

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION PRIMERA

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014).

CONSEJERA PONENTE: DOCTORA MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

REF: Expediente núm. 2009-00574-00.

Acción: Nulidad.

**Actores: INVERSIONES GUZMÁN E HIJOS Y CIA
LTDA Y OTROS.**

Decide la Sala en única instancia la demanda presentada por **INVERSIONES GUZMAN E HIJOS Y CIA LTDA, JUAN PABLO CASTAÑEDA CHIVATA, DIVERSIONES DINASTÍA LTDA, SUPER SIETES S.A., MÁQUINAS RECREATIVAS SUPERSIETES LTDA, INVERSIONES JHM LTDA, DIVERSIONES SABANA S.A., INVERSIONES LA VENTANA C&C LTDA, TAYRONA CASINOS LTDA, INVERSIONES DIAMONDS LTDA, LATIN JUEGOS LTDA, JAIRO ARANGO A., DIVERFUTURO S.A., FIRST GAMING GROUP LTDA, INTERNACIONAL DE CASINOS S.A., MEGAMET LTDA, INTERCAS DE COLOMBIA LTDA, INVERSIONES GIRALDO S.A.S., GT COLOMBIA S.A., DIVERMEGA S.A., ALIANZA ENTRETENIMIENTO S.A.,**

INVERSIONES SAN ANTONIO LTDA, LUIS NEBIO PARRA, RECREATIVOS GOLD MOUNTAIN LTDA., WILD PLAY ELECTRONICS LTDA., EMPERADOR CASINOS E.U., JUEGOS MONACO S.A., MAQUIESTOP LTDA., INVERSIONES GAROSO GIGA LTDA., HERMANOS SEPULVEDA BETANCUR Y CIA LTDA., BINGO SOCIAL S.A. E INVERSIONES MONEY GOLD LTDA., en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A. y por conducto de apoderado judicial, con el fin de que se declare la nulidad parcial del Decreto 1905 de 2008, ***"Por el cual se modifica el Decreto 2483 de 2003 y se dictan otras disposiciones"***, expedido por el Gobierno Nacional.

I.- LA DEMANDA.

I.1- Solicitan los actores que se declare la nulidad de las siguientes disposiciones del Decreto 1905 de 2008:

- Parágrafo 1º, del artículo 1º, que modificó el artículo 3º del Decreto 2483 de 2003.
- Artículo 2º.

- Parágrafo del artículo 2°.

I.3- Estima la parte demandante que se han violado los artículos 32 y 47, numeral 1, de la Ley 643 de 2001.

Considera que con la expedición del Decreto 1905 de 2008, el Gobierno Nacional bajo el criterio de legalidad, se arrogó facultades de reglamentación de juegos de suerte y azar en la modalidad de localizados, que por Ley de régimen propio le están asignadas en forma directa y expresa al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, conforme lo establece el numeral 1 del artículo 47 de la Ley 643 de 2001, norma que tiene carácter prevalente de acuerdo con su artículo 60.

Que a través de las disposiciones acusadas, el Gobierno Nacional excedió sus facultades en la reglamentación de los juegos localizados, limita la actividad comercial y coarta la libertad de empresa, al exigir la operación de los juegos localizados y aquellos que operan con máquinas electrónicas tragamonedas en lugares que la ley de régimen propio no dispone, imponiendo condiciones de operación que coartan la libertad de empresa a quienes explotan juegos de suerte y azar en la modalidad de localizados, haciendo más gravosa su condición.

Anota que el Decreto 1905 de 2008 entregó a la Empresa Territorial de Salud – ETESA, competencia para pronunciarse respecto a aspectos de carácter técnico, siendo ello del resorte del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar.

Presenta sus cargos y el concepto de violación en los siguientes términos:

1. Primer cargo: se limitó en forma ilegal, la operación de juegos localizados y el de máquinas tragamonedas.

Señalan los actores que el artículo 32 de la Ley 643 de 2001, ***"Por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar"***, que define la modalidad de los juegos localizados que operan en establecimientos de comercio, permite concluir que local de juego, son aquellos establecimientos en donde se combina la operación de juegos localizados con otras actividades comerciales o de servicios, sin restricción alguna, y que el párrafo 3º, que introdujo el artículo 1º del acto acusado limita la operación a locales comerciales cuya "actividad principal" sea la de los juegos de suerte y azar.

Agrega que así mismo la segunda parte del párrafo cuestionado, señala que para el caso de las máquinas tragamonedas, deberán operar en locales comerciales cuyo objeto principal sea la operación de este tipo de juegos o de manera compartida con otro tipo de juegos localizados, lo que también contradice el artículo 32 de la Ley 643 de 2001.

Arguye que la Ley no restringe ni detalla el alcance de los límites en la operación de los juegos localizados y mucho menos en la operación de las máquinas electrónicas tragamonedas, por lo que es evidente que modificar el Decreto 2483 de 2003, coartando la posibilidad de operación de los llamados juegos localizados y cerrando las opciones de funcionamiento de las llamadas máquinas tragamonedas, va más allá de lo dispuesto por la Ley, luego se excedió la potestad reglamentaria.

2. Segundo cargo: se asignó, en forma ilegal, una competencia al Ministerio de la Protección Social, relativa a la confiabilidad de los elementos de juego, que le corresponde al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar.

Argumenta que se viola el artículo 47, numeral 1, de la Ley 643 de 2001, que dispone entre las funciones del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, la de aprobar y expedir los reglamentos y sus modificaciones de

las distintas modalidades de juegos de suerte y azar, y el artículo 2° del Decreto 1905 de 2008, dispone que los juegos electrónicos deberán cumplir protocolos que aseguren confiabilidad, de conformidad con la reglamentación que expida el Ministerio de la Protección Social.

Explica que la Ley al otorgar la facultad de reglamentación al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, le está autorizando para que se pronuncie sobre cada una de las modalidades, en cuanto a la forma de operación, las condiciones en que deben explotarse, las características técnicas de cada uno de los elementos a utilizar, los requisitos de orden electrónico, tecnológico (protocolos según la norma demandada), infraestructura, logística y funcionamiento que debe tener cada equipo, luego la función no corresponde al Ministerio de la Protección Social.

Menciona que no obstante haberse aprobado el primer contrato de concesión para la operación de juegos de suerte y azar en la modalidad “localizado” desde el mes de diciembre del año 2003, a la fecha de la presentación de la demanda, el Consejo Nacional de Juegos de suerte y Azar no ha expedido el reglamento pertinente para la operación de juegos localizados.

3. Tercer cargo: Se asignó en forma ilegal a ETESA la competencia para diseñar y adoptar un programa que permita que los elementos del juego electrónico estén conectados en línea y en tiempo real con el sistema de información de dicha entidad.

Explica que se viola el numeral 1 del artículo 47 de la Ley 643 de 2001, porque con lo dispuesto en el párrafo 2º, del artículo 2º, del Decreto 1905 de 2008, el Presidente de la República, entrega a un ente descentralizado: Empresa Territorial para la Salud – ETESA, la facultad de establecer condiciones de operación de los elementos del juego electrónico, siendo ello competencia única y exclusiva del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar.

Que hoy en día el Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, ha expedido los reglamentos de varios juegos operados en el país, porque es de su competencia, fijar las condiciones del juego, sus características, las exigencias técnicas del mismo, las circunstancias dinámicas, de software, de hardware y demás elementos de carácter electrónico que se usen en dichos juegos, para que así el jugador pueda atenerse a las reglas del mismo.

Resalta que no se está frente a la discusión de la posibilidad de que ETESA, reglamente las condiciones en que se ejecuta la “explotación” del juego, en relación con las condiciones contractuales exigidas, pues sobre ello ya se pronunció el Consejo de Estado mediante sentencia de 30 de abril de 2008 (Expediente núm. 2003-00514 01), ya que en esa oportunidad se cuestionaban las facultades de ETESA para reglamentar la forma de explotación de los juegos localizados, y se dijo que de todos modos este ente está sujeto a consultar sus estatutos internos en la elaboración, celebración y ejecución de tales contratos.

Que entonces, la opción de pronunciarse respecto al reglamento del juego, por Ley es exclusiva del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, que se debe pronunciar respecto de las condiciones de los protocolos, de los tipos de juegos, de los criterios y exigencias de los mismos, de los requisitos reclamados a los jugadores y a las apuestas o del equipo utilizado, todo lo cual se refiere a la “reglamentación” del juego.

II.- TRÁMITE DE LA ACCIÓN.

A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión, fijación en lista, probatoria y alegaciones.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

El Ministerio de Salud y Protección Social, se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

Explica que el artículo 32 de la Ley 643 de 2001, además de definir los juegos localizados, establece que su explotación corresponde a la Empresa Territorial para la Salud – ETESA; que, por su parte, el artículo 33 *ídem*, que establece las modalidades de operación de los juegos localizados, dispone que el monopolio rentístico será operado por intermedio de terceros, y que el Gobierno Nacional a través del reglamento preparará y aprobará un modelo de minuta contractual denominado “Contrato de Concesión para la operación de juegos de suerte y azar localizados a través de terceros”.

Señala que la Ley 643 de 2001, fue objeto de reglamentación por parte del Gobierno Nacional a través de los Decretos 2483 de 2003, 1905 de 2008 y 2150 de 2008, y como argumentos para sostener su legalidad, el

artículo 2° de la Ley, señaló que la explotación, organización y administración de toda modalidad de juego de suerte y azar estaría sujeta a la Ley y a su reglamentación expedida por el Gobierno Nacional, la cual es de obligación en todo el territorio nacional cualquiera que sea el orden o nivel de gobierno al que pertenezca la dependencia o entidad administradora bajo la cual desarrolle la actividad el operador.

Que entonces no se viola el artículo 32 de la Ley 643 de 2001, que define qué son los locales de juegos, porque de su comparación con la norma acusada, se infiere que son aquellos cuya actividad principal es la de desarrollar actividades de juegos de suerte y azar localizados, combinando esta actividad principal, con otras actividades comerciales o de servicios.

Respecto de la presunta arrogación de competencias por parte del Gobierno Nacional para reglamentar la modalidad de juegos de suerte y azar localizados, señaló que es una consideración equivocada, porque reglamentar la administración, explotación, operación y control de todas las modalidades de dichos juegos es distinto de *"aprobar y expedir los reglamentos y sus modificaciones de las distintas modalidades"*, que sí es facultad del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, según lo dispone la función primera del artículo 47 de la Ley 643 de 2001, para la

reglamentación de las reglas de cada uno de los juegos, sus aspectos técnicos, tal como lo indicó la Corte Constitucional en su sentencia C-571 de 2003.

Que, en otras palabras, una es la reglamentación del Gobierno Nacional que por contenido expreso de la Ley lo faculta para expedir la reglamentación en relación con la operación de los juegos de suerte y azar, y otra, el reglamento de cada juego, como, a manera de ejemplo, ocurre con el Acuerdo 48, ***“Por el cual se expide el reglamento de juego de suerte y azar localizado en la modalidad “Bingo Sala”,*** luego estos reglamentos particulares se refieren más a las reglas de juego específico que debe observar toda persona natural y jurídica que opere, administre, fiscalice y explote el juego, así como a los apostadores, y no a la reglamentación de la operación, administración y explotación del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar.

III.- ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Agente del Ministerio Público, en su vista de fondo solicita que se declare la nulidad del párrafo del artículo 3º del Decreto 2483 de 2003, en la forma en que fue modificado por el artículo 1º del Decreto 1905 de 2008, y se nieguen las demás pretensiones de la demanda.

Expuso sobre cada cargo lo siguiente:

1. Primer cargo: se limitó en forma ilegal, la operación de juegos localizados y el de máquinas tragamonedas.

Considera que le asiste razón a la parte actora porque la limitación contenida en el párrafo del artículo 3º del Decreto 2483 de 2003, en la forma en que fue modificado, no encuentra sustento alguno en la Ley que pretende reglamentar, ya que la definición de “locales de juego” contempla dos hipótesis: i) establecimientos comerciales en los cuales conviven juegos localizados y ii) establecimientos en los cuales conviven juegos localizados con otro tipo de actividades comerciales; que en cuanto a la segunda hipótesis, no puede inferirse, como lo hace la disposición acusada, que aquellos establecimientos comerciales tienen como actividad “principal” la de desarrollar actividades de juegos de suerte y azar localizados, pues la norma se refiere a una combinación entre la operación de juegos de suerte y azar con otras actividades sin referirse en modo alguno a que aquella (juegos de suerte y azar) se desarrolle en forma principal.

Que la contradicción se hace más evidente para el caso de las máquinas tragamonedas, pues para esta modalidad de juego de suerte y azar localizado, se encuentra prohibida la segunda hipótesis por la disposición demandada, pues solamente deben operar en establecimientos cuyo objeto principal sea el de máquinas tragamonedas o de manera compartida con otros juegos localizados, aún cuando el ordenamiento jurídico reglamentado contempla que la coexistencia puede ser con otras actividades.

2. Segundo cargo: se asignó, en forma ilegal, una competencia al Ministerio de la Protección Social relativa a la confiabilidad de los elementos de juego, que le corresponde al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar.

Considera que no le asiste razón a los actores, toda vez, que como lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia C-571 de 2003, Magistrado ponente doctor Jaime Araujo Rentería, el numeral 1 del artículo 47 de la Ley 643 de 2001, al establecer como función del Consejo, la de aprobar y expedir los reglamentos y sus modificaciones de las distintas modalidades de juegos de suerte y azar, está haciendo referencia a las reglas de los diversos juegos, temática diferente de la consignada en el artículo 2º del

Decreto 1905 de 2008, referido a la reglamentación para asegurar un alto grado de confiabilidad de los juegos electrónicos que operen en el país.

3. Tercer cargo: Se asignó en forma ilegal a ETESA la competencia para diseñar y adoptar un programa que permita que los elementos del juego electrónico estén conectados en línea y en tiempo real con el sistema de información de dicha entidad.

Considera que conforme a lo que sostuvo en la respuesta al cargo anterior, no le asiste razón a la parte actora, toda vez que como lo indicó la Corte Constitucional en la mencionada sentencia, el numeral 1 del artículo 47 de la Ley 643 de 2001, al establecer como función de dicho Consejo, la de aprobar y expedir los reglamentos y sus modificaciones de las distintas modalidades de juegos de suerte y azar, está haciendo referencia a las reglas de los distintos juegos, temática distinta a la consignada en el parágrafo del artículo 2º del Decreto 1905 de 2008, referido al diseño y adopción de un programa que permita que los elementos de juego electrónico se conecten en línea y tiempo real con el sistema de información de la Empresa Territorial de Salud – Etesa.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El asunto jurídico consiste en dilucidar, si en ejercicio de la potestad reglamentaria el Gobierno Nacional se excedió en su uso, como lo considera la parte actora, que estima ilegal, la limitación de la operación de juegos localizados, entre ellos el de las máquinas tragamonedas; la asignación de una competencia al Ministerio de la Protección Social, relativa a la confiabilidad de los elementos de juegos electrónicos; y la asignación de una competencia a ETESA para diseñar y adoptar un programa que permita su implementación.

La Jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterada en el sentido de que el poder o potestad reglamentaria lo otorga directamente la Constitución al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, con la finalidad de que expida normas de carácter general para la correcta ejecución de la Ley, y que por ser una atribución propia que le otorga la Carta Política, no requiere de una norma legal que expresamente la conceda; que se caracteriza además por ser inalienable, intransferible e inagotable, no tiene un plazo para su ejercicio y es irrenunciable, aunque no es un poder absoluto, pues está limitado por la Constitución y la Ley, por lo que el Presidente de la República al ejercer dicha facultad no puede ampliar o restringir los alcances de las normas superiores.

El artículo 60 de la Ley 643 de 2001, ***“Por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar”***, dispone sobre la actividad monopolística:

*“Exclusividad y prevalencia del régimen propio. Las disposiciones del régimen propio que contiene esta ley regulan general e integralmente la actividad monopolística y tienen prevalencia, en el campo específico de su regulación, sobre las demás leyes, sin perjuicio de la aplicación del régimen tributado vigente.
... .”*

El acto parcialmente acusado, prevé:

“DECRETO 1905 DE 2008¹

(mayo 30)

Por el cual se modifica el Decreto 2483 del 2003 y se dictan otras disposiciones.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y 2° de la Ley 643 de 2001,

DECRETA:

Artículo 1°. Modifícase el artículo 3° del Decreto 2483 de 2003, el cual quedará así:

“Artículo 3°. Autorización. Para efectos de la autorización señalada en el artículo 2° del presente decreto, se deberá

¹ Publicado en el Diario Oficial 47.010 de 4 de junio de 2008. Derogado por el Decreto 1278 de 2014.

acreditar ante la Empresa Territorial para la Salud, Etesa, el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Demostrar la tenencia legal de los equipos y elementos utilizados para la operación.
2. Obtener el concepto previo favorable expedido por el alcalde del municipio o municipios donde pretenda ser operado el juego, el cual se emitirá favorablemente siempre que la ubicación del juego que se va a operar sea en locales comerciales ubicados en zonas aptas para el desarrollo de actividades comerciales, de conformidad con lo establecido por el Plan de Ordenamiento Territorial del respectivo municipio.
3. Identificar debidamente los elementos del juego. Para tal efecto Etesa implementará un sistema de identificación que garantice la ubicación y el control de los mismos.

Parágrafo 1º. Los juegos localizados solo podrán operarse en locales comerciales cuya actividad principal sea la de juegos de suerte y azar. En el caso de máquinas tragamonedas deberán operar en locales comerciales cuyo objeto principal sea la operación de este tipo de juegos o de manera compartida con otro tipo de juegos localizados.

Parágrafo 2º. Sin perjuicio de los requisitos señalados en el presente decreto, en los municipios donde se operen los juegos localizados, Etesa exigirá que se cumpla con el número mínimo de elementos de juego, de conformidad con la siguiente tabla:

Item	Número habitantes municipio	de por	Elementos de juego
1	De 500.001 en adelante	en	20
2	De 100.001 a 500.000	a	16
3	De 50.001 a 100.000		13
4	De 25.001 a 50.000		11
5	De 10.001 a 25.000		7
6	De menos de 10.000		3

Parágrafo 3º. En el acto de autorización se señalará la fecha límite para la suscripción del contrato. Cuando sin justa causa el autorizado no suscriba el respectivo contrato en dicho plazo, el acto de autorización perderá sus efectos. Hasta tanto no se suscriba el contrato de que trata el presente artículo, no podrá iniciarse la operación del juego".

Artículo 2º. *Confiabilidad de los elementos del juego.* Todos los elementos de juegos electrónicos que operen en el país deberán cumplir con protocolos que aseguren que poseen un alto grado de confiabilidad en su operación, de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Ministerio de la Protección Social.

Parágrafo. Los elementos del juego electrónico deberán estar conectados en línea y tiempo real con el sistema de información de la Empresa Territorial para la Salud, Etesa, la cual diseñará y adoptará el programa que permita su implementación.

Artículo 3º. *Función de Policía Judicial.*

Artículo 4º. *Transitorio.*

... ." (Se resaltan fuera de texto las disposiciones acusadas).

Advierte la Sala que el Decreto 1905 de 2008, parcialmente acusado en este proceso, fue motivo de pronunciamiento por parte de esta Sección, mediante sentencia de 24 de mayo de 2012, (Expediente 2008-00370, Actor: Carlos Alberto Espinosa Pulido, Consejero ponente doctor Marco Antonio Velilla Moreno).

En aquella oportunidad el actor, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentó una demanda ante esta

Corporación tendiente a obtener la declaratoria de nulidad de los parágrafos 1º y 2º del artículo 1º y el artículo 3º del Decreto 1905 de 30 de mayo de 2008, por el cual se modifica el Decreto 2483 de 2003. Allí se demandaron las siguientes disposiciones del acto acusado:

- Artículo 1º del Decreto 1905 de 2008 (parágrafos modificatorios primero y segundo), por violación a los artículos 13, incisos 1º y 2º, 25, 26 y 333, incisos 1º y 3º) de la Constitución Política y 5º de la Ley 643 de 2001. En su providencia la Sala aclaró, como se verá más adelante, que del párrafo 1º (demandado en este proceso) solo se pretendió la nulidad del aparte que restringe la operatividad de las máquinas tragamonedas a los locales de juegos localizados de suerte y azar o de manera compartida con otro tipo de juegos localizados.

- Artículo 3º del Decreto 1905 de 2008. Esta disposición no está demandada en el presente proceso.

En esa oportunidad la Sala se declaró inhibida frente a la pretensión de nulidad del artículo 1º, párrafo 2º, del Decreto 1905 de 2008, por inepta demanda respecto al cargo de violación, y denegó las demás

pretensiones de la demanda, entre otras, del artículo 1º, párrafo 1º, *ídem*, demandado parcialmente en lo relacionado con las máquinas tragamonedas.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala se referirá a cada uno de los cargos propuestos por la parte actora en la presente demanda, así:

1. Primer cargo: Mediante el artículo 1º, párrafo 1º del Decreto 1905 de 2008, que modificó el artículo 3º del Decreto 2483 de 2003, se limitó en forma ilegal, la operación de juegos localizados y el de máquinas tragamonedas, por lo cual se violó el artículo 32 de la Ley 643 de 2001, es decir, se excedió la potestad reglamentaria.

Para efectos de estudiar la legalidad del párrafo 1º del artículo 1º del Decreto acusado, que modificó el artículo 3º del Decreto 1905 de 2008, debe la Sala remitirse a lo expresado en la mencionada sentencia de 24 de mayo de 2012, para determinar el alcance del pronunciamiento y de la decisión que se tomó, relativa a denegar la pretensión de declarar la nulidad del aparte relacionado con las máquinas tragamonedas. Dijo la Sala en el citado fallo:

“El actor demanda el Párrafo 1º en el aparte que restringe la operatividad de las máquinas tragamonedas a los locales de

juegos localizados de suerte y azar o de manera compartida con otro tipo de juegos localizados, por considerar que la disposición viola los artículos 13 (incisos 1 y 2), 25, 26 y 33 (incisos 1º y 3º) de la Constitución Política y el artículo 5º de la Ley 643 de 2001.

Las disposiciones constitucionales que el actor cita como violadas regulan el derecho a la igualdad, al trabajo y a la libertad de escoger profesión u oficio, derechos que aquel estima vulnerados en la medida que al no encajar las máquinas tragamonedas, en estricto sentido, en el concepto de juego de suerte y azar, circunscribe la explotación de todas ellas, sin distinción, en locales destinados a juegos localizados en los términos expuestos por la norma, lo que impide a pequeños comerciantes instalarlas en otros negocios o comercios no destinados a ese tipo de actividad o juegos. Piénsese, por ejemplo, en máquinas de golosinas o teléfonos públicos de monedas, las cuales, siguiendo la reflexión que hace el demandante, quedarían excluidas de aprovechamiento por parte de otros comerciantes.
(Resaltado propio)

Así las cosas, la Sala debe dilucidar si la disposición demandada entraña la consecuencia alegada por el demandante, para lo cual es menester reconocer que la previsión normativa versa sobre juegos de suerte y azar localizados; y, dentro de estos, la norma dispone la regulación que sobre las máquinas tragamonedas, discute el actor. Los juegos de suerte y azar, en esencia, son aquellos que están sometidos al albur de ganar o perder, resultado que escapa al control del jugador²; y, el juego localizado es aquel

² El artículo 5º de la Ley 643 de 2001 define los juegos de juegos de suerte y azar, así:

“Para los efectos de la presente ley, son de suerte y azar aquellos juegos en los cuales, según reglas predeterminadas por la ley y el reglamento, una persona, que actúa en calidad de jugador, realiza una apuesta o paga por el derecho a participar, a otra persona que actúa en calidad de operador, que le ofrece a cambio un premio, en dinero o en especie, el cual ganará si acierta, dados los resultados del juego, no siendo este previsible con certeza, por estar determinado por la suerte, el azar o la casualidad.

Son de suerte y azar aquellos juegos en los cuales se participa sin pagar directamente por hacerlo, y que ofrecen como premio un bien o servicio, el cual obtendrá si se acierta o si se da la condición requerida para ganar.

En todo caso los premios promocionales deberán entregarse en un lapso no mayor a treinta (30) días calendario.

Los juegos deportivos y los de fuerza, habilidad o destreza se rigen por las normas que les son propias y por las policivas pertinentes. Las apuestas que se crucen respecto de los mismos se someten a las disposiciones de esta ley y de sus reglamentos.

en el que el jugador debe hacer presencia física como condición indispensable para participar. El artículo 32 de la Ley 643 de 2001 cita como ejemplo los bingos, entre otros.

Dentro de este rango de juegos localizados de suerte y azar, la Sala encuentra perfectamente viable que encuadren las máquinas tragamonedas con esa específica funcionalidad. También es cierto, como lo afirma el actor, que no existe una definición o conceptualización normativa sobre estos artefactos lo cual hace que sea viable catalogar como máquinas tragamonedas, además de las dispuestas para el juego de suerte y azar, a todas aquellas que a fin de proveer un bien o servicio, como una golosina o una llamada telefónica, requieran la introducción de monedas para su puesta en funcionamiento.

... .

... . Ahora, el Decreto 2483 de 2003, anuncia en su encabezado que reglamenta unas normas de la Ley 643 de 2001 en lo relacionado con la operación de los juegos de suerte y azar. Nótese que al acudir al contexto normativo en que se ha desarrollado la norma demandada³, **no representa mayor complejidad concluir que el mismo circunscribe su marco de aplicación a las máquinas tragamonedas dispuestas para la operación de juegos de suerte o azar en locales destinados para el efecto.** (Resalta la Sala)

... .

De lo expuesto, en modo alguno resulta atinado suponer que la disposición se refiera a cualquier máquina que deba ser accionada con monedas para proveer un bien o servicio, menos aún, se reitera, habiendo traído a colación el contexto normativo en el que la norma halla su ámbito de aplicación y el texto gramatical de la misma.

Parágrafo. El contrato de juego de suerte y azar entre el apostador y el operador del juego es de adhesión, de naturaleza aleatoria, debidamente reglamentado, cuyo objeto envuelve la expectativa de ganancia o pérdida, dependiendo de la ocurrencia o no de un hecho incierto.

Para las apuestas permanentes los documentos de juego deberán ser presentados al operador para su cobro, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha del sorteo; si no son cancelados, dan lugar a acción judicial mediante el proceso verbal de menor y mayor cuantía, indicado en el capítulo primero del título XXIII del Código de Procedimiento Civil. El documento de juego tiene una caducidad judicial de seis (6) meses”.

³ El Artículo 30 del Código Civil, permite acudir al contexto normativo para dar sentido a una disposición legal:

“El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.

Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”.

... .

De este modo, habiendo hecho referencia al contexto normativo de la disposición acusada y a su interpretación gramatical, **es de concluir que la misma no viola los derechos a la igualdad, al trabajo ni a la libertad de escoger profesión u oficio, pues de ella se lee que la restricción aplica para las máquinas tragamonedas con funcionalidad para juegos de suerte y azar, cuyo uso requiera la asistencia física del jugador al local correspondiente.** (Resalta la Sala)

... .

Por otro lado, es de anotar que aun cuando la defensa del acto acusado por parte de la apoderada del Ministerio de la Protección Social se fundamentó en la justificación de la limitante prevista en la norma para que *“las máquinas tragamonedas operen en locales comerciales cuyo objeto principal sea la operación de este tipo de juegos o de manera compartida con otro tipo de juegos localizados”*, haciendo referencia a la necesidad de proteger a la niñez de la adicción al juego, entre otras razones de esa índole, la Sala advierte que la demanda no se enderezó a atacar dicha medida de control, sino a que ella aplicara indistintamente a cualquier tipo de máquina que pudiere catalogarse como tragamonedas, habida cuenta de la imprecisión normativa del concepto. Así las cosas, la Sala no se detendrá a analizar los propósitos o fundamentos fácticos y jurídicos del Parágrafo 1º del artículo 1º del Decreto 1905 de 2008, en los términos en que enfoca su exposición la Entidad demandada pues, se reitera, la demanda no versa sobre tal punto. (Resalta y subraya la Sala)

Tampoco se vislumbra cómo el parágrafo acusado viola el artículo 5º de la Ley 643 de 2001, que define los juegos de suerte y azar, toda vez que existen máquinas tragamonedas cuya funcionalidad es servir para ese tipo de entretenimiento, y el demandante no se detiene en describir el motivo por el cual considera que el parágrafo cuya constitucionalidad se analiza, transgrede esta disposición.

Así las cosas, fuerza concluir que el cargo no está llamado a prosperar”. (Resalta la Sala fuera de texto)

De las consideraciones y de la decisión tomada por la Sección en la sentencia de 24 de mayo de 2012 transcrita en la parte pertinente, se colige que no se presenta el fenómeno de la “cosa juzgada”, en relación con el aparte relacionado con las máquinas tragamonedas (que fue el demandado con anterioridad), porque el concepto de violación es diferente en cada demanda; en aquella oportunidad, como lo aclaró la sentencia, la disposición relacionada con las máquinas tragamonedas, se demandó porque el actor consideró que estaban incluidas todas, por ejemplo las que venden dulces, y la providencia aclaró que la disposición solo se refería a las máquinas tragamonedas usadas en juegos localizados de suerte y azar; en esta oportunidad, lo que se demanda es todo el párrafo 1º, del artículo 1º, del Decreto 1905 de 2008, porque la parte actora considera que se ha violado el artículo 32 de la Ley 643 de 2001, en cuanto restringe o limita la operación de los llamados juegos localizados.

De conformidad con el artículo 175 del C.C.A., la sentencia que “*niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada “erga omnes” pero sólo en relación con la “causa petendi” juzgada*”. De acuerdo con esta norma, si la decisión jurisdiccional es negativa, es decir si la disposición demandada continúa vigente, la cosa juzgada se predica únicamente de las causales de nulidad

alegadas y del contenido del petitum que no prosperó y, en consecuencia, la norma puede ser demandada por otra causa.

Entonces si bien, en este caso el objeto de la demanda es el mismo, a saber: la nulidad en relación con la operación de las máquinas tragamonedas, la causa o fundamento jurídico es diferente; por lo tanto, es procedente revisar la legalidad de la totalidad de la disposición contenida en el parágrafo 1º del artículo 1º, del Decreto 2483 de 2003, que modificó el artículo 3º del Decreto 2483 de 2003, acusada en este cargo.

Señala la parte actora que se violó el artículo 32 de la Ley 643 de 2001, porque la disposición acusada dispone que los juegos localizados solo podrán operarse en locales comerciales cuya "actividad principal" sea la de los juegos de suerte y azar, y en el caso de las máquinas tragamonedas, en locales comerciales cuyo objeto principal sea la operación de este tipo de juegos o de manera compartida con otro tipo de juegos localizados, siendo que la Ley permite que operen en donde se combina la operación de juegos localizados con otras actividades comerciales o de servicios.

El artículo 32 de la Ley 643 de 2001, que la parte actora considera violado, dispone:

"Juegos localizados. Son modalidades de juegos de suerte y azar que operan con equipos o elementos de juegos, en establecimientos de comercio, a los cuales asisten los jugadores como condición necesaria para poder apostar, tales como los bingos, videobingos, esferódromos, máquinas tragamonedas, y los operados en casinos y similares. **Son locales de juegos aquellos establecimientos en donde se combinan la operación de distintos tipos de juegos de los considerados por esta ley como localizados o aquellos establecimientos en donde se combina la operación de juegos localizados con otras actividades comerciales o de servicios**"⁴. (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Debe tenerse en cuenta que el artículo 2º de la Ley 643 de 2001 dispuso en el inciso segundo, lo siguiente:

"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". (Negrilla fuera de texto)

Asiste razón al Ministerio de la Protección Social, hoy de salud y

⁴ Mediante sentencia C-173 de 8 de marzo de 2006, Magistrado ponente doctor Humberto Sierra Porto, la Corte Constitucional indicó que la disposición contemplada en el artículo 32 de la Ley 643 de 2001, se refiere a modalidades de juegos de suerte y azar, y a los locales de dichos juegos.

Protección Social, en afirmar que la disposición acusada debe interpretarse en comparación, es decir en armonía, con la definición de “locales de juego” que trae el mismo artículo 32 antes transcrito, de la Ley 643 de 2001, pues de la comparación de la norma acusada con esta disposición legal, se infiere lógicamente que para denominarse “local de juego”, esa debe ser la actividad principal; la Ley permitió que en estos establecimientos se tengan actividades comerciales, a manera de ejemplo, que se vendan gaseosas y comida; no puede interpretarse la norma, como lo pretende la parte actora, en el sentido de que en los establecimientos comerciales y de servicios, puedan operar juegos localizados, pues ese no es el espíritu de la Ley al autorizar que en los locales o establecimientos de juego se pueda combinar dicha actividad, que es la principal, con otras actividades comerciales o de servicios; precisamente, por eso es que la Ley se refiere al régimen propio y exclusivo de toda modalidad de juego de suerte y azar, dentro de lo cual se encuentra el local donde funcionan los denominados “juegos localizados”.

Por lo anterior, de la redacción del texto legal, se deduce que la disposición acusada se ajusta a la legalidad, por lo cual no prospera

este cargo.

2. Segundo cargo: El artículo 2° del Decreto 1905 de 2008, asignó en forma ilegal, una competencia al Ministerio de la Protección Social, relativa a la confiabilidad de los elementos de juego, competencia que le corresponde al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, por lo cual se infringió el artículo 47 de la Ley 643 de 2001, y se excedió la potestad reglamentaria.

El artículo 47 de la Ley 643 de 2001, que la parte actora considera violado, dispone entre las funciones del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar:

"Funciones del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar. Además de las que se señalan en las diferentes normas de la presente ley, le corresponde al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, las siguientes funciones:

1. Aprobar y expedir los reglamentos y sus modificaciones de las distintas modalidades de juegos de suerte y azar.

2. Determinar los porcentajes de las utilidades que las empresas públicas 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.

3. Autorizar los tipos o modalidades de juegos de suerte y azar extranjeros, que podrán venderse en Colombia, al igual que el régimen de derechos de explotación aplicables a los mismos,

derechos que no podrán ser inferiores a los establecidos para juegos nacionales similares.

4. Preparar reglamentaciones de ley de régimen propio, y someterlas a consideración del Presidente de la República.

5. 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.

6. Darse su propio reglamento.

7. Las demás que le asigne la ley". (Resalta la Sala)

Asiste razón a la entidad demandada y al Ministerio Público, en cuanto a que la disposición transcrita está dada para la reglamentación de las reglas de cada uno de los juegos, en lo que concierne a sus aspectos técnicos, los cuales deben ser observados por toda persona que opere, administre, fiscalice y explote un juego así como los apostadores, temática distinta de la consignada en el artículo 2º del Decreto 1905 de 2008, referido a la reglamentación para asegurar un alto grado de confiabilidad de los juegos electrónicos que operan en el país.

En efecto, la Corte Constitucional mediante sentencia C-571 de 2003, Magistrado ponente doctor Jaime Araujo Rentería, en relación con las funciones asignadas por el artículo 47 de la Ley 643 de

2001 al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, indicó:

“... . El demandante aduce que los Núms. 1, 2 y 3 del artículo 47 de la ley 643 de 2001 contrarían el artículo 189, Num. 11, de la Constitución, al atribuir al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar funciones de reglamentación que son exclusivas del Presidente de la República.

... .

La disposición impugnada asigna al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar las funciones de aprobar y expedir los reglamentos y sus modificaciones de las distintas modalidades de juegos de suerte (Num. 1); determinar los porcentajes de las utilidades que las empresas públicas operadoras de juegos de suerte y azar podrán utilizar como reserva de capitalización y señalar los criterios generales de su utilización, y determinar los recursos que deben ser utilizados por tales empresas como reservas técnicas para el pago de premios (Num. 2), y autorizar los tipos o modalidades de juegos de suerte y azar extranjeros que podrán venderse en Colombia, al igual que el régimen de derechos de explotación aplicable a los mismos (Num. 3).

... .

Se nota claramente que estas funciones se circunscriben a temas técnicos propios del ámbito del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, por lo cual su asignación al citado órgano no altera la potestad reglamentaria constitucional del Presidente de la República, a la cual deberá estar subordinado el ejercicio de aquellas.

En efecto, el Num. 1º se refiere a las reglas de los diversos juegos; el núm. 2” (Resalta la Sala)

Por lo explicado, no prospera este cargo.

3. Tercer cargo: Se asignó en forma ilegal a ETESA la competencia para diseñar y adoptar un programa que permita que los

elementos del juego electrónico estén conectados en línea y en tiempo real con el sistema de información de dicha entidad, pues ésta le corresponde al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, conforme al numeral 1° del artículo 47 de la Ley 643 de 2001.

De conformidad con lo expresado en el cargo anterior, el numeral 1° del artículo 47 de la Ley 643 de 2001, al establecer como función del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, la de aprobar y expedir los reglamentos y sus modificaciones de las diferentes modalidades de este tipo de juegos, hace referencia a las reglas de los diferentes juegos, tema distinto a diseñar y adoptar un programa que permita que los elementos del juego electrónico se conecten en línea y tiempo real con el sistema de información de la Empresa Territorial para la Salud – ETESA⁵.

Por lo anterior, la Sala considera que los actores no desvirtuaron la presunción de legalidad de que gozan las disposiciones acusadas, razón por la cual se denegarán las pretensiones de la demanda de declarar su nulidad, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

⁵ Entidad liquidada definitivamente mediante el Decreto 4961 de 2011; sus funciones las ejerce COLJUEGOS, entidad creada mediante Decreto 4142 de 2011.

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

F A L L A :

DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

TIÉNESE a la doctora **JENNY MARITZA CAMPOS WILCHES**, como apoderada del **Ministerio de Salud y Protección Social**, de conformidad con el poder y los documentos anexos obrantes a folios 274 a 284 del expediente.

En firme esta providencia archívese el expediente, previas las anotaciones de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 28 de agosto de 2014.



La actualidad jurídica en el momento en que ocurre

GUILLERMO VARGAS AYALA
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO