



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALA ESPECIAL DE DECISIÓN n°. 26

Consejero ponente: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Bogotá D.C., dieciocho (18) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 11001-03-15-000-2020-02866-00

Autoridad: COLJUEGOS

Referencia: CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD-EI Consejo de Estado conoce de los actos de las autoridades nacionales proferidos en desarrollo de decretos legislativos. CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD-Procede frente a un acto de una autoridad administrativa que desarrolla un decreto legislativo. CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD-Comprende el estudio de forma, materia, conexidad y proporcionalidad. ESTADO DE EXCEPCIÓN-Como hace parte del régimen de legalidad, la Administración está sujeta al ordenamiento durante su vigencia. DISCRECIONALIDAD JUDICIAL-No puede sustituir a la discrecionalidad administrativa porque viola la separación de poderes. CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD-El fallo hace tránsito a cosa juzgada relativa. CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD- Examen material comprende conexidad y proporcionalidad de las medidas CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD- Examen formal comprende competencia y formalidades. JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-La operación por intermedio de terceros se rige por la Ley 80 de 1993. DERECHO PRIVADO Y CONTRATACIÓN PÚBLICA-La regla general es la aplicación de las normas comerciales y civiles. RENEGOCIACIÓN DEL CONTRATO-La buena fe contractual obliga a las partes a intentar la renegociación de las condiciones del contrato por circunstancias imprevistas, imprevisibles y externas que dificulten su ejecución. CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD-Cosa juzgada relativa. CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD DE MEDIDAS DE EXCEPCIÓN POR EL COVID 19-No puede invadir el ámbito del juez del contrato. EFECTOS PATRIMONIALES FRENTE A LOS CONTRATOS-Corresponde al juez del contrato, en cada caso, analizar los efectos económicos de las decisiones que se adopten.

La Sala decide el control inmediato de legalidad de la Resolución n°. 20201000009214 del 21 de mayo de 2020, expedida por la Empresa Industrial y Comercial del Estado Administradora del Monopolio Rentístico de los Juegos de Suerte y Azar-Coljuegos, de conformidad con el artículo 185.6 del CPACA y lo dispuesto por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sesión n°. 10 del 1 de abril de 2020.

SÍNTESIS DEL CASO



2
Expediente n°. 11001-03-15-000-2020-02866-00
Resolución 20201000009214 Coljuegos
Declara ajustado a derecho el acto sujeto a control inmediato de legalidad

La Resolución n°. 20201000009214 del 21 de mayo de 2020 de Coljuegos estableció el procedimiento y las condiciones para solicitar y aprobar acuerdos de pago de los derechos de explotación y gastos de administración a cargo de los operadores o concesionarios en el sector de juegos de suerte y azar en el orden nacional previstos en el Decreto Legislativo 576 de 2020. Esta medida se tomó en el marco de la emergencia sanitaria derivada de la pandemia del COVID-19 y del estado de excepción declarado por el Decreto 417 de 2020.

ANTECEDENTES

El 19 de junio de 2020, Coljuegos **remitió** al Consejo de Estado la Resolución n°. 20201000009214 para el control inmediato de legalidad. La Secretaría General de la Corporación radicó el asunto y lo **pasó a Despacho** para su trámite. El 3 de julio de 2020, el Consejero ponente **avocó** el conocimiento para decidir la legalidad del acto, dispuso la publicación del aviso para intervención ciudadana, ordenó notificar al agente del Ministerio Público e invitó a unas instituciones para que presentaran concepto. En términos generales, la Resolución n°. 20201000009214 de Coljuegos estableció el procedimiento y las condiciones para solicitar y aprobar acuerdos de pago de los derechos de explotación y gastos de administración a cargo de los operadores o concesionarios en el sector de juegos de suerte y azar en el orden nacional, previstos en el Decreto Legislativo 576 de 2020.

En el plazo para las **intervenciones ciudadanas**, el apoderado de Coljuegos esgrimió que la Resolución n°. 20201000009214 se ajusta a derecho, pues se expidió de conformidad con las facultades de la entidad y en desarrollo del Decreto Legislativo 576 de 2020, que habilitó la posibilidad de celebrar acuerdos de pago. La Asociación Colombiana de Operadores de Juegos-Asojuegos esgrimió que la Resolución n°. 20201000009214 era legal, pues se ajustó a las medidas excepcionales dictadas en el Decreto Legislativo 576 de 2020 al adoptar un procedimiento para acceder al acuerdo de pago.

La Federación Nacional de Departamentos pidió que se declarara ajustada a derecho la resolución, pues fue expedida por la entidad administradora del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, órgano competente según el Decreto Legislativo 576 de 2020, y sus preceptos contienen medidas para mitigar la situación



3
Expediente n°. 11001-03-15-000-2020-02866-00
Resolución 20201000009214 Coljuegos
Declara ajustado a derecho el acto sujeto a control inmediato de legalidad

de emergencia. La Federación Colombiana de Municipios señaló que la Resolución n°. 20201000009214 no era objeto de control, pues aunque Coljuegos expidió el acto con fundamento en el Decreto Legislativo 576 de 2020, ya tenía competencia para realizar acuerdos de pago y reglamentar las condiciones para su celebración.

El Ministerio Público **conceptuó** en favor de la legalidad de la resolución. Estimó que las medidas adoptadas para solicitar y aprobar acuerdos de pago de los derechos de explotación y gastos de administración en la Resolución n°. 20201000009214 desarrollan lo dispuesto en el Decreto Legislativo 576 de 2020. Agregó que son proporcionadas y justificadas para garantizar la sostenibilidad del sector de juegos de suerte y azar, ante la pandemia.

CONSIDERACIONES

I. Presupuestos procesales

Jurisdicción y competencia

1. La jurisdicción administrativa, como guardián del orden jurídico, conoce del control inmediato de legalidad de las medidas de carácter general que se dictan en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los estados de excepción, de conformidad con los artículos 20 de la Ley 137 de 1994- Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, LEEE- y 136 del CPACA. Según estos preceptos, el Consejo de Estado ejerce el control de las medidas expedidas por las autoridades administrativas nacionales.

Medio de control procedente

2. El control inmediato de legalidad es el medio idóneo para verificar que las medidas generales expedidas por las autoridades administrativas, que desarrollan decretos legislativos, se ajustan al ordenamiento. Su propósito es impedir la aplicación de normas ilegales y limitar el poder de la Rama Ejecutiva durante un estado de excepción¹.

Oportunidad del control

¹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-179 de 1994 [fundamento jurídico f, artículo 20].



3. La autoridad administrativa que dicte un acto sujeto al control inmediato de legalidad deberá enviarlo al juez administrativo competente, dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes a su expedición. Si no se envía, la jurisdicción de lo contencioso administrativo aprehenderá de oficio el conocimiento del acto (art. 20 LEEE)². Como el 19 de junio de 2020, Coljuegos cumplió con el deber de enviar la Resolución n°. 20201000009214 del 21 de mayo de 2020 para el control inmediato de legalidad, a cargo del Consejo de Estado, la oportunidad para esta actuación judicial está satisfecha.

II. Acto objeto de control

4. Coljuegos expidió la Resolución n°. 20201000009214 mediante la cual estableció el procedimiento y las condiciones para solicitar y aprobar acuerdos de pago de los derechos de explotación y gastos de administración a cargo de los operadores o concesionarios en el sector de juegos de suerte y azar en el orden nacional previstos en el decreto Legislativo 576 de 2020. Indicó que según el artículo 336 CN, las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de juegos de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud. Resaltó que la Ley 643 de 2001 regula el régimen del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar y las condiciones en las cuales los particulares pueden operarlos.

Fundamentó el acto en el Decreto 417 y 637 de 2020, que declararon el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional, por la calamidad derivada de la pandemia del COVID-19. Señaló que la Resolución n°. 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social declaró la emergencia sanitaria y adujo que Coljuegos accedió a las solicitudes de suspensión de contratos de concesión para la operación de juegos de suerte y azar localizados y operados por internet con ocasión a la emergencia sanitaria y al aislamiento preventivo obligatorio ordenado por el Gobierno Nacional.

Motivó la resolución controlada en el artículo 3 del Decreto Legislativo 576 de 2020, que dispuso que las entidades administradoras del monopolio rentístico de juegos

² El Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar público la circular en el sitio web institucional, que se puede consultar en <http://cnjsa.coljuegos.gov.co/documentos.php?id=201317>



de suerte y azar podrían, por solicitud del operador, celebrar acuerdos de pago por una sola vez para cada contrato de concesión, para incluir las cuotas de los derechos de explotación y gastos de administración que se causaron o debieron ser pagados en los meses de marzo y abril de 2020, en el cual se podrían pactar plazos máximos de 6 cuotas mensuales, siempre que la póliza garantizara el monto y plazo del acuerdo. También motivó el acto en el inciso 2 del artículo 7 de ese decreto legislativo, que prescribió que Coljuegos podría conceder plazo de hasta tres meses, sin que se generaran intereses moratorios, para el pago de derechos de tarifa fija de juegos operados por internet que vencieran durante el tercer trimestre de 2020, siempre que la póliza garantizara el monto y el plazo.

III. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si la Resolución n°. 20201000009214 del 21 de mayo de 2020, expedida por Coljuegos, se ajusta a los preceptos superiores que le sirven de fundamento y si existe una relación de conexidad entre lo que ese acto dispone y los motivos que dieron lugar al estado de excepción.

IV. Análisis de la Sala

El alcance del control inmediato de legalidad y el efecto de sus fallos

5. El control inmediato de legalidad está instituido para fiscalizar los actos administrativos de carácter general, expedidos en desarrollo de decretos legislativos. Como el estado de excepción no implica la supresión del Estado de derecho, la actividad de la Administración, en el ejercicio de las facultades excepcionales, sigue sometida al ordenamiento jurídico (art. 7 LEEE).

El control inmediato de legalidad comprende el análisis de la existencia de una relación de conexidad entre la regulación contenida en el acto sujeto de control y los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción. Asimismo, el control implica confrontar el acto con las normas superiores que le sirven de fundamento, es decir, los mandatos constitucionales que regulan los estados de excepción (arts. 212 a 215), la Ley Estatutaria, el decreto de declaratoria del estado de excepción y el decreto legislativo que desarrolla (art. 8 LEEE).



El control inmediato de legalidad tiene un carácter jurisdiccional, automático y oficioso, que se extiende a verificar la competencia de la autoridad que expidió el acto sujeto de control, la realidad de los motivos, la adecuación a los fines y la sujeción a las formas. Al controlar el acto, el juez debe determinar si la medida administrativa es proporcional con la gravedad del hecho que pretende conjurar (arts. 9, 10, 11, 13 y 20 LEEE).

6. Con todo, el control inmediato de legalidad, como cualquier otra competencia judicial, tiene límite en la ley (art. 230 CN). De allí que la confrontación del acto con el ordenamiento que le sirve de sustento no puede extenderse a otras materias, por ejemplo, a reemplazar la legítima discrecionalidad administrativa -que en un estado de excepción está limitada por los postulados de necesidad, finalidad, proporcionalidad, conexidad y debida motivación de las decisiones- por una inconstitucional “discrecionalidad judicial”.

Una justicia extraviada en la Administración no solo contraviene la separación del poder público, sino que impide la adopción y ejecución de medidas administrativas que, precisamente, deben ser eficaces y oportunas para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos (arts. 113 y 215.2 CN). En democracia, como la soberanía solo reside en la ley, el juez no puede -so pretexto de la defensa de los derechos- asumir competencias que el pueblo -a través de la ley- no le ha dado. El juez no está exceptuado del cumplimiento de la ley, por el contrario, debe dar ejemplo de obediencia a sus mandatos inexorables.

7. La evaluación de la juridicidad del acto sujeto a control se hace respecto de todos los preceptos superiores del ordenamiento jurídico relacionados con la materia. Así, se debe confrontar el acto con la normativa propia del estado de excepción. No obstante, si el juez advierte que el acto vulnera cualquier otra norma que no haya sido suspendida o derogada por las disposiciones excepcionales con fuerza de ley, procederá a declarar la ilegalidad del acto.

Aunque el control inmediato de legalidad tiene un carácter integral, no puede fundarse en los mismos parámetros del control que ejerce la Corte Constitucional respecto de los decretos legislativos, expedidos al amparo de la declaratoria del estado de excepción (arts. 241.7 y 215, párrafo, CN). No es lo mismo confrontar



7
Expediente n°. 11001-03-15-000-2020-02866-00
Resolución 20201000009214 Coljuegos
Declara ajustado a derecho el acto sujeto a control inmediato de legalidad

una norma legal de excepción con un número finito de disposiciones -como los artículos de la Constitución-, que verificar la legalidad de un acto administrativo en relación con el “resto del ordenamiento jurídico”. De allí que, si bien el control automático es integral -por ello el juez estudia la forma y la materia del acto-, no es viable verificar la legalidad de una resolución administrativa frente a todo el ordenamiento.

Por ello, lo decidido en el control inmediato de legalidad no cierra la posibilidad de que el acto pueda ser sometido a otro estudio de legalidad en el futuro, a través del medio de control de nulidad que cualquier persona formule por razones diferentes a las analizadas en el control automático. De modo que, si la medida administrativa controlada se encuentra ajustada a derecho o si se llega a decretar la nulidad de algunos de sus preceptos, aunque este fallo tiene efecto *erga omnes* -oponible a todos y contra todos-, la decisión tiene el carácter de cosa juzgada relativa. La sentencia solo es definitiva frente a los aspectos analizados y decididos, en virtud del control inmediato de legalidad³.

Examen formal de la Resolución n°. 20201000009214 de Coljuegos

Naturaleza jurídica de Coljuegos

8. Coljuegos, creado por el Decreto 4142 de 2011 y reestructurado mediante el Decreto 1451 de 2015, es una Empresa Industrial y Comercial del Estado Administradora del Monopolio Rentístico de los Juegos de Suerte y Azar, descentralizada, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. Tiene como objeto la explotación, administración, operación y expedición de reglamentos de los juegos que hagan parte del monopolio rentístico sobre los juegos de suerte y azar que por disposición legal no sean atribuidos a otra entidad.

Competencia

9. Según el artículo 2 del Decreto 1451 de 2015, corresponde a Coljuegos explotar,

³ Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 23 de noviembre de 2010, Rad. n°. 11001-03-15-000-2010-00196-00 [fundamento jurídico 3].



administrar y expedir reglamentos de los juegos de suerte y azar de su competencia, hacer seguimiento de las obligaciones contractuales por parte de los operadores y adelantar las acciones necesarias para su cumplimiento. En consonancia, el numeral 8 del artículo 5 de ese decreto establece que al Presidente de la entidad le corresponde ordenar los gastos, dictar los actos administrativos y celebrar los contratos y convenios necesarios para el cumplimiento de los objetivos y funciones de Coljuegos.

Como el Presidente de Coljuegos expidió la resolución controlada, en cumplimiento de la función de administración y seguimiento de la actividad contractual de los juegos de suerte y azar de su competencia, para establecer el procedimiento y las condiciones para solicitar y aprobar acuerdos de pago de los derechos de explotación y gastos de administración a cargo de los operadores o concesionarios en el sector, se concluye que esa medida administrativa se tomó dentro del marco de competencia de la autoridad.

Formalidades

10. El Presidente de Coljuegos suscribió la resolución controlada. Respecto de otras formalidades, que no tienen carácter sustancial, el acto cumple con los elementos que permiten su individualización: (i) encabezado con número y fecha. (ii) Epígrafe que da cuenta del objeto de la resolución. (iii) La invocación de las normas de las que el presidente deriva su competencia para expedir el acto. Además, refirió los preceptos que sustentan la facultad para establecer los procedimientos y las condiciones para solicitar y aprobar acuerdos de pago con los operadores o concesionarios previstos en el Decreto Legislativo 576 de 2020. (iv) La parte resolutive da cuenta de la decisión administrativa. (v) No tiene un acápite de derogatorias, pues no suprime o modifica resoluciones anteriores.

Examen material de la Resolución n°. 20201000009214 de Coljuegos

Conexidad

11. El Decreto 417 del 17 de marzo de 2020 declaró un estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional. Al efecto, esgrimió que



el 9 de marzo la Organización Mundial de la Salud-OMS solicitó a los países la adopción de medidas para detener la transmisión y prevenir el contagio del COVID-19. El 11 del mismo mes, esa institución declaró que el virus es una pandemia y, en consecuencia, instó a los países a tomar medidas urgentes y decididas para la identificación, confinación, aislamiento y monitoreo de los posibles casos, así como el tratamiento de los casos confirmados. A su vez, el Ministerio de Salud y Protección Social expidió la Resolución n°. 385, que declaró una emergencia sanitaria y adoptó medidas sanitarias para prevenir y controlar la propagación del COVID-19 en el territorio nacional.

Con base en el estado de excepción, el Decreto Legislativo 576 del 15 de abril de 2020 estableció, como parte de las acciones para garantizar la sostenibilidad de los operadores, que las entidades administradoras del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar podrían celebrar acuerdos de pago respecto de los derechos de explotación y gastos de administración en el sector de juegos de suerte y azar. Como la resolución controlada estableció el procedimiento y las condiciones para solicitar y aprobar los acuerdos de pago establecidos en el artículo 3 y el inciso 2 del artículo 7 del decreto legislativo, es claro que existe una relación de conexidad entre el acto y los motivos que dieron lugar a la declaratoria de la emergencia económica, social y ecológica. Asimismo, las instrucciones de la resolución guardan conexidad con los motivos que justificaron su expedición.

Proporcionalidad

12. Las medidas impartidas por la resolución -referidas al procedimiento y las condiciones para solicitar y aprobar acuerdos de pago de los derechos de explotación y gastos de administración a cargo de los operadores o concesionarios en el sector de juegos de suerte y azar en el orden nacional previstos en el Decreto Legislativo 576 de 2020- buscan aliviar el impacto económico que sufrió el sector con ocasión a la pandemia. La posibilidad de llegar a acuerdos de pago, es, pues, adecuada y proporcional al fin que persigue, en tanto que es congruente con la motivación que llevó a la declaratoria del estado de excepción ante la emergencia sanitaria producida por el COVID-19. De ahí que, en relación con la realidad de los motivos, la adecuación a los fines y la proporcionalidad con la gravedad del hecho que pretende conjurar, la Sala coincide con los conceptos de Coljuegos, de



Asojuegos, de la Federación Nacional de Departamentos y del Ministerio Público, que advirtieron que la Resolución n°. 20201000009214 satisface esos requisitos.

Acuerdos de pago sobre los derechos de explotación y gastos de administración

13. En el artículo 336 CN estableció que la organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un “régimen propio”, fijado por la ley. La Constitución autoriza, por vía de excepción, el establecimiento de monopolios como arbitrios rentísticos, que facultan al Estado a reservarse la explotación de determinadas actividades económicas -entre ellas los juegos de suerte y azar- no con el fin de excluirlas del mercado, sino para asegurar una fuente de ingresos que le permita atender sus obligaciones, en este caso, en el sector salud.⁴

En desarrollo de este mandato constitucional, la Ley 643 de 2001 fijó el régimen del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar caracterizado por: (i) una finalidad social, porque debe contribuir eficazmente a la financiación del servicio público de salud y (ii) una racionalidad económica en la gestión que garantice la rentabilidad y productividad⁵.

El artículo 7 de la Ley 643 de 2001 dispone que la operación por intermedio de terceros de juegos de suerte y azar es aquella que realizan las personas jurídicas, en virtud de autorización, mediante contratos de concesión o contratación en los términos de la Ley 80 de 1993 y agrega que la renta del monopolio está constituida por los derechos de explotación que por la operación de cada juego debe pagar el operador.

El artículo 13 de la Ley 80 de 1993 dispone que, por regla general, los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 de ese estatuto se registrarán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias

⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 27 de abril de 2011, Rad 16763 [fundamento jurídico 5.3], en *Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo A*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018 p. 533, disponible en: <https://cutt.ly/Akqynhf>

⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de marzo de 2006, Rad. 13001-23-31-000-2003-00239-01(AP) [fundamento jurídico 5.3.1], en *Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo A*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018 p. 907, disponible en: <https://cutt.ly/Akqynhf>



particularmente reguladas en esta ley (arts. 13, 23, 28, 32, 40, 44 y 45 de la Ley 80 de 1993⁶ y art. 2 CC). Es decir, el contrato público se rige principalmente por las disposiciones comerciales y civiles y solo por excepción por las normas de orden público previstas en la Ley 80 y sus modificaciones⁷.

Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, su fuerza obligatoria solo desaparece por mutuo disenso o por causas legales (artículo 1602 CC). Además, debe ejecutarse de buena fe y por consiguiente obliga no solo a lo que en él se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley pertenecen a ella (artículos 1603 CC y 871 C.Co).

De conformidad con estas disposiciones, ante circunstancias especiales que afecten la ejecución de un contrato, por ser imprevisibles, irresistibles y externas a las partes, surge una obligación de renegociación propio de la buena fe. Las partes deben tratar de acordar unas nuevas condiciones que faciliten la ejecución del contrato y el incumplimiento de esta obligación de medio, es decir, de tratar de agotar ese intento de arreglo directo, habilita el reclamo de perjuicios ante el juez del contrato, en caso de que se causen.

En efecto, el trámite de toda situación que se presente en la ejecución del contrato público, por anormal que sea, no debe forzosamente hacerse por la vía unilateral. La gestión (o la administración, que es lo mismo) del contrato entraña definir de manera oportuna las obligaciones de las partes que resultan de su ejecución y no solo de lo acordado por escrito. La vía natural de enfrentar los problemas propios de toda ejecución contractual es la del acuerdo, la de la bilateralidad, como pacto de voluntades que es.

14. La Resolución n°. 20201000009214, al establecer el procedimiento para los acuerdos de pago entre Coljuegos y los operadores de juegos de suerte y azar, dio cumplimiento a lo dispuesto en artículo 3 y el inciso 2 del artículo 7 del Decreto Legislativo 576 de 2020, que estableció la posibilidad y las condiciones para celebrar

⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 28 de febrero de 2020, Rad. 31.628 [fundamento jurídico 4].

⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 28 de febrero de 2020, Rad. 31628 [fundamento jurídico 4].



dichos acuerdos. A pesar de la vía que adoptó la entidad al “instrumentalizar” la resolución controlada en un acto administrativo, su legalidad se explica en el derecho privado, que es el régimen de todo contrato. La entidad, en su calidad de sujeto activo de la obligación como acreedor, estableció el procedimiento y las condiciones que debían seguir sus deudores para solicitar una modificación a sus obligaciones y lograr un acuerdo de pago con ocasión al impacto económico que recibió el sector por la pandemia.

Dicha decisión, no obstante la forma en que se adoptó (acto administrativo), constituye en realidad una expresión de la autonomía privada en el marco de la relación contractual, que, se reitera, encuentra sustento en la ley comercial y civil, aplicable a las relaciones contractuales de la operación por intermedio de terceros de juegos de suerte y azar según artículo 7 de la Ley 673 de 2001, que remite a la Ley 80 de 1993.

Aunque el Decreto Legislativo 576 de 2020 prescribió que las entidades administradoras del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar y sus operadores o concesionarios podían celebrar acuerdos de pago bajo ciertas condiciones, estas entidades tendrían la facultad de realizar pactos con sus deudores sin necesidad de la habilitación establecida en el decreto legislativo, tal como lo afirmó la Federación Nacional de Municipios. En efecto, un acuerdo de esta naturaleza reflejaría un comportamiento entre las partes que, de buena fe y en ejercicio de la autonomía negocial, acuerdan nuevas condiciones y los aspectos económicos ante circunstancias excepcionales, en el marco de la legislación comercial y civil. El acreedor está facultado -por el régimen general del contrato- para renegociar las condiciones que sean necesarias para su correcta ejecución, en orden a afrontar los hechos que impidan su cumplimiento.

15. Esta decisión, que la Sala toma como juez del acto administrativo, que no de cada uno de los contratos afectados con dicha decisión, no arrebató al juez natural del contrato, sea institucional o arbitral, sus competencias ordinarias para revisar, caso por caso -si estas situaciones terminan, como no es deseable, en el ámbito de las controversias contractuales- y con base en lo probado, cuáles son los efectos que produjo en el contrato.



13

Expediente n°. 11001-03-15-000-2020-02866-00

Resolución 20201000009214 Coljuegos

Declara ajustado a derecho el acto sujeto a control inmediato de legalidad

Los efectos patrimoniales de estas y otras decisiones que se llegaren a adoptar en la ejecución del contrato, son competencia privativa del juez del contrato. De ahí el alcance limitado de este control inmediato de ilegalidad. Control que además -dados los efectos relativos de la decisión de cosa juzgada- no impide un nuevo pronunciamiento frente a parámetros legales distintos a los que tuvo en cuenta esta decisión.

Dado que el derecho privado permite estos acuerdos, Coljuegos puede celebrar acuerdos de pago con los operadores por los gastos de administración de juegos de suerte y azar operados por internet, que se venzan en el tercer trimestre del año, esto es, según el artículo 7 del Decreto Legislativo 567 de 2020, por aquellos que se generen durante los meses de julio, agosto y septiembre. En consecuencia, se declarará ajustado a derecho el acto, en relación con el examen formal y material realizado en este control inmediato de legalidad.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión n°. 26, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLÁRASE ajustada al ordenamiento superior la Resolución n°. 20201000009214 del 21 de mayo de 2020, expedida por la Empresa Industrial y Comercial del Estado Administradora del Monopolio Rentístico de los Juegos de Suerte y Azar-Coljuegos, en relación con el examen formal y material realizado en este control inmediato de legalidad.

SEGUNDO: En firme esta decisión, **ARCHÍVESE** el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Presidente de la Sala



14

Expediente nº. 11001-03-15-000-2020-02866-00

Resolución 20201000009214 Coljuegos

Declara ajustado a derecho el acto sujeto a control inmediato de legalidad

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA

MILTON CHAVES GARCÍA
Salvamento de voto

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Salvamento de voto

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

JFB/PT/1C digital



15
Expediente nº. 11001-03-15-000-2020-02866-00
Resolución 20201000009214 Coljuegos
Declara ajustado a derecho el acto sujeto a control inmediato de legalidad

CONSEJO DE ESTADO
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SALA VEINTISEIS
ESPECIAL DE DECISIÓN

Referencia: CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD

Radicación: 11001-03-15-000-2020-02866-00

Autoridad: COLJUEGOS

CONSTANCIA DEL CONSEJERO MILTON CHAVES GARCÍA

Dejo constancia que por error en el texto de la sentencia de la referencia se indicó que el suscrito consejero salvaba su voto. No es así. Manifiesto mi acuerdo total con la providencia y de esta forma lo expresé a través de la firma electrónica sin observaciones.

Cordialmente,

(Con firma electrónica)
MILTON CHAVES GARCÍA



16
Expediente n°. 11001-03-15-000-2020-02866-00
Resolución 20201000009214 Coljuegos
Declara ajustado a derecho el acto sujeto a control inmediato de legalidad

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SALA ESPECIAL DE DECISIÓN NÚM. VEINTISÉIS

Bogotá, D.C., trece (13) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Referencia: Medio de control inmediato de legalidad

Consejero Ponente: Guillermo Sánchez Luque

Número único de radicación: 11001031500020200286600

Acto objeto de control: Resolución núm. 20201000009214 de 21 de mayo de 2020 expedida por el Presidente de la Empresa Industrial y Comercial del Estado Administradora del Monopolio Rentístico de los Juegos de Suerte y Azar – Coljuegos

Asunto: Salvamento de voto a la sentencia de 18 de diciembre de 2020 proferida por la Sala Especial de Decisión núm. Veintiséis del Consejo de Estado

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Con el debido y acostumbrado respeto por la decisión adoptada por la mayoría de la Sala de la Sala Especial del Consejo de Estado, manifiesto que no comparto la decisión adoptada en la sentencia proferida el 18 de diciembre de 2020, razón por la cual presento salvamento de voto en los siguientes términos.

Para efectos de explicar las razones del presente salvamento de voto, su estudio se divide en las siguientes dos partes: i) la sentencia de 18 de diciembre de 2020 y consideraciones; y ii) el fundamento del salvamento de voto, en el caso *sub examine*: las cuales se desarrollarán a continuación.

La sentencia proferida el 18 de diciembre de 2020 y consideraciones

1. La Sala Especial de Decisión, en la sentencia proferida el 18 de diciembre de 2020, resolvió:

“[...] PRIMERO: DECLÁRASE ajustada al ordenamiento superior la Resolución n°. 20201000009214 del 21 de mayo de 2020, expedida por la Empresa Industrial y Comercial del Estado Administradora del Monopolio Rentístico de los Juegos de Suerte y Azar-Coljuegos, en relación con elexamen formal y material realizado en este control inmediato de legalidad.

SEGUNDO: *En firme esta decisión, ARCHÍVESE el expediente.[...].”*



2. La Sala Especial, en la sentencia, realiza un estudio sobre el alcance del control inmediato de legalidad y el efecto de sus fallos y, posteriormente, realizó el estudio formal y material del acto administrativo.

3. En relación con el cumplimiento de los requisitos formales, consideró, por una parte, que “[...] Como el Presidente de Coljuegos expidió la resolución controlada, en cumplimiento de la función de administración y seguimiento de la actividad contractual de los juegos de suerte y azar de su competencia, para establecer el procedimiento y las condiciones para solicitar y aprobar acuerdos de pago de los derechos de explotación y gastos de administración a cargo de los operadores o concesionarios en el sector, se concluye que esa medida administrativa se tomó dentro del marco de competencia de la autoridad [...]” y, por la otra, que cumplía con los demás requisitos de forma que ha desarrollado la jurisprudencia de esta Corporación.

4. En relación con el estudio material, consideró que: i) el acto administrativo objeto de control guarda conexidad con el Decreto Legislativo 576 de 15 de abril de 2020⁸ y ii) la medida establecida en la Resolución indicada supra se encontraba ajustada al ordenamiento jurídico.

Fundamento del salvamento de voto

5. El suscrito Magistrado, de la revisión del contenido de la Resolución, considera que el control inmediato de legalidad no procede, en atención a que las medidas adoptadas no cumplen con el supuesto de ser de carácter general, en atención a que:

5.1. En primer lugar, está dirigida a los “[...] operadores de juegos de suerte y azar localizados y operados por internet, respecto de las cuotas de los Derechos de Explotación y Gastos de Administración que se causaron en los meses de febrero, marzo y abril de 2020 [...] y el pago de los Derechos de Tarifa Fija de juegos operados por internet que venzan en el tercer trimestre de 2020 [...]”.

⁸ “[...] Por el cual se adoptan medidas en el sector de juegos de suerte y azar, para impedir la extensión de los efectos de la pandemia de Covid-19, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica [...]”.



5.2. En segundo lugar, delegó “[...] en el Vicepresidente de Operaciones la función de aprobación, suscripción y terminación de los acuerdos de pago solicitados por los con-cesionarios (sic) de juegos de suerte y azar [...]”.

5.3. En tercer lugar, estableció en cabeza de las personas que hacen parte de “[...] la oficina jurídica de la Entidad [...]” la obligación de verificar los requisitos de la garantía de cumplimiento que presenten los operadores.

5.4. Y, en cuarto lugar, asignó “[...] La supervisión de las obligaciones adquiridas con ocasión a la suscripción de los acuerdos de pago de los concesionarios de juegos de suerte y azar de tipo localizado [a la] Gerencia de Seguimiento Contractual [...]”.

6. En este sentido, el suscrito Magistrado considera que la Resolución objeto de estudio no cumple con el requisito de ser una medida de carácter general por cuanto se encuentra dirigida a las personas indicadas supra, como personas determinables y determinadas de la Entidad y que se limita a un procedimiento especial que se aplica para la implementación de los Acuerdos de Pago del sector de Juegos Suerte y Azar del orden nacional respecto de operadores de juegos de suerte y azar localizados y operados por internet.

En estos términos dejo expuesto mi salvamento de voto.

Fecha ut supra

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Consejero de Estado