el caso del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar). Por tanto, se solicitará a la Corporación Judicial declarar las funciones administrativas aludidas contrarias al orden superior.

4. Conclusión

El Ministerio Público solicita a la Corte Constitucional **DECLARARSE INHIBIDA** para conocer de fondo acerca de la presente demanda contra los numerales 2, 3 y 4 del artículo 2 (*sic.*) del Decreto 4144 de 2011 por inepta demanda ante la falta de presupuestos procesales, o subsidiariamente declarar **INEXEQUIBLES** los numerales 2, 3 y 4 del artículo 2 (*sic.*) del Decreto 4144 de 2011.

Señores Magistrados,

ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO
Procurador General de la Nación

GMR/JD Contreras B.