

369

583

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Bogotá, D.C. veinticuatro (24) de mayo de dos mil doce
(2012)

CONSEJERO PONENTE: DOCTOR MARCO ANTONIO VELILLA MORENO.

REF: Radicación número 11001032400020080037000

Acción: Nulidad.

Actor: CARLOS ALBERTO ESPINOSA PULIDO

El ciudadano CARLOS ALBERTO ESPINOSA PULIDO obrando en nombre propio, 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 1 y 2 del artículo 1° y del artículo 3° del Decreto 1905 de 30 de mayo de 2008¹, por el cual se modifica el Decreto 2483 de 2003.

¹ Publicado en el Diario Oficial de 4 de junio de 2008, el cual obra a folio 2 del expediente.

REF: Radicación número 11001032400020080037000
Actor: CARLOS ALBERTO ESPINOSA PULIDO

I-.FUNDAMENTOS DE DERECHO

Según el demandante, las normas acusadas violan respectivamente, las siguientes disposiciones superiores:

1.1.- Artículo 1° del Decreto 1905 de 2008 (parágrafos modificatorios primero y segundo):

- Constitución Política: artículos 13 (incisos 1 y 2) 25, 26 Y 333 (incisos 1° y 3°).
- Ley 643 de 2001, artículo 5°.

1.2.- Artículo 3o del Decreto 1905 de 2008:

- Constitución Política: artículos 29 (incisos 1° y 2°), 121, 150 (numeral 10, inciso 3°), 250 (inciso inicial y numerales 1, 2 y 3) y 251 (numerales 3 y 5).
- Ley 489 de 1998, artículo 66).

2. Como concepto de violación aduce el demandante, en síntesis lo siguiente:

2.1. Artículo 1° del Decreto 1905 de 2008.

REF: Radicación número 11001032400020080037000
Actor: CARLOS ALBERTO ESPINOSA PULIDO

En primer lugar, el demandante comienza por precisar el concepto de juego localizado para lo que se remite al artículo 32 de la Ley 643 de 2001, el cual lo ha definido en los siguientes términos:

"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.

La explotación de los juegos localizados corresponde a la Empresa Territorial para la Salud, ETESA. Los derechos serán de los municipios y el Distrito Capital y se distribuirán mensualmente durante los primeros diez (10) días de cada mes.

Los recursos provenientes de juegos localizados en ciudades de menos de cien mil (100.000) habitantes se destinarán al municipio generador de los mismos y los generados en el resto de las ciudades se distribuirán el cincuenta por ciento (50%) acorde con la jurisdicción donde se generaron los derechos o regalías y el otro cincuenta por ciento (50%) acorde con los criterios de distribución de la participación de los ingresos corrientes de la Nación.

Los juegos localizados que a partir de la sanción de la presente ley pretendan autorización de la Empresa Territorial para la Salud ETESA, deberán contar con un concepto previo favorable del alcalde donde operará el juego"

REF: Radicación número 11001032400020080037000
Actor: CARLOS ALBERTO ESPINOSA PULIDO

De la definición normativa, concluye que el juego localizado, es entonces, y ante todo, un juego de suerte y azar ubicado en un establecimiento de comercio dispuesto expresamente para eso ("a los cuales asisten los jugadores como condición necesaria para poder apostar); esos establecimientos de comercio son llamados locales de juegos.

El nuevo párrafo primero del artículo 1° del Decreto 1905 de 2008 en su primera parte reafirma este concepto: *"los juegos localizados solo podrán operarse en locales comerciales cuya actividad principal sea la de juegos de suerte y azar"*, pero el aparte que interesa al demandante es el segundo que manifiesta una discriminación tácita, al decir que *"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..."*. Esta distinción no hubiera sido necesaria, de no ser porque las máquinas tragamonedas son distintas de otros tipos de juegos.

Señala el demandante que lo que en la vida real se presenta son dos situaciones:

- Hay diversos y múltiples establecimientos de comercio y espacios públicos que tienen máquinas tragamonedas (particularmente en los espacios urbanos).

REF: Radicación número 11001032400020080037000
Actor: CARLOS ALBERTO ESPINOSA PULIDO

- No todas las máquinas tragamonedas son esencialmente iguales.

Define las máquinas tragamonedas como su nombre lo indica: una máquina que traga monedas y provee un servicio, pone en funcionamiento algo que busca el usuario, sea una sensación, una imagen, un sonido o una combinación de estos, o que entrega una cosa, sea dinero o cualquier otra cosa tangible y cita como ejemplos, rocolas de música, tableros de hockey con pastillas, futbolines de monedas, teléfonos públicos que no son de tarjeta, las máquinas de baile con pantalla, las cajas de regalos, los tableros de pinball, los simuladores de guerra o de pistoleros, entre otros. Todas ellas son máquinas tragamonedas porque tragan monedas y le proveen algo al usuario.

Con tanta diversidad de esas máquinas, como se observa de la Resolución 1487 de la Empresa Territorial para la Salud ETESA², las mismas se encuentran en edificios públicos, clínicas, misceláneas, tiendas de barrio, etc., y también en casinos y salones de juego.

Indica el demandante que cuando se juntan el primer párrafo modificatorio con el segundo se identifica lo pretendido: se trata de concentrar el negocio que producen estas máquinas (cualquiera que sea la función que ellas tengan) en los locales de juegos, de forma que las administraciones públicas puedan exigirles a estos la

² Folio 10 del expediente.

REF: Radicación número 11001032400020080037000
Actor: CARLOS ALBERTO ESPINOSA PULIDO

rentabilidad que se exige en el tercer principio contemplado en la ley 643 de 2001, pero también bloqueando una alternativa económica a diversas tiendas, misceláneas y demás pequeños negocios.

El demandante hace un resumen de lo que ha sido la evolución normativa referente a las loterías y a la explotación de los juegos de suerte y azar en el país, para señalar que la definición de estos últimos se caracteriza por la existencia de un jugador o usuario apostador que paga una apuesta (sea ésta a elección del apostador o impuesta por el operador o la máquina), en donde aquel espera un resultado favorable que sin embargo no conoce, entre otras razones, porque su influencia y control sobre el resultado a producir son mínimos; resultado que se traduce en un premio en dinero o en especie.

Si eso es un juego de suerte y azar, concluye que una máquina tragamonedas no es un juego de esta naturaleza, sino solamente aquellas donde concurre un operador administrador de la máquina y un jugador que pagándole a la máquina o a su operador espera un premio que pueda recibir por un mínimo de esfuerzo que no garantiza el resultado que espera; por ejemplo, los jackpots, los hipódromos virtuales, las máquinas aleatorias de resultados y todos los simuladores de juegos de suerte y azar de campo y mesa, mientras ofrezcan la posibilidad de un premio.

REF: Radicación número 11001032400020080037000
Actor: CARLOS ALBERTO ESPINOSA PULIDO

De lo señalado, el demandante considera como una arbitrariedad que vulnera los derechos fundamentales al trabajo, a la escogencia libre de profesión u oficio y a la libre empresa, la proscripción a los pequeños comerciantes para utilizar máquinas tragamonedas y el condicionamiento de concentrarlas en una escala que solo pueden aceptar los casinos y salas de juego propiamente dichas.

Por tanto, y como donde el reglamentador no distingue no puede hacerlo el intérprete, los textos demandados, mientras no puedan ser válidos moduladamente, están regulando hechos que no son ni únicos, ni homogéneos como una realidad única y homogénea, proscribiendo los derechos fundamentales de libre oficio, libre empresa y acceso al trabajo, y proporcionando una interpretación inadecuada del artículo 5° de la Ley 643 de 2001.

2.2. En cuanto al artículo 3° del Decreto 1905 de 2008, indica lo siguiente:

2.2.1. Sobre la policía judicial en cabeza de una empresa industrial y comercial, el artículo 200 del nuevo Código de Procedimiento Penal o ley 906 de 2004, define policía judicial como *"la función que cumplen las entidades del Estado para apoyar la investigación penal y, en ejercicio de las mismas, dependen funcionalmente del Fiscal General de la Nación y sus delegados"*.

La policía judicial pretende la persecución de hechos fuente de delitos por lo que su objetivo es poner en

REF: Radicación número 11001032400020080037000
Actor: CARLOS ALBERTO ESPINOSA PULIDO

conocimiento del órgano competente, la Fiscalía General de la Nación, hechos probablemente delictuosos. En contrario sensu, la función de la policía judicial no es adelantar ni ejercer delegadamente la instrucción penal o los procesos penales mismos.

Con apoyo en la Sentencia C-024 de 1994, señala el demandante que la Constitución Política prevé, por una parte, que las normas de tipo penal y procedimental, siendo normas de orden público no pueden ser de libre expedición, sino que emanan de la rama legislativa; y, por otra parte, tanto a nivel de funciones como de interpretación normativa, se plantea la lectura restrictiva de las prescripciones, de manera que no se puedan suponer competencias o funciones públicas no formuladas expresamente por una norma válida, ni que se puedan extender aplicaciones de normas que restrinjan derechos fundamentales o libertades públicas.

Por su parte, cita el Código de Procedimiento Penal, en lo que se refiere a los órganos que ejercen funciones de policía judicial permanentes y temporales. En efecto, las funciones permanentes están en cabeza de los siguientes órganos, según el artículo 202 de dicho cuerpo normativo:

1. *La Procuraduría General de la Nación.*
2. *La Contraloría General de la República.*
3. *Las autoridades de tránsito.*
4. *Las entidades públicas que ejerzan funciones de vigilancia y control.*

REF: Radicación número 11001032400020080037000
Actor: CARLOS ALBERTO ESPINOSA PULIDO

5. Los directores nacional y regional del Inpec, los directores de los establecimientos de reclusión y el personal de custodia y vigilancia, conforme con lo señalado en el Código Penitenciario y Carcelario.

6. Los alcaldes.

7. Los inspectores de policía

Interesa, para efectos de la demanda, ocuparse de la función otorgada a los órganos de vigilancia y control y al respecto cuestiona si estos órganos son supuestos o están proscritos por norma, optando el demandante por lo segundo. Se tiene, entonces, que la Constitución Política señala unos organismos de control, en su Título Décimo, y que corresponden a la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación, junto con sus órganos descentralizados y territoriales que a ellos están sujetos; y, a nivel de órganos de vigilancia se encuentran las superintendencias. De este modo, los órganos de vigilancia y control están legalmente definidos.

En coherencia con lo anterior, la ley 643 de 2001 dispone para la regulación del empleo comercial de la suerte y el azar a la Superintendencia Nacional de Salud (artículos 2°, 45, 53 y 59 transitorio).

Al efecto, el artículo 53 de la Ley 643 de 2001 señala:

"Competencia de inspección, vigilancia y control. La inspección, vigilancia y control del recaudo y aplicación de los recursos del monopolio de

REF: Radicación número 11001032400020080037000
Actor: CARLOS ALBERTO ESPINOSA PULIDO

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".

Procede el demandante a cuestionarse sobre la naturaleza de la Empresa Territorial para l Salud ETESA, la cual fue creada en la misma Ley 643 de 2001, en su artículo 39 así:

"Empresa Industrial y Comercial del Estado. Créase la Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden nacional, denominada Empresa Territorial para la Salud, Etesa, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculada al Ministerio de Salud, cuyo objeto es la explotación como arbitrio rentístico de los juegos definidos por esta ley como novedosos, los que en la misma expresamente se le asignen y los demás cuya explotación no se atribuya a otra entidad.

La sede de sus negocios será la ciudad de Bogotá, D. C., pero podrá adelantar actividades en

REF: Radicación número 11001032400020080037000
Actor: CARLOS ALBERTO ESPINOSA PULIDO

desarrollo de su objeto en todo el territorio nacional.

El capital de la empresa estará constituido totalmente con bienes y fondos públicos, los productos de ellos, los derechos, tasas o retribuciones que perciban por las funciones o servicios, sus rendimientos y las contribuciones de destinación especial en los casos autorizados por la Constitución.

El patrimonio de la Empresa Territorial para la Salud, Etesa estará integrado por los bienes actualmente de propiedad de Ecosalud S. A. Sociedad cuya liquidación se ordena en la presente ley, descontando el valor de las cuotas sociales de propiedad de las entidades socias.

La dirección y administración de la Empresa Territorial para la Salud, Etesa estará a cargo de una Junta Directiva y un presidente.

La Junta Directiva estará integrada por el Ministro de Salud quien la presidirá o el Viceministro de Salud como su delegado, cuatro (4) representantes de los alcaldes designados por la Federación Colombiana de Municipios y dos (2) representantes de los Gobernadores designados por la Conferencia Nacional de Gobernadores.

Los representantes de las entidades territoriales serán designados para períodos de dos (2) años contados a partir de su posesión y no podrán coincidir simultáneamente en la Junta Directiva, representantes que pertenezcan a la misma entidad territorial.

El presidente de la Empresa Territorial para la Salud será agente del Presidente de la República, de su libre nombramiento y remoción.

Como lo señala el artículo 85 de la Ley 489 de 1998, ETESA, siendo Empresa Industrial y Comercial del Estado, desarrolla actividades de naturaleza industrial y comercial y de gestión económica conforme a las reglas de derecho privado.

REF: Radicación número 11001032400020080037000
Actor: CARLOS ALBERTO ESPINOSA PULIDO

El que un decreto establezca funciones de policía judicial a favor de una empresa industrial y comercial es un abuso de autoridad, una operación administrativa indebida y una usurpación de competencias públicas que desborda las competencias naturales de restricción a las libertades públicas, vulnerando por tanto, además, el artículo 29 superior.

Finalmente, el demandante invoca como violado el artículo 150 numeral 10 de la C.N., referente a las facultades extraordinarias de que puede ser revestido el Presidente de la República por parte del Congreso de la República, resaltando que esas facultades no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas ni las previstas en el numeral 20 del presente artículo ni para decretar impuestos. De ahí que no sea constitucional que la Administración Pública pretenda interpretar por vía normativa, disposiciones taxativas como las que el Código de Procedimiento Penal promulga sobre la función de policía judicial, y mucho menos para ampliar el rango de servidores y organismos que pueden ostentar esas funciones; entre otras, por tratarse de la reforma, de

REF: Radicación número 11001032400020080037000
Actor: CARLOS ALBERTO ESPINOSA PULIDO

hecho, de un estatuto fundamental de libertades. Cita, en apoyo de su tesis, las Sentencias C-1374 de 2000 y C-024 de 1992.

3. El demandante solicitó, en escrito separado, la suspensión provisional de los actos acusados, la cual fue denegada por esta Sección mediante auto de 10 de diciembre de 2008.

II-. TRAMITE 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.

2.1-. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Ministerio de la Protección Social, mediante apoderada, se opuso a las pretensiones de la demanda señalando, en síntesis, que:

REF: Radicación número 11001032400020080037000
Actor: CARLOS ALBERTO ESPINOSA PULIDO

2.1.-La autorización de poderse ubicar los juegos localizados en establecimientos en donde se combine la operación de juegos localizados con otras actividades comerciales o de servicio, en especial cuando se trata de máquinas tragamonedas, ha demostrado que conduce a que sean ubicados en establecimientos tales como tiendas y otros, a los cuales tienen acceso los menores y que en muchas ocasiones están dispuestos al interior del establecimiento, lo que dificulta el control.

Se considera que estando concentrados los juegos localizados en establecimientos dedicados exclusivamente a la operación de actividades de juegos, se neutraliza la posibilidad de entrada a dichos establecimientos de menores de edad y se permite un mejor control y vigilancia. De esta manera se cumple uno de los principios que rige la gestión de juegos de suerte y azar, como es el de la finalidad social prevalente, que se interpreta no solamente como la de contribuir eficazmente a la financiación del servicio público de salud, sino a que no se afecte la salud de los menores de edad.

REF: Radicación número 11001032400020080037000
Actor: CARLOS ALBERTO ESPINOSA PULIDO

Con esta nueva reglamentación se establecen controles que permiten un cumplimiento más efectivo de la prohibición contenida en el literal b) del artículo 4° de la ley 643 que prohíbe el ofrecimiento o venta de juegos de suerte y azar a menores de edad y a personas que padezcan enfermedades mentales que hayan sido declaradas interdictas judicialmente.

2.2.- Corresponde a ETESA la vigilancia y control de los juegos de suerte y azar, no solo en cuanto a que la operación sea legal, esto es, que cuente con la autorización previa para iniciar su operación, sino que también le corresponden las facultades de fiscalización sobre derechos de explotación que se le confieren mediante el artículo 43 de la Ley 643.

Para efectos de crear herramientas técnico jurídicas que permitan el ejercicio de las funciones de fiscalización, vigilancia y control que atribuyen la Ley 643 de 2001 y el Decreto 146 de 2004 a ETESA, con eficiencia y eficacia, a partir del poder coercitivo que le asigna al Estado la Constitución Política y la Ley, en particular

REF: Radicación número 11001032400020080037000
Actor: CARLOS ALBERTO ESPINOSA PULIDO

el Código de Procedimiento Penal, a través de la policía judicial, se ha consagrado en el proyecto de decreto, de manera expresa, el carácter de policía judicial que le corresponde a ETESA de conformidad con el artículo 202 numeral 4 de la Ley 906 de 2004 y demás normas concordantes. Autoridad que se deriva de la facultad de fiscalización que sobre los derechos de explotación le confiere el artículo 43 de la Ley 643 de 2001, por ser una empresa administradora del monopolio de juegos de suerte y azar, a la cual le corresponde la función de controlar, vigilar y supervisar los juegos de suerte y azar y realizar las transferencias al sector de la salud.

Agrega que el Decreto 1905 de 2008 se fundamentó no solo en lo dispuesto por el numeral 4 del artículo 202 de la Ley 906 de 2004, sino también en lo consagrado en el artículo 4 y 43 de la Ley 643 de 2001. Esto quiere decir que la Empresa Territorial para la Salud ETESA, como entidad pública encargada de la explotación y administración de juegos de suerte y azar, debe ejercer control y vigilancia sobre los operadores de los juegos de suerte y azar que se encuentran bajo su responsabilidad, y también combatir el juego ilegal, para

REF: Radicación número 11001032400020080037000
Actor: CARLOS ALBERTO ESPINOSA PULIDO

lo cual debe contar con las herramientas jurídicas que le permitan cumplir cabalmente con esta función, adelantando las acciones que sean pertinentes para hacer efectivas las normas que regulan la actividad del monopolio.

2.3. Retoma la apoderada de la entidad demandada el tema relativo a las máquinas tragamonedas para señalar, con fundamento en jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el derecho a la igualdad, que con la expedición del Decreto 1905 de 2008 no se vulnera tal derecho consagrado en el artículo 13 de la C.N., toda vez que al disponer que las máquinas tragamonedas deberán operar en locales comerciales cuyo objeto sea la operación de este tipo de juegos o de manera compartida con otro tipo de juegos localizados, se está protegiendo a la niñez, que es un sector de la población que merece especial protección y atención, de acuerdo con los mismos mandatos constitucionales.

Aunque la Constitución Política de Colombia consagra el derecho al trabajo, a la libre escogencia de profesión u oficio y la libertad de empresa, estos no son derechos absolutos, pues todo derecho conlleva una obligación, y

REF: Radicación número 11001032400020080037000
Actor: CARLOS ALBERTO ESPINOSA PULIDO

frente a estos derechos, ellos se pueden ejercer libremente, pero siempre con sentido de responsabilidad social, atendiendo y respetando las disposiciones legales que al respecto el mismo Estado consagra; como bien lo señala el artículo 333 de la Carta Superior, dentro de los límites del bien común.

III-. ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO

3.1. Resume el Ministerio Público que el problema jurídico a resolver consiste en establecer si el Gobierno Nacional, al limitar la ubicación de las máquinas tragamonedas en sitios de juego localizados contraría el derecho a la igualdad, el derecho al trabajo y la libertad de empresa, y en segundo lugar, si excedió la potestad reglamentaria al otorgar facultades de policía judicial a ETESA.

3.2. El Decreto 1905 de 2008, por el cual se modifica el Decreto 2483 DE 2003 y se dictan otras disposiciones fue expedido por el Presidente de la República en ejercicio

REF: Radicación número 11001032400020080037000
Actor: CARLOS ALBERTO ESPINOSA PULIDO

de las facultades otorgadas por el numeral 11 del artículo 89 de la Carta y 2° de la Ley 643 de 2001.

El artículo 32 de la Ley 643 dispone que la explotación de los juegos localizados corresponde a la Empresa Territorial para la Salud ETESA, los cuales, de acuerdo con el artículo 33 de dicha ley, serán operados por intermedio de terceros, previa autorización y suscripción de los respectivos contratos de concesión. Así mismo, señala la ley que compete al Gobierno Nacional, a través del reglamento, la preparación y aprobación de un modelo de minuta contractual denominado *"contrato de concesión para la operación de juegos de suerte y azar localizados a través de terceros"*.

Es así como, a través del Decreto 1905 que modificó el Decreto 2483 de 2003, el Gobierno Nacional estableció los requisitos del contrato de concesión para la operación a través de terceros de los juegos de suerte y azar localizados.

3.3. En cuanto a la violación de los derechos a la libertad de empresa, igualdad y trabajo, el Ministerio

REF: Radicación número 11001032400020080037000
Actor: CARLOS ALBERTO ESPINOSA PULIDO

Público consideró que estos no son vulnerados. Con apoyo en la Sentencia T-291 de 1994, concluye que dada la naturaleza misma y alcance del concepto de juego localizado no puede afirmarse que se desconozcan la libertad de empresa, el derecho al trabajo, por cuanto los juegos de suerte y azar son monopolio del Estado y están sujetos a los estrictos lineamientos señalados por la ley para su funcionamiento.

Fue el propio legislador el que estableció que los juegos localizados solamente pueden funcionar en establecimientos de comercio dispuestos especialmente para ello, comúnmente denominados locales de juego, limitación que se justifica en razón a la naturaleza de la actividad, y para efecto de ejercer un control adecuado sobre los recursos que genera, lo que no significa que se bloquee una alternativa económica, puesto que si se quiere aspirar a beneficiarse de esa alternativa comercial, ello deberá sujetarse a los requisitos de ley, que se justifican por tratarse de un monopolio rentístico de la Nación y corresponderle a ETESA como la empresa encargada de su administración, control y vigilancia.

REF: Radicación número 11001032400020080037000
Actor: CARLOS ALBERTO ESPINOSA PULIDO

En lo que respecta a las máquinas tragamonedas, el sentido y alcance de la norma se circunscribe a aquellas empleadas en los juegos de suerte y azar, luego no puede entenderse como tales los teléfonos públicos, ni las rocolas, ni los proveedores de golosinas como lo pretende ver el actor.

3.4. Sobre la policía judicial en cabeza de una empresa industrial y comercial, señala que de conformidad con lo establecido en el artículo 202, numeral 4 de la Ley 906 de 2004, ejercen función de policía judicial "las entidades públicas que ejerzan funciones de vigilancia y control". El artículo 3° cuestionado se funda en los artículos 4° y 43 de la Ley 643 de 2001.

Al ser ETESA una empresa administradora de monopolio rentístico, ejerce funciones de vigilancia y control y en esa medida puede, para el ejercicio de esa facultad, ejercer funciones de policía judicial, pero sólo para ese específico propósito. Para allegar a tal conclusión la Agencia del Ministerio Público se fundó en la Sentencia C-404 de 2003.

REF: Radicación número 11001032400020080037000
Actor: CARLOS ALBERTO ESPINOSA PULIDO

Por lo anterior, no fue la autoridad administrativa la que se abrogó una competencia propia del legislador, sino que en cumplimiento de las facultades otorgadas al legislativo³ desarrolló el ejercicio de la función de policía judicial en cabeza de ETESA, por ser ésta una entidad que ejerce la vigilancia y control sobre quienes desarrollan y están habilitados para explotar el monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar. Asimismo, el Ministerio Público, para sustentar su tesis, cita la Sentencia C-302 de 1994, respecto de la cual resalta que el reglamento es complemento indispensable para que la ley se haga ejecutable.

Además, considera oportuno precisar que la misma Ley 643 de 2001, al crear la Empresa Territorial para la Salud ETESA, señaló expresamente sus funciones, las cuales, para ser cumplidas, necesitan una reglamentación que le permita desarrollar las actividades a su cargo.

³ Debe entenderse, al ejecutivo.

REF: Radicación número 11001032400020080037000
Actor: CARLOS ALBERTO ESPINOSA PULIDO

IV-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- El acto acusado es el Decreto 1905 de 2008, en las disposiciones cuyo texto se transcribe a continuación:

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

Parágrafo 1°. 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. (Lo subrayado corresponde al aparte demandado de la norma).

Parágrafo 2°. 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 de habitantes por municipio	Elementos de juego
1	De 500.001 en adelante	20
2	De 100.001 a 500.000	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

Artículo 3°. Función de Policía Judicial. La Empresa Territorial para la Salud, Etesa, ejercerá de conformidad con las facultades otorgadas en la Ley 643 de 2001, las funciones previstas en el numeral 4 del artículo 202 de la Ley 906 de 2004.

Parágrafo. En desarrollo de las funciones contempladas en la Ley 906 dentro del ámbito de

REF: Radicación número 11001032400020080037000
Actor: CARLOS ALBERTO ESPINOSA PULIDO

sus competencias, la Empresa Territorial para la Salud, Etesa, deberá realizar las actividades tendientes a brindar el apoyo necesario a las autoridades de investigación en la recolección del material probatorio y su aseguramiento para el desarrollo eficaz de la investigación y actuará coordinadamente con dichas autoridades en los casos que se considere pertinente."

2.- La Sala abordará el examen de legalidad de las normas acusadas, conforme al orden que ha expresado el demandante en su libelo, principiando por los párrafos 1 y 2 del artículo 10.

2.1.- El actor demanda el Parágrafo 1° 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 1° y 3°) de la Constitución Política y el artículo 5° 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

REF: Radicación número 11001032400020080037000
Actor: CARLOS ALBERTO ESPINOSA PULIDO

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.

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,

REF: Radicación número 11001032400020080037000
 Actor: CARLOS ALBERTO ESPINOSA PULIDO

resultado que escapa al control del jugador⁴; y, el juego localizado es aquel en el que el jugador debe hacer presencia física como condición indispensable para participar⁵. El artículo 32 de la Ley 643 de 2001 cita

⁴ El artículo 5° 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.

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".

⁵ El artículo 32, en su texto anterior a la modificación parcial introducida por el Decreto 130 de 2010, disponía en su parte pertinente:

"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."

La explotación de los juegos localizados corresponde a la Empresa Territorial para la Salud, ETESA. Los derechos serán de los municipios y el Distrito Capital y se distribuirán mensualmente durante los primeros diez (10) días de cada mes... (Subrayado fuera de texto)

REF: Radicación número 11001032400020080037000
Actor: CARLOS ALBERTO ESPINOSA PULIDO

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.

Se hace necesario, entonces, visualizar si la limitación del párrafo 1° del artículo 1° del Decreto 1905 de 2008, relativa a que las máquinas tragamonedas operen en locales de juegos de suerte y azar u otros localizados, exclusivamente, cobija a toda máquina que no correspondiendo a las de esta naturaleza, sea accionada mediante el uso de monedas. Para ello, es menester acudir a criterios de interpretación que permitan dar un sentido sensato y razonable a lo expuesto en la norma.

REF: Radicación número 11001032400020080037000
Actor: CARLOS ALBERTO ESPINOSA PULIDO

Así, el mencionado Parágrafo hace parte del artículo 1° del Decreto 1905 de 2008, el cual modifica el artículo 3° del Decreto 2483 de 2003, referente a la autorización que debe dar la Empresa Territorial para la Salud ETESA a los operadores de juegos de suerte y azar localizados, de que trata el artículo 2° de este último Decreto. 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 demandada⁶, 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.

Por su parte, si se alude a una interpretación gramatical, tampoco se deriva el cuestionado efecto, pues

⁶ 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".

REF: Radicación número 11001032400020080037000
Actor: CARLOS ALBERTO ESPINOSA PULIDO

la disposición principia refiriéndose a juegos localizados, a fin de delimitar su funcionamiento en locales destinados a los juegos de suerte y azar; y, seguidamente, en su aparte demandado, continúa tratando el caso de las máquinas tragamonedas para indicar que ellas pueden operar solo en locales dedicados a este tipo de juegos, es decir, a los de suerte y azar o de manera combinada con otros localizados, luego mal podría suponerse que la norma cobije a otro tipo de máquinas cuando es clara en regular, expresamente, los juegos localizados.

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.

Aun cuando se observa que la norma demandada no ofrece confusión alguna sobre el tema que regula, no sobra anotar, con ocasión de la elucubración propuesta por el

REF: Radicación número 11001032400020080037000
Actor: CARLOS ALBERTO ESPINOSA PULIDO

actor, que la Sala, en repetidas ocasiones, ha sostenido que la oscuridad de una norma no amerita per se su nulidad; lo que se impone es su interpretación en orden a su correcta aplicación⁷. Al respecto vale la pena citar la Sentencia de 16 de septiembre de 2010, Exp. 2004-00081-00, M.P. Dr. Rafael Ostau De Lafont Pianeta, en la que se señaló, a propósito de la necesidad de acudir a la interpretación normativa, lo siguiente:

"...La extensión que daba darse a toda la ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación precedentes.", esto es, aquellas en las cuales se consagra la obligación de respetar su espíritu, de no apartarse del tenor literal de las palabras, de tener en cuenta el contexto de la ley para ilustrar el sentido de sus partes, de consultar la historia fidedigna de su establecimiento y de considerar, en todo caso, el espíritu general de la legislación y la equidad natural..."

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

⁷ Véase la Sentencia de 3 de diciembre de 1993, Exp. 2268 - 2399. M.P. Dr. Miguel González Rodríguez y otras en donde se ha reiterado este criterio.

REF: Radicación número 11001032400020080037000
Actor: CARLOS ALBERTO ESPINOSA PULIDO

funcionalidad para juegos de suerte y azar, cuyo uso requiera la asistencia física del jugador al local correspondiente.

Ni siquiera es menester, como lo sugiere el actor, que haya lugar a que el texto demandado pudiere considerarse válido moduladamente, pues para que la Sala entre a valorar un posible fallo interpretativo en el que se declare la nulidad condicionada de la disposición, se requiere que la lectura del acto demandado ofrezca dos o más interpretaciones en donde una de ellas sea acorde con las normas superiores, de forma tal que la norma se entienda válida únicamente adoptando la interpretación conforme a derecho⁸; pero dicha situación no ocurre en el

⁸ En Jurisprudencia del Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Bogotá, D.C., diez y seis (16) de junio de dos mil nueve (2009). Consejero ponente: Enrique Gil Botero. Radicación número: 11001-03-15-000-2009-00305-00(CA), se señaló:

"Frente a esta situación la Sala considera, apoyada en los principios del efecto útil de las normas y el de conservación del derecho, en virtud de los cuales se destaca y acentúa la idea de que en la producción normativa se invierte un esfuerzo administrativo, jurídico y político que vale la pena conservar, que se deben y pueden modular las sentencias de validez, cuando se encuentre algún sentido a la norma controlada que se ajuste al derecho vigente, de modo que, por esta vía, se logran dos propósitos: i) eliminar del ordenamiento jurídico las interpretaciones y aplicaciones que vulneran el derecho -exclusión total de la ilegalidad, para mantener aséptico el ordenamiento jurídico-, y ii) se conserva exclusivamente la aplicación e interpretación ajustada a la constitución o la ley -inclusión plena de la legalidad, para mantener dinámico el ordenamiento jurídico..."

Así mismo, en Providencias de la Sección Tercera del 2 de mayo de 2007, Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Radicación número: 11001-03-26-000-1998-05354-01(16257) y del 9 de junio de 2010, Consejero ponente:

REF: Radicación número 11001032400020080037000
Actor: CARLOS ALBERTO ESPINOSA PULIDO

caso sub examine, por cuanto de la lectura de la disposición acusada no se visualiza infracción alguna al ordenamiento superior que indica el demandante.

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

Enrique Gil Botero, Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00089-00 (37258), se indicó lo siguiente:

"Esta técnica permite al juez contencioso a la vez garantizar la supremacía de las normativas superiores sobre el acto administrativo objeto del contencioso objetivo, al no retirar del ordenamiento una disposición administrativa que admite una lectura conforme a las normas superiores, pero simultáneamente respetando la supremacía de los preceptos constitucionales, legales o reglamentarias, sin que en modo alguno se extralimiten los poderes del juez administrativo conforme a lo prescrito por el artículo 84 del CCA.."

REF: Radicación número 11001032400020080037000
Actor: CARLOS ALBERTO ESPINOSA PULIDO

Sala no se detendrá a analizar los propósitos o fundamentos fácticos y jurídicos del Parágrafo 1° del artículo 1° 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.

Tampoco se vislumbra cómo el parágrafo acusado viola el artículo 5° 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.

2.2.- En cuanto al parágrafo 2°, arriba transcrito, y cuya nulidad solicita el demandante por violar las disposiciones constitucionales también invocadas respecto del parágrafo 1°, la Sala no se referirá a dicho parágrafo por cuanto el actor no especifica los cargos

REF: Radicación número 11001032400020080037000
Actor: CARLOS ALBERTO ESPINOSA PULIDO

que contra él pretende aducir. Tan sólo se limita a detallar los cargos alusivos al parágrafo 1° sobre las máquinas tragamonedas, pero no alude a los relativos al parágrafo 2° del mismo artículo 1° del Decreto 1905 de 2008, por lo que se observa que el actor no cumplió con la carga procesal de señalar el alcance de la violación normativa, incurriendo así en inepta demanda. Por tal motivo, la Sala se debe declarar inhibida para decidir de fondo con respecto a éste.

3. En lo que se refiere a la función de policía judicial atribuida a ETESA por el artículo 3° del Decreto 1905 de 2008, cabe advertir que dicha Entidad se encuentra en liquidación en virtud del Decreto 175 del 25 de enero de 2010⁹. No obstante, la Sala abordará el estudio del cargo en atención a que las normas que atribuyeron las competencias y/o facultades que cuestiona el actor se hallan revestidas de legalidad, y por tanto, procede el análisis propuesto.

Así, cuestiona el actor que esa facultad de policía

⁹ Prorrogada por el Decreto 873 de 2012 hasta el 31 de agosto de 2012.

REF: Radicación número 11001032400020080037000
Actor: CARLOS ALBERTO ESPINOSA PULIDO

judicial corresponde, en los términos del artículo 202 numeral 4°, a las entidades que ejerzan vigilancia y control, perteneciendo tal función a las Superintendencias, en virtud la Ley 489 del artículo 66¹⁰, y que para el caso de los juegos de suerte y azar, la misma recae en la Superintendencia Nacional de Salud, según el artículo 53 de la Ley 643 de 2001¹¹.

Pues bien, en consideración a que la función de policía judicial se atribuye, en los términos del artículo 202 numeral 4°, del Código de Procedimiento Penal, a las entidades del Estado que ejercen funciones de vigilancia y

¹⁰ "Organización y funcionamiento de las superintendencias. Las superintendencias son organismos creados por la ley, con la autonomía administrativa y financiera que aquella les señale, sin personería jurídica, que cumplen funciones de inspección y vigilancia atribuidas por la ley o mediante delegación que haga el Presidente de la República previa autorización legal.

La dirección de cada superintendencia estará a cargo del Superintendente".

¹¹ "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".

REF: Radicación número 11001032400020080037000
Actor: CARLOS ALBERTO ESPINOSA PULIDO

control, debe la Sala dilucidar si a la Empresa Territorial para la Salud ETESA, correspondía ese tipo de función y si era posible concederle la de policía judicial mediante un decreto.

Al efecto, vale la pena comenzar por traer a colación lo señalado por esta Sección en Sentencia de 03 de julio de 2008, Exp. 8142, M.P. Dr. Camilo Arciniegas Andrade, en la que se señaló lo siguiente sobre la naturaleza de la Empresa Territorial para la Salud ETESA:

"La Ley 10ª de 1990, en su artículo 43, autorizó la constitución y organización de una sociedad de capital público con participación de la Nación y de las entidades territoriales, o de sus entidades descentralizadas, titulares de los monopolios rentísticos de las loterías existentes, para la explotación y administración del monopolio rentístico creado por el artículo 42 ibídem sobre todas las modalidades de juegos de suerte y azar, distintos de las loterías y apuestas permanentes. Con fundamento en los artículos 42 y 43 de la Ley 10ª de 1990 y en el Decreto 130 de 1976, se constituyó la Empresa Colombiana de Juegos de Suerte y Azar Ltda. (COLJUEGOS), transformada después en la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S.A. (ECOSALUD S.A.), hoy liquidada y reemplazada por ETESA..."

Por su parte, la Ley 643 de 2001 en su artículo 39, creó la Empresa Territorial para la Salud ETESA, el que en su aparte pertinente dispone:

REF: Radicación número 11001032400020080037000
Actor: CARLOS ALBERTO ESPINOSA PULIDO

"Empresa Industrial y Comercial del Estado. Créase la Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden nacional, denominada Empresa Territorial para la Salud, Etesa, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculada al Ministerio de Salud, cuyo objeto es la explotación como arbitrio rentístico de los juegos definidos por esta ley como novedosos, los que en la misma expresamente se le asignen y los demás cuya explotación no se atribuya a otra entidad.

La sede de sus negocios será la ciudad de Bogotá, D. C., pero podrá adelantar actividades en desarrollo de su objeto en todo el territorio nacional.

El capital de la empresa estará constituido totalmente con bienes y fondos públicos, los productos de ellos, los derechos, tasas o retribuciones que perciban por las funciones o servicios, sus rendimientos y las contribuciones de destinación especial en los casos autorizados por la Constitución.

El patrimonio de la Empresa Territorial para la Salud, Etesa estará integrado por los bienes actualmente de propiedad de Ecosalud S. A. Sociedad cuya liquidación se ordena en la presente ley, descontando el valor de las cuotas sociales de propiedad de las entidades socias..." (Subrayado fuera de texto).

Esta Sección ha reconocido, igualmente, que dicha Entidad, era la titular de la explotación de los juegos de suerte y azar localizados¹², siguiendo lo dispuesto por el artículo 32 de la citada Ley, la cual a su turno en su artículo 43 indica lo siguiente en cuanto a las

¹² Léase la Sentencia de 30 de abril de 2008, Exp. 2003-00514-01, M.P. Dr. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

REF: Radicación número 11001032400020080037000
Actor: CARLOS ALBERTO ESPINOSA PULIDO

facultades de fiscalización sobre derechos de explotación:

"Las empresas, sociedades o entidades públicas administradoras del monopolio de juegos de suerte y azar tienen amplias facultades de fiscalización para asegurar el efectivo cumplimiento de las obligaciones a cargo de los concesionarios o destinatarios de autorizaciones para operar juegos de suerte y azar. Para tal efecto podrán:

- a) Verificar la exactitud de las liquidaciones de los derechos de explotación presentadas por los concesionarios o autorizados;
- b) Adelantar las investigaciones que estimen convenientes para establecer la ocurrencia de hechos u omisiones que causen evasión de los derechos de explotación;
- c) Citar o requerir a los concesionarios o autorizados para que rindan informes o contesten interrogatorios;
- d) Exigir del concesionario, autorizado, o de terceros, la presentación de documentos que registren sus operaciones. Todos están obligados a llevar libros de contabilidad;
- e) Ordenar la exhibición y examen parcial de libros, comprobantes y documentos, tanto del concesionario o autorizado, como de terceros, legalmente obligados a llevar contabilidad;
- f) Efectuar todas las diligencias necesarias para la correcta fiscalización y oportuna liquidación y pago de los derechos de explotación.

De lo señalado, cabe colegir que era ETESA en

REF: Radicación número 11001032400020080037000
Actor: CARLOS ALBERTO ESPINOSA PULIDO

liquidación, la titular y administradora de la explotación de los juegos de suerte y azar localizados, de otros dispuestos por las normas legales y de aquellos cuya explotación no fuere atribuida a otra Entidad. Para el efecto, contaba con funciones controladoras y facultades de fiscalización específicas que la ley 643 de 2001 le confirió, por lo que en estricto sentido, es de inferir que la Entidad cumplía funciones de vigilancia y control sobre los juegos de suerte y azar cuya explotación le correspondía.

Sostiene el actor que ETESA, dada su naturaleza de Empresa Industrial y Comercial del Estado, no puede ejercer la función de policía judicial, frente a lo cual es de advertir que el artículo 85 de la Ley 489 de 1998, en efecto, dispone que se trata de empresas creadas por la ley que en esencia ejercen actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de derecho privado, pero seguidamente indica "*salvo las excepciones que consagra la ley*". Ello hace suponer que este tipo de entes públicos pueden desarrollar funciones diferentes de las estrictamente comerciales o industriales, si existe ley que así lo disponga, más aun si aquellas se requieren

REF: Radicación número 11001032400020080037000
Actor: CARLOS ALBERTO ESPINOSA PULIDO

para el cabal ejercicio de su objeto, por lo que la Sala no comparte la apreciación del actor en el sentido que al haber correspondido ETESA a la categoría de Empresa Industrial y Comercial del Estado, no se le pudiere conferir tal atribución.

En lo que refiere a la función de policía judicial, conviene seguir los lineamientos que sobre esta se han esbozado en las Sentencias C-1024 de 2002 y C-404 de 2003 de la Corte Constitucional, en las que puntualiza el concepto como:

"...el conjunto de autoridades que colaboran con los funcionarios judiciales en la investigación de delitos y en la captura de delincuentes. La función de policía judicial constituye elemento necesario para la investigación judicial y, por ello, queda dentro de la órbita propia de la función judicial del Estado.

(...)

La Corte ha precisado que aquella debe desempeñarse por servidores públicos especializados y bajo la dirección, coordinación y responsabilidad funcional de la Fiscalía General de la Nación, que por mandato de la Constitución forma parte de la rama judicial del poder público..." (Subrayado fuera de texto).

Ahora, el artículo 202, numeral 4°, del Código de Procedimiento Penal, otorga funciones permanentes de

REF: Radicación número 11001032400020080037000
Actor: CARLOS ALBERTO ESPINOSA PULIDO

policía judicial de manera especial y en lo de su competencia a las entidades públicas que ejerzan funciones de vigilancia y control, las cuales, dicho sea de paso, no conciernen únicamente a las Superintendencias, como lo pretende hacer ver el actor, pues la ley puede disponer que otras entidades intervengan o cooperen en la supervisión o control de ciertas actividades en determinado sector, como en el caso sub examine.

En este orden de ideas, y de las normas contenidas en los artículos 32, 39 y 43 de la Ley 643 de 2001 es de colegir que las funciones de ETESA en liquidación, eran de vigilancia y control en los términos del numeral 4° del artículo 202 del Código de Procedimiento Penal, en lo que hace a la administración y explotación de los juegos de suerte y azar que a ella, en exclusiva, correspondían. De este modo, no se halla ilegalidad alguna en que se le hubiere otorgado función de policía judicial, la cual, se resalta, no era desarrollada por ETESA autónomamente sino bajo la dependencia funcional de la Fiscalía General de

REF: Radicación número 11001032400020080037000
Actor: CARLOS ALBERTO ESPINOSA PULIDO

la Nación¹³, tal como precisa la Jurisprudencia constitucional citada, haciéndose necesaria dicha funcionalidad a fin de contar con un organismo que, frente a ese sector que ella administraba y explotaba, apoyara al funcionario judicial en orden a recolectar material probatorio y velar por su veracidad.

Por otro lado, es menester traer a colación lo señalado por la Corte Constitucional en Sentencia C-010 de 2002, referente al alcance de la facultad legislativa en materia de la regulación del monopolio rentístico sobre los juegos de suerte y azar:

"La facultad legislativa a la que se refiere el artículo 336 de la Carta, que le permite al Congreso determinar el régimen propio de los monopolios rentísticos, no ha sido limitada expresamente por el constituyente. En una interpretación teleológica, debe ser lo suficientemente amplia para que a través de su ejercicio pueda el legislador determinar de manera general la forma de organización, administración, control y explotación de los monopolios. Por ello, en principio, el control de constitucionalidad sobre el ejercicio de las competencias legislativas en esta materia no debe ser rígido, y sólo si se encuentra claramente invadido el núcleo esencial de la autonomía de otro ente constitucionalmente autónomo, puede la

¹³ La Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, precisa en su artículo 33 que la dirección, coordinación y control de las funciones de policía judicial corresponden al Fiscal General de la Nación o sus delegados.

REF: Radicación número 11001032400020080037000
Actor: CARLOS ALBERTO ESPINOSA PULIDO

Corte declarar la *inexequibilidad* correspondiente. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Así las cosas, viable es concluir que la Sala no encuentra la ilegalidad alegada por el actor con la expedición de la norma acusada, dado, se recalca, el rol que desempeñaba ETESA como entidad a cargo de la administración y explotación de determinados juegos de suerte y azar, con labores de supervisión y control que encuadran en el numeral 4° del artículo 202 del C. de P. P., máxime cuando tal atribución es útil para servir de auxilio a labores investigativas cuya dirección, coordinación y control no corresponden a la Entidad, sino a la Fiscalía General de la Nación.

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

F A L L A:

REF: Radicación número 11001032400020080037000
Actor: CARLOS ALBERTO ESPINOSA PULIDO

PRIMERO: DECLÁRESE INHIBIDO frente a la pretensión de nulidad del Parágrafo 2° del artículo 1° del Decreto 1905 de 2008, por inepta demanda respecto del cargo de violación.

SEGUNDO: DENIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del día veinticuatro (24) de mayo del año 2012.


MARIA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ
Presidenta


MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO


MARC@ ANTONIO VELILLA MORENO.