



Sentencia 0010 de 2008 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA

Consejero Ponente: Dra. Myriam Guerrero de Escobar

Bogotá D.C., trece (13) de agosto de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 11001-03-26-000-2000-0010-01

Expediente número: 18556

Actor: Oswaldo Hernández Ortiz

Demandado: Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Acción: Nulidad

Procede la Sala a decidir la acción pública de nulidad instaurada el 21 de junio de 2000, por el ciudadano Oswaldo Hernández Ortiz, contra el artículo 2º del Decreto reglamentario No. 2427 de 2 de diciembre de 1999, expedido por el Presidente de la República, mediante el cual se dispuso que *"cuando la operación del monopolio rentístico creado por el artículo 42 de la ley 10 de 1990 se efectúe a través de personas jurídicas de derecho privado, los costos y gastos de inversión, producción, administración, venta y publicidad, se regirán de conformidad con las normas que a ellas las regulan."*

Ver el Fallo del Consejo de Estado 21051 de 2006

I. ANTECEDENTES.

1. Hechos.

Como sustento de sus pretensiones el demandante narró los siguientes hechos [Fls. 4 a 5]:

1.1. Señaló que de conformidad con el artículo 42 de la Ley 10 de 1990, modificado por el artículo 285 de la Ley 100 de 1993, constituye arbitrio rentístico de la Nación, en beneficio del sector salud, las modalidades de juegos de suerte y azar diferentes de las loterías, y apuestas permanentes existentes y de las rifas menores. Para su explotación, el artículo 43 inciso primero ibídem, autorizó la constitución y organización de una sociedad de capital público, de la cual serían socios la Nación y las entidades territoriales o sus entidades descentralizadas.

1.2. En cumplimiento de la citada ley, mediante la Escritura Pública N° 4379 de 1990, se constituyó la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S.A. - ECOSALUD S.A. - inicialmente denominada COLJUEGOS, de la cual hacían parte la Nación y algunas entidades territoriales, cuyo objeto social estuvo orientado a desarrollar lo establecido en el artículo 42 ibídem, de tal suerte que ECOSALUD es la entidad competente para adelantar la explotación y administración del monopolio rentístico antes citado.

1.3. El artículo 43 de la Ley 10 de 1990, en su inciso segundo, señaló que los costos y gastos de inversión, producción, administración, venta y publicidad no podrían ser superiores al 15% de las ventas netas; por su parte, el Decreto Reglamentario de la citada ley, el 2427 de 1999, cuya legalidad se cuestiona, dispuso en su artículo 2º que cuando la operación del monopolio se efectuara a través de personas jurídicas de derecho privado, los rubros a que hace mención el inciso segundo del citado artículo 43 de la Ley 10, se regirían "... de conformidad con las normas que a ellas regulan."

2. Pretensión.

Como pretensión única el actor solicitó la declaratoria de nulidad del artículo 2º del Decreto Reglamentario N° 2427 de 1999, e igualmente, solicitó la suspensión provisional del aparte pertinente del citado acto administrativo con el fin de impedir que produjera efectos jurídicos, mientras se decidía sobre su legalidad.

3. Normas violadas.

El actor consideró que el acto administrativo acusado contrariaba el artículo 336 de la Constitución Política y el inciso 2º del artículo 43 de la Ley 10 de 1990. (Fl. 6)

4. Concepto de la violación.

En el concepto de la violación el actor formuló un solo cargo que denominó *"Violación directa de la ley por parte del acto administrativo acusado."* el cual sustentó en los términos que a continuación se resumen: (Fls. 5 a 11)

4.1. El artículo 42 de la Ley 10 de 1990, modificado por el artículo 285 de la Ley 100 de 1993, declaró como arbitrio rentístico de la Nación, en beneficio del sector salud, la explotación monopólica de las modalidades de juegos de suerte y azar diferentes de las loterías y apuestas permanentes existentes y de las rifas menores.

4.2. Reiteró el libelista que en desarrollo de la autorización legal contenida en el artículo 43 de la Ley 10 de 1990, se constituyó la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S.A. -ECOSALUD S.A.-, sociedad de capital público a la cual se asociaron la Nación y algunas entidades territoriales para explotar todas las modalidades de juegos de suerte y azar, diferentes de las loterías y apuestas permanentes existentes; en consecuencia, ECOSALUD era la entidad competente para explotar y administrar el monopolio rentístico creado mediante el artículo 42 de la Ley 10 de 1990, en gestión directa o en forma indirecta, es decir, por medio de personas jurídicas de derecho privado mediante la celebración de los correspondientes contratos de concesión, como lo autorizan sus estatutos sociales, aprobados por el artículo 6º del Decreto 271 de 1991.

4.3. Señaló que según los estatutos de ECOSALUD, la explotación del monopolio rentístico tanto en gestión directa como a través de terceros debía efectuarse dentro de los límites fijados por el artículo 43 de la Ley 10 de 1990; en consecuencia, en ningún caso, los costos y gastos de inversión, producción, administración, venta y publicidad ocasionados en la explotación u operación de monopolio, a través de contratos de concesión con personas jurídicas de derecho privado, podían ser superiores al 15% de las ventas netas que establece el artículo 43, inciso segundo de la Ley 10 de 1990; aspecto de la regulación legal del monopolio que no puede ser modificado.

4.4. Precisó el actor que en consonancia con lo anterior, se pronunció la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto de 10 de septiembre de 1991, radicación No. 394, al absolver la consulta que le fue elevada por el Gobierno Nacional.

4.5. Sostuvo que la norma acusada también violó el artículo 336 de la Constitución Política, precepto según el cual, la organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sujetos a un régimen propio que será fijado por la ley de iniciativa gubernamental, razón por la cual, las normas que rigen a las personas jurídicas de derecho privado no podían regular aspectos relativos a los monopolios rentísticos.

4.6. Finalmente, puntualizó que el contrato de explotación de bienes del Estado se encuentra sometido a un régimen de derecho público, puesto que, sobre tales bienes existe un interés general, dada la importancia de las rentas para la economía de un país, de manera que el derecho que otorga la concesión no se encuentra orientado al beneficio exclusivo del beneficiario.

5. Trámite del proceso.

5.1 Mediante auto de 8 de marzo de 2001, se admitió la demanda, se ordenó su notificación personal al Ministro de Hacienda y Crédito Público y al Agente del Ministerio Público; igualmente, se negó la suspensión provisional del artículo 2º del Decreto 2427 de 1999, con el argumento de que no podía haber contradicción manifiesta entre normas respecto de las cuales no existía evidente identidad de objeto, toda vez que el artículo 43 de la Ley 10 de 1990, formulaba reglas que aparentemente eran aplicables a ECOSALUD, mientras que el artículo 2 del Decreto 2427 de 1999, hacía referencia a empresas que, si bien explotan el mismo monopolio que ECOSALUD, eran de derecho privado.

5.2. La demanda se notificó personalmente al Ministro de Hacienda y Crédito Público, el 27 de abril de 2001¹

6. Contestación de la demanda.

Dentro del término que para el efecto dispone la ley, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por intermedio de apoderada, contestó la demanda. Como argumentos de su defensa expuso los que a continuación se sintetizan:

6.1. La Ley 10 de 1990 contenía normas muy generales sobre organización, administración y explotación del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar y por ello fue necesario desarrollar su contenido a través de diferentes Decretos reglamentarios a saber: 271 y 2423, ambos expedidos en el año de 1991 y el 2724 de 1999.

6.2. La citada ley, en su artículo 43 tan solo consagró la explotación del monopolio a través de la Sociedad Especial de Capital Público, pero la explotación del monopolio rentístico a través de terceros fue desarrollado posteriormente, mediante el Decreto 2423 de 29 de octubre de 1991, en cuyo artículo 1 dispuso: *"La Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S.A. ECOSALUD S.A., podrá realizar todas las operaciones comerciales que comporta la explotación económica del monopolio rentístico creado en virtud del artículo 42 de la ley 10 de 1990 en forma directa o a través de terceros."*

6.3. Dada la ausencia de legislación en lo concerniente a las operaciones de monopolio rentístico efectuado a través de terceros, el Gobierno Nacional legalmente podía regular aspectos de esta clase de operación, como lo hizo mediante el Decreto 2427 de 1999, concretamente en su artículo 2º, norma cuya legalidad se cuestiona.

6.4. Consideró que aceptar que el límite del 15%, para los costos y gastos de inversión, producción, administración, venta y publicidad que establece el artículo 43 de la ley 10 de 1990, aplicaba para los operadores privados, sería tanto como admitir que el legislador tiene facultad para determinar la forma en que el operador privado debe distribuir sus utilidades y menos podría ordenar que estas fueran invertidas para beneficio exclusivo del Estado, razón por la cual señaló que la interpretación lógica del artículo 43 de la Ley 10 de 1990, es que tanto los límites a gastos de funcionamiento como la distribución del producto resultante de las ventas netas, son previsiones aplicables únicamente a la Sociedad Especial de Capital Público pero no a los concesionarios de ésta.

6.5. Afirmó que el artículo 2º del Decreto 2474 de 1999, no había reglamentado, en estricto sentido, el artículo 43 de la Ley 10 de 1990, puesto

que ésta solo estableció la autorización para la constitución y organización de dicha sociedad, mientras que el Decreto demandado hizo referencia a las empresas que explotaban el mismo monopolio que ECOSALUD, pero que son de derecho privado. (Fls. 31 a 34).

6.6. Como petición principal solicitó la denegatoria de la nulidad de la norma acusada y como petición subsidiaria la declaratoria de sustracción de materia, apoyada en el hecho de que antes de la admisión de la demanda, la norma enjuiciada había desaparecido del ordenamiento jurídico, como también la norma superior presuntamente transgredida -Ley 10 de 1990-, al haber entrado en vigencia la Ley 643 de 16 de enero de 2001, la cual reguló íntegramente la materia y derogó las anteriores disposiciones.

7. Los alegatos de conclusión.

Previo traslado a las partes para alegar de conclusión², el actor, en memorial presentado dentro del término de ley reiteró lo expuesto en la demanda y agregó algunos aspectos que a continuación se resumen:

7.1. "Los juegos de suerte y azar son un *monopolio rentístico sometido a un régimen legal propio*", porque según lo dispuesto por el artículo 336 de la Constitución Política, la regulación de los monopolios de arbitrio rentístico sólo podía estar contenido en la ley, dada la finalidad de interés general que conlleva la explotación de los monopolios y, por ende, dicha ley resultaba aplicable tanto a las empresas monopolísticas estatales como a los terceros particulares cuando se encargan de su explotación mediante contratos de concesión.

7.2. Por disposición constitucional, "los juegos de suerte y azar son un *monopolio de arbitrio rentístico, sometido a un régimen legal propio, que no admite la aplicación de otros regímenes de carácter privado, es decir, son materias exclusivas de derecho público que hacen parte de lo que se denomina el orden público económico*".

"El monopolio de ECOSALUD creado por el artículo 42 de la Ley 10 de 1990, está regulado por el régimen legal propio de la materia, norma que reguló el porcentaje máximo que podía imputarse a los costos de inversión, producción, administración, venta y publicidad en la administración y explotación del monopolio rentístico, el cual no podía exceder el 15% de las ventas netas, indistintamente de que la explotación fuera adelantada directamente por el Estado o por un tercero concesionario.

Precisó que el tema de los costos de inversión, producción, administración, venta y publicidad, hacían parte de los criterios de organización, administración, control y explotación, que solo podía fijar la ley, por disposición expresa del artículo 336 de la Constitución Política y, por ende, el Presidente de la República no podía regularlo en ejercicio de su potestad reglamentaria, cuando se presentara vacío legal.

7.3. El Presidente de la República al expedir el Decreto 2427 de 1999, norma acusada, estableció en su artículo 2º, una forma indirecta de explotación, de monopolios mediante contratos de concesión, pero dicha norma no podía disponer que en este evento, los costos que se causaran para la explotación se regían por las normas de derecho privado, porque el Presidente no puede regular estos temas por vía de la facultad reglamentaria.

7.4. Además en los Estatutos de Ecosalud, Decreto 271 de 1991, artículo 6º se dispuso que la explotación del monopolio a través de terceros debía hacerse dentro de los límites fijados por el artículo 43 de la Ley 10 de 1990 y demás normas concordantes, en consecuencia, tanto en la modalidad de explotación directa por parte del Estado, como indirecta a través de un tercero, persona de derecho privado, los costos a que se hace referencia, no podrán ser superiores al 15% de las ventas netas.³

8. Concepto del Ministerio Público.

La Delegada del Ministerio Público solicitó traslado especial para conceptualizar de fondo⁴, como en efecto lo hizo en memorial presentado el 7 de diciembre de 2001, oportunidad en la cual solicitó denegar las pretensiones de la demanda⁵.

Como sustento de su solicitud expuso lo siguiente:

En lo relacionado con la petición subsidiaria dé la parte demandada para que se considerara la sustracción de materia, dado que las normas que se acusan desaparecieron del ordenamiento jurídico al haber sido derogadas por la Ley 643 de 2001, con anterioridad a la admisión de la demanda, la Delegada manifestó la improcedencia de declarar la sustracción de materia dada la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, orientada a la necesidad de definir la legalidad del acto acusado por los efectos jurídicos que éste haya podido producir durante su vigencia.

Encontró que el artículo 2º del Decreto 2427 de 2 de diciembre de 1999, no era violatorio del artículo 43 de la Ley 10 de 1990, puesto que cuando el inciso 2º del citado artículo 43 de la ley, limitó el porcentaje de los costos y gastos en que se podría incurrir, tal limitación recaía exclusivamente respecto de la operación que adelantara directamente la sociedad de capital público que sería creada, es decir, Ecosalud S.A. más no a las sociedades contratadas por ésta.

ECOSALUD tenía entonces la obligación de explotar y administrar el monopolio rentístico, aunque no se estipuló en qué forma, ni con qué limitaciones o prohibiciones, razón por la cual podía hacerlo directamente o mediante concesión otorgada a particulares a cambio del pago de unas regalías que serían destinadas, según lo ordenado por la Constitución Política, a los servicios de salud, contrato éste que resultaría ser estatal y por tanto regido por las normas de contratación de las entidades estatales.

En este estado de la actuación y sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede resolver la controversia planteada.

CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

La Sala es competente para conocer de la acción de nulidad incoada contra el artículo 2º del Decreto 2427 de 2 de diciembre de 1999, expedido por el Presidente de la República, por tratarse de un acto administrativo emanado de una autoridad del orden nacional, en virtud de lo prescrito por el artículo 128 del C.C.A., en la forma en que fue modificado por el artículo 36 de la Ley 446 de 1998, a cuyo tenor, "El Consejo de Estado, en Sola de lo Contencioso Administrativo, conocerá de los siguientes procesos privativamente y en única instancia: 1. De los de nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional..."

2. Asunto de fondo.

Se controvierte la legalidad del Decreto No. 2427 de 2 de diciembre de 1999, expedido por el Presidente de la República "por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 43 de la ley 10 de 1990 y el artículo 9º de la Ley 6ª de 1992", en la parte pertinente a la reglamentación del artículo 43 citado.

Para el análisis del asunto la Sala examinará los siguientes aspectos: 1) El acto acusado, su naturaleza y control Jurisdiccional; 2) La potestad reglamentaria del Presidente de la República; 3) La sustracción de materia alegada; 4) Caso concreto. El examen de los cargos formulados.

2.1. El acto acusado, su naturaleza y control jurisdiccional.

El texto literal del decreto expedido por el Presidente de la República, cuyos apartes destacados con negrilla han sido acusados, es del siguiente tenor:⁶

"DECRETO NUMERO 2427 DE 1999

(diciembre 2)

Por el cual se reglamento parcialmente el artículo 43 de la ley 10 de 1990 y el artículo 9º de la Ley 6ª de 1992.

El presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial la que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política,

DECRETA

Artículo 1º. Regulaciones especiales. Los concursos y las apuestas hípicas y caninas de cualquier tipo se rigen por lo dispuesto en la ley 6ª de 1992, Las rifas menores y los demás juegos de suerte y azar, en lo relacionado con los derechos de explotación se rigen por el Decreto número 1660 de 1994 y por el reglamento aprobado por Ecosalud S.A, respectivamente.

Artículo 2º. Cuando la operación del monopolio rentístico creado por el artículo 42 de la Ley 10 de 1990 se efectúe a través de personas jurídicas de derecho privado, los costos y gastos de inversión, producción, administración, venta y publicidad, se regirán de conformidad con las normas que a ella las regulan.

Artículo 3º. Vigencia. El presente decreto rige a partir de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Santafé de Bogotá, D.C., a 2 de diciembre de 1999.

Firmado: ANDRÉS PASTRANA ARANGO

El Ministro de Hacienda y Crédito Público,

Juan Camilo Restrepo. El Ministro de Salud,

Virgilio Galvís Ramírez.

El acto acusado fue expedido por el Presidente de la República, en ejercicio de su potestad reglamentaria consagrada en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política⁷; se trata de una típica expresión de la función administrativa que tiene la categoría de --un acto administrativo de contenido general⁸, puesto que rige para todas las personas jurídicas de derecho privado que adelantan la administración o explotación de un monopolio rentístico y cuya finalidad no es otra que desarrollar la Ley 10 de 1999, para darle cumplida ejecución, es decir, tiene la naturaleza de un decreto de carácter reglamentario⁹.

El control jurisdiccional del acto administrativo cuya legalidad se examina, corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, concretamente al Consejo de Estado, como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo¹⁰, control que es ejercido en única instancia¹¹, toda vez que como ya se advirtió, se trata de un acto expedido por el Presidente de la República, máxima autoridad administrativa del orden Nacional.

2.2. La potestad reglamentaria del Presidente de la República.

El artículo 189 de la Constitución Política en su numeral 11, otorga al Presidente de la República como Suprema autoridad administrativa, la

potestad reglamentaria¹² la cual se materializa mediante la expedición de decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes.

La jurisprudencia de la Sala definió la potestad reglamentaria como "*la facultad constitucional que se atribuye de manera permanente al Gobierno Nacional para expedir un conjunto de disposiciones jurídicas de carácter general y abstracto para la debida ejecución de la ley, a través de las cuales desarrolla las reglas y principios en ella fijados y la completa en aquellos detalles y pormenores necesarios que permiten su aplicación, pero que en ningún caso puede modificar, ampliar o restringir en cuanto a su contenido o alcance*"¹³

El poder reglamentario no sólo es exclusivo del Presidente de la República sino que también puede encontrarse radicado en otras autoridades administrativas¹⁴ tema sobre el cual la jurisprudencia de la Sala ha hecho una importante distinción entre la potestad reglamentaria atribuida al Jefe de Estado y aquellas facultades derivadas del mandato del Constituyente o del legislador otorgadas a autoridades diferentes del Presidente. Al respecto señaló;

"Dentro del género poder reglamentario, surgen dos figuras diferenciables en su concepción y alcance: la potestad reglamentaria y la facultad reglamentaria. La potestad reglamentaria derivada del mandato constitucional que implica el poder esencial y de función propia y exclusiva del Presidente de la República, para dictar reglamentos o para desarrollar la ley, que deviene expresamente de la Carta Política. Y la facultad reglamentaria derivada del mandato del Constituyente o del legislador, por el cual determina a cargo y en forma excepcional alguna competencia reglamentaria en cabeza de otras entidades, ya no del Presidente de la República, tal como acontece con los Ministerios o las entidades territoriales, entre otros."¹⁵

Además de lo anterior resulta de la mayor importancia destacar el sometimiento de la norma reglamentaria a la ley, toda vez que ésta no puede invadir la órbita de competencia del legislador, modificando la ley o incluyendo aspectos no regulados en ella.

Desde tiempos pretéritos, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha destacado la sumisión de los decretos reglamentarios expedidos por el Presidente de la República, a la ley, manifestación que se encuentra contenida en los apartes que a continuación se transcriben:

"Lo potestad reglamentaria del Jefe de Estado, en esta hipótesis, es limitada... No puede dictar ninguna disposición que viole una ley cualquiera, no solo la ley que completa, sino cualquiera otra ley, ya que una disposición de una ley formal no puede ser modificada sino por una ley formal y el reglamento, aun cuando es un acto legislativo material, es también desde el punto de vista formal, un acto en forma de decreto. El reglamento, además completa la ley, fijando y desarrollando los detalles de aplicación de los principios que la ley contiene, pero no puede dictar ninguna disposición nueva. El reglamento tiene por objeto y por razón de ser, asegurar la aplicación de la ley que él completa. Se haga pues, en rigor, contenido en la ley a que se refiere. Desarrolla los principios formulados por la ley, pero no puede en manera alguna ampliar o restringir el alcance de la ley."¹⁶

Recientemente, la Sección Tercera se pronunció sobre el mismo tema, reiterando la anterior postura, según se advierte en el contenido del siguiente pronunciamiento:

"El reglamento, como expresión de esta facultad originaria del Ejecutivo es, pues, un acto administrativo de carácter general que constituye una norma de inferior categoría y complementaría de la ley; su sumisión jerárquica a ésta en la escala normativa (principio de jerarquía normativo piramidal) es indiscutible y absoluta, toda vez que se produce en los ámbitos y espacios que la ley le deja y respecto de aquello que resulte necesario para su cumplida ejecución, sin que pueda suprimir los efectos de los preceptos constitucionales o legales ni contradecirlos, motivo por el cual si supera o rebasa el ámbito de aplicación de la ley e incursiona en la órbita de competencia del Legislador compromete su validez y, por tanto, deberá ser declarado nulo, de conformidad con lo ordenado por el numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política. El poder reglamentario se encuentra limitado en función a la necesidad de la cumplida ejecución de la ley y, como lo ha manifestado la jurisprudencia, la extensión de esta competencia es inversamente proporcional a la extensión de la ley, es decir, cuanto mayor sea el campo disciplinado por la ley, menor será el que corresponde al decreto reglamentario y, al contrario, si ella sólo regula aspectos o reglas generales para su aplicación, más amplio será el campo de desarrollo del reglamento, acorde con las exigencias requeridas para su cumplimiento."¹⁷

La doctrina extranjera también se ha referido a la supremacía de la ley sobre el reglamento, así lo ha ilustrado en el siguiente sentido:

"La situación de supraordenación o superioridad jerárquica de la ley sobre el reglamento puede ser descrita mediante cuatro aspectos.

La ley ostenta, en primer lugar, una situación de primacía formal respecto del reglamento. Con esta fórmula quiere aludirse a la diversa función relativa que una y otro ostentan en la economía general del sistema normativo y, en particular, a la superioridad posicional de la ley derivada de su centralidad (...) Además de las consecuencias que de ello se derivan a efectos de la reserva de ley, (...) este modo de operar revela una nítida directriz constitucional en orden a la ocupación por la ley de la disciplina esencial de cada uno de los sectores del sistema normativo; una directriz, pues, en orden a la legificación de un sistema profundamente reglamentarizado.

La ley ostenta, en segundo lugar, una posición de primacía material o de contenido respecto del reglamento, consistente en la invulnerabilidad de sus preceptos frente a las determinaciones reglamentarias. Dicho desde otra perspectiva, equivale a la prohibición dirigida a los titulares de la potestad reglamentaria de dictar reglamentos de contenido o sentido contrario a las leyes, prohibición sancionada con la invalidez de los reglamentos que desconozcan esta interdicción.

La tercera manifestación de la superioridad jerárquica de la ley se traduce en su posición de primacía objetiva o de ámbito (...)

Por último, la ley se halla en posición de primacía directiva respecto del reglamento, en el sentido de que ostenta plena potestad de disposición o determinación vinculante respecto del contenido del reglamento y los términos formales de su vigencia. (...)¹⁸

En este contexto resulta inevitable que los reglamentos que expidan las autoridades administrativas con el fin de dar ejecución a las leyes, deberán estar sujetos a la Constitución Política y a la ley, sin que dicha potestad, radicada fundamentalmente en el presidente de la República, pueda servir de pretexto para ampliar o restringir el sentido de la ley, dictando nuevas disposiciones o suprimiendo el contenido de ellas, por cuanto ello significaría el ejercicio de funciones legislativas que son del exclusivo resorte del legislador.

Quiere decir que la materia del reglamento se circumscribe a lo que de manera explícita o implícita contiene la ley, con miras a asegurar su cumplida ejecución, fijando y desarrollando los detalles de aplicación de los principios que contiene, pero no puede en manera alguna ampliar o restringir su alcance u ocuparse de materias ajenas al sentido y recio entendimiento de la ley.¹⁹

2.3. La sustracción de materia alegada por la entidad pública demandada.

Cabe destacar que con anterioridad a dictarse el auto admisorio de la demanda, se expidió la Ley 643 de 16 de enero de 2001, norma que derogó la ley 10^a de 1990 y sus normas reglamentarias, entre ellas se encontraba el Decreto 2427 de 1999 que ha sido parcialmente acusado, razón por la cual se examinará la supuesta existencia de "sustracción de materia", alegada por la parte demandada y propuesta como petición subsidiaria.²⁰

Al respecto se precisa que la desaparición de las normas del ordenamiento jurídico, como consecuencia de su derogatoria expresa o tácita, no significa que desaparezcan con ellas los efectos jurídicos que la mismas tuvieron durante el tiempo de su vigencia, razón por la cual, tales normas aún por fuera del mundo jurídico pueden estar sujetas al control jurisdiccional, con el fin de establecer si durante el período de su existencia, estuvieron ajustadas a la legalidad.

En otras palabras, la circunstancia de que un acto demandado en acción de nulidad hubiere sido derogado o subrogado por otro, ocasiona como consecuencia la cesación de sus efectos hacia el futuro, lo cual no constituye obstáculo alguno para acometer el análisis de legalidad del acto administrativo de manera retrospectiva con el fin de examinar si en su expedición fueron cumplidos los requisitos y elementos esenciales y así establecer si nació o no a la vida jurídica en condiciones de validez, de tal suerte que si se llegare demostrar la existencia de vicios en su expedición ello conllevaría a declarar su nulidad con efectos invalidantes desde el mismo momento del nacimiento del acto.

En consecuencia, el acto general que por esta vía se demanda, continúa percibiéndose como generador de efectos durante la época de su vigencia, aunque actualmente haya desaparecido de la vida jurídica como consecuencia de su derogatoria, circunstancia que determina el rechazo de la alegada sustracción de materia propuesta por la parte demandada y, en consecuencia, la Sala abordará el estudio de fondo del asunto, con el fin de establecer la presunta contrariedad del decreto demandado respecto de la norma de superior jerarquía que el demandante aduce como vulnerada.

2.4. Caso concreto. El examen de los cargos formulados.

Si bien es cierto que el establecimiento de monopolios se encuentra proscrito por la Constitución Política toda vez que restringe la libertad económica y la garantía de libre competencia, no lo es menos que el artículo 336 superior admite que puedan ser constituidos como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley. La norma citada es del siguiente tenor literal:

ARTICULO 336. Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley.

La ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita.

La organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental.

Las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud.

Las rentas obtenidas en el ejercicio del monopolio de licores, estarán destinadas preferentemente a los servicios de salud y educación.

La evasión fiscal en materia de rentas provenientes de monopolios rentísticos será sancionada penalmente en los términos que establezca la ley.

El Gobierno enajenará o liquidará las empresas monopolísticas del Estado y otorgará a terceros el desarrollo de su actividad cuando no cumplan los requisitos de eficiencia, en los términos que determine la ley.

En cualquier caso se respetarán los derechos adquiridos por los trabajadores.

De conformidad con la norma constitucional referida, la organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos, están sometidos a un régimen propio fijado por la ley, es decir, que esta materia es de reserva legal sin que pueda ser regulada por el ejecutivo

mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria que le ha sido otorgada.

En el caso concreto, la Ley 10^a de 1990, por la cual se reorganizó el Sistema Nacional de Salud, en su artículo 42, subrogado por el artículo 285 de la Ley 100 de 1993, declaró como arbitrio rentístico de la Nación, en favor del sector salud, la explotación de las modalidades de juegos de suerte y azar *diferentes de las loterías y apuestas permanentes existentes y de las rifas menores*.

El texto de la norma es del siguiente tenor:

"ARTÍCULO 42. ARBITRIO RENTÍSTICO DE LA NACIÓN. Artículo subrogado por el artículo 285 de la Ley 100 de 1993. El nuevo texto es el siguiente:

Declararse como arbitrio rentístico de la Nación la explotación monopólica, en beneficio del sector salud, de las modalidades de juegos de suerte y azar diferentes de las loterías y apuestas permanentes existentes y de las rifas menores aquí previstas.

La concesión de permisos para la ejecución de rifas que no sean de carácter permanente, cuyo plan de premios no exceda doscientos cincuenta (250) salarios mínimos mensuales y se ofrezcan al público exclusivamente en el territorio del respectivo municipio o distrito, será facultad de los alcaldes municipales y distritales.

Las sumas recaudadas por concepto de permisos de explotación o impuestos generados por estas rifas se transferirán directamente al Fondo Local o Distrital de Salud.

PARÁGRAFO. El Gobierno Nacional reglamentará la organización y funcionamiento de estas rifas, así como su régimen tarifario." (No lo subraya el texto)

Del contenido del parágrafo del texto legal trascrito se evidencia claramente la facultad otorgada al Gobierno Nacional para reglamentar lo pertinente al arbitrio rentístico, únicamente en relación con aspectos puntuales referidos a la organización y funcionamiento de los juegos de suerte y azar diferentes de las loterías y apuestas permanentes y de las rifas menores como también lo pertinente a su régimen tarifario.

De otra parte, el inciso 2º del artículo 43 de la misma ley autorizó la constitución de una sociedad de capital público con el fin de adelantar la explotación y administración del monopolio rentístico al cual se refiere el artículo 42 anterior, la norma es del siguiente tenor literal:

"SOCIEDAD ESPECIAL DE CAPITAL PÚBLICO. Autorízase la constitución y organización de una sociedad de capital público, de la cual serán socios la Nación y las Entidades Territoriales, o sus entidades descentralizadas, titulares de los monopolios rentísticos de las loterías existentes y cuyo objeto sea la explotación y administración del monopolio rentístico creado mediante el artículo 42 de la presente Ley.

Los costos y gastos de inversión, producción, administración, venta y publicidad no podrán ser superiores al 15% de las ventas netas. (...)" (subrayado fuera de texto)

La norma anterior autorizó la creación de una sociedad de capital público, cuyo fin social estaría encaminado a la administración y explotación del monopolio rentístico establecido por el artículo 42 precedente, en beneficio del sector salud, pero a su vez, le determinó que el porcentaje límite de los costos y gastos de inversión, producción, administración, venta y publicidad, en que incurriera por esta actividad, no podía ser superior del 15% de las ventas netas que realizara.

En cumplimiento de esta norma legal, fue creada la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud- ECOSALUD S.A. [antes COLJUEGOS] como una sociedad entre entidades públicas del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, de la forma de las anónimas, sometida al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado, pertenecientes al sector salud.²¹

En los estatutos de dicha empresa, aprobados mediante el Decreto 271 de 25 de enero 1991²², se consagró lo siguiente:

"Artículo 6º. Para el desarrollo de su objetivo, la sociedad, conforme a las normas legales tendrá las siguientes competencias (...)"

'(...) c) ejecutar directamente o mediante contrato con terceros, modalidades de juegos de suerte y azar diferentes a las loterías y apuestas permanentes existentes en el país, dentro de los límites establecidos por el artículo 43 de la Ley 10^a de 1990 y demás normas concordantes"

(resaltado fuera de texto)

El texto transscrito estableció las formas mediante las cuales ECOSALUD S.A., podía explotar el monopolio rentístico, que le autorizaba el artículo 43 de la Ley 10 de 1990, bien directamente, a través de terceros vinculados contractualmente, pero la norma fue enfática en establecer que en cualquiera de los dos casos, debía ceñirse a los precisos límites señalados, expresamente, por la ley 10^a de 1990, o por cualquier otra norma del mismo rango mediante la cual se hubiese regulado "la organización, administración, control y explotación" de ese monopolio rentístico, en los términos del artículo 336 constitucional.

Así, se advierte, que entre los precisos límites señalados por el artículo 43 de la Ley 10 de 1990, se encontraba lo referente a los costos y gastos de inversión, producción, administración, venta y publicidad, necesarios para adelantar la explotación del monopolio rentístico, los cuales no podían ser superiores del 15% de las ventas netas, independientemente de que dicho monopolio se explotara directamente por la sociedad pública constituida -ECOSALUD- o bien en forma indirecta a través de terceros que la citada sociedad vinculara mediante la celebración de contratos, puesto que dicho precepto legal no hizo distinción alguna.

Sobre el tema resulta pertinente traer a colación el concepto rendido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en respuesta a la consulta formulada por el señor Ministro de Salud de ese entonces, en relación con la interpretación que debía darse a los artículos 42, 43 y 49 de la Ley 10 de 1990:

"En efecto, la Sala considera que la sociedad COLUEGOS S.A. tiene por objeto realizar la totalidad de la explotación y la administración del monopolio rentístico a que se refiere el artículo 43 de la Ley 10 de 1990. Sin embargo ello no obsta, para que algunos aspectos limitados de la explotación del monopolio, por motivos de interés público o social, puedan contratarse con otras entidades públicas o particulares. Pero en todos estos casos es necesario conservar el límite del 15% establecido por el artículo 43 inciso 2o. de la Ley 10 de 1990 para todos 'los efectos legales.

Señaladas, en todo caso, con referencia a las ventas netas el porcentaje de costos y gastos de explotación del monopolio, como el porcentaje de participación en el producto de la empresa y prevista su distribución entre los municipios, en proporción directa a las ventas que se ejecuten en su territorio, no hay duda en concluir que la ejecución directa o mediante contratos de modalidades de juegos de suerte y azar no puede

ser en ningún caso superior al 15% de las ventas límite al cual quedó circunscrito el desarrollo del objeto social de ECOSALUD S.A.

De ahí la imposibilidad de referir exclusivamente o los gastos genera/es de ECOSALUD S.A. el porcentaje establecido por el inciso 2o. del artículo 43 de la ley 10 de 1990 v de pactar otro superior con un contratista sobre costos v gastos de inversión, producción, administración, venta y publicidad, máxime cuando no es la ley sino los estatutos, los que señalan la ejecución mediante contrato de modalidades de juegos de suerte y azar, y cuando son los mismos estatutos los que en sus artículos 60., 90. y 38 circunscriben dicha ejecución directa o por contrato, a los límites establecidos por la Ley W de f 990 en su artículo 43."²³ (Subrayado fuera del texto)

No obstante, lo anterior, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Reglamentario No 2427 de 1999, acto administrativo parcialmente acusado de violar el artículo 43 de la Ley 10 de 1990, en cuyo artículo 2º, dispuso lo siguiente:

"[...] Artículo 2º: Cuando la operación del monopolio rentístico creado por el artículo 42 de la Ley 10 de 1990 se efectúe a través de personas jurídicas de derecho privado, los costos y gastos de inversión, producción, administración, venta y publicidad, se regirán de conformidad con las normas que a ellas las regulan."

A fin de establecer la presunta contrariedad, entre las disposiciones del texto legal que se dice violado y el artículo 2º del Decreto Reglamentario 2474 de 1999, cuya nulidad se depreca, conviene efectuar el comparativo de los textos normativos.

LEY 10 DE 1990	DECRETO REGLAMENTARIO 2474 DE 1999
<i>Los costos y gastos de inversión, producción, administración, venta y publicidad no podrán ser superiores al 15% de las ventas netas."</i>	<i>"ARTÍCULO 2º: Cuando la operación del monopolio rentístico creado por el artículo 42 de la Ley 10 de 1990 se efectúe a través de personas jurídicas de derecho privado, los costos y gastos de inversión, producción, administración, venta y publicidad, se regirán de conformidad con las normas que a ellas las regulan."</i>
<i>"ARTICULO 43 "SOCIEDAD ESPECIAL DE CAPITAL PUBLICO. Autorizase la constitución de una sociedad de capital publico, de la cual serán socios la Nación y las Entidades Territoriales, o sus entidades descentralizadas, titulares de los monopolios rentísticos de la loterías existentes, y cuyo objeto sea la explotación y administración del monopolio rentístico creado mediante el artículo 42 de la presente ley.</i>	

De la simple comparación de los textos trascritos se observa que el Decreto Reglamentario modificó lo preceptuado por la Ley, al haber establecido un régimen diferente en materia de costos y gastos de inversión, producción, administración, venta y publicidad para aquellos eventos en los cuales la explotación del monopolio rentístico se efectuara a través de terceros-personas jurídicas de derecho privado, excediendo los límites fijados por la ley que fue objeto de reglamentación, según ja cual, como ya se anotó, se fijó, en un tope máximo del 15% de las ventas netas, el monto de dichos costos y gastos.

Si bien es cierto que el inciso 2º del artículo 43 de la Ley 10 de 1990, al establecer el límite del 15% de los costos y gastos en que se podía incurrir en la explotación del monopolio rentístico, se estaba refiriendo a la sociedad de capital público que debía ser creada para el efecto, también lo es que si dicha entidad decidía adelantar la operación del monopolio a través de un tercero contratado por ella, tales prescripciones igualmente aplicaban en su integridad respecto de la actividad desarrollada por el contratista, puesto que carecería de toda lógica entender que los límites fijados por la ley tan sólo aplicaban en los casos en que la explotación se hiciera en forma directa por la entidad estatal, pero no cuando decidiera adelantarla a través de un tercero contratado por ella, puesto que tal distinción no estaba contenida en la norma legal, ni puede dársele a ésta, tal interpretación, toda vez que lo regulado- por la ley es la actividad monopolística que en uno u otro caso, adelantada directamente o por medio de terceros, es la misma, razón por la cual la Sala no comparte el criterio expuesto por la Delegada del Ministerio Público.

A lo anterior se agrega que el parágrafo del artículo 42 de la Ley 10^a de 1990, en relación con el monopolio rentístico tantas veces mencionado, solamente autorizó al Gobierno Nacional para reglamentar lo pertinente a "la organización y funcionamiento de las rifas así como de su régimen tarifario", pero en manera alguna lo facultó para regular aspectos referidos a la organización administración, control y explotación misma del monopolio rentístico, puesto que dicha materia se encontraba reservada al legislador, mucho menos lo autorizó para modificar aspectos regulados por la citada ley, como realmente sucedió.

En efecto, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 336 constitucional, "la organización administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sujetos a un régimen propio, fijado por la ley...", en consecuencia, la definición de topes máximos para gastos y costos de la actividad del monopolio rentístico, era de exclusiva reserva del legislador, aspecto que fue determinado en la ley 10 de 1990, razón por la cual dicha materia no podía ser objeto de regulación por parte del Gobierno Nacional en ejercicio de su potestad reglamentaria,

independientemente de si la actividad de explotación se realizaba directamente por ECOSALUD S.A., o a través de terceros vinculados por la citada empresa mediante contratos, en los cuales deberían ser pactadas las condiciones económicas bajo las cuales sería remunerado el particular contratista por los servicios prestados y sobre todo, el cumplimiento estricto de la obligación legal de no sobrepasar el tope del 15% de las ventas netas, en los gastos y costos de administración e inversión.

Las razones expuestas son suficientes para confirmar que efectivamente el artículo 2º del Decreto Reglamentario 2427 de 1999, expedido por el Presidente de la República, norma cuya nulidad se pretende, ha vulnerado normas de superior jerarquía, como lo son los artículos 336 de la Constitución Política y 43 de la Ley 10º de 1990, circunstancia que permite acoger las súplicas de la demanda orientadas a su declaratoria de nulidad.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO.- DECLÁRESE la nulidad del artículo 2º del Decreto 2427 de 2 de diciembre de 1999, expedido por el Presidente de la República, cuyo texto es el siguiente;

"Artículo 2º: Cuando la operación del monopolio rentístico creado por el artículo 42 de la Ley 10 de 1990 se efectúe a través de personas jurídicas de derecho privado, los costos y gastos de inversión,, producción, administración, venta y publicidad, se regirán de conformidad con las normas que a ellas las regulan."

SEGUNDO: Sin condena en costas.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

Presidente

RUTH STELLA CORREA PALACIO
ENRIQUE GIL BOTERO

MAURICIO FAJARDO GOMEZ
RAMRO SAAVEDRA BECERRA

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1 Prueba de la diligencia de notificación obra en el folio 27 del expediente.

2 Visible a folio 42

3 Folios 43 a 56

4 Folio 57

5 Folios 58 a 75

6 Folio 18

7 El artículo 89 de la Constitución Política, numeral 11 consagra: "Corresponde el Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: ...11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición e los decretos, resoluciones y ordenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes."

8 Son los actos creadores de situaciones jurídicas generales, objetivas o reglamentarias que afectan de manera general a personas indeterminadas.

9 Para Garrido Falla se entiende por reglamento "toda disposición jurídica de carácter general dictada por la Administración pública y con valor subordinada a la ley. (.....Los reglamentos son la consecuencia de las competencias propias que el ordenamiento jurídico concede a la Administración." [Tratado de Derecho Administrativo, Vol I, Parte General, decimocuarta edición, .Ed. Tecnos, 2002, Madrid -España 2002)

10 El artículo 237 de la Constitución Política establece como atribuciones del Consejo de Estado en el numeral 1º "Desempeñar las funciones de Tribunal Supremo de *'lo Contencioso Administrativo conforme a las reglas que señale la ley'*". Por su parte el artículo 82 del C.C.A, dispone que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas, incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que ejercen funciones públicas y se ejerce por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los juzgados administrativos.

11 De conformidad con el artículo 28 del C.C.A. "El Consejo de Estado, en Sola de *'lo Contencioso Administrativo'*, conocerá de (os siguientes asuntos de manera privativo y en única instancia: *'L De los de nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplen funciones administrativas de/ mismo orden.'*"

12 Eduardo García de Enterría ha definido la potestad reglamentaria como "el poder en virtud del cual la Administración dicta reglamentos; es quizás, su potestad más intensa y grave, puesto que implica participar en la formación del ordenamiento. De este modo la Administración no es sólo un sujeto de derecho sometido como los demás a un ordenamiento que le viene impuesto, sino que tiene la capacidad de formar en cierta medida su propio ordenamiento y aún el de los demás..."[Curso de Derecho Administrativo I, Duodécima edición, Ed. Thomson civitas; Madrid 2004, pág. 182)

13 Consejo de Estado, Sección Tercera sentencia de 3 de diciembre de 2007, Exp. 24715, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

14 Ejemplo de ello son las facultades que el artículo 257-3 de la Constitución Política, otorga el Consejo Superior de la Judicatura y las consagradas en el artículo 371 constitucional para el Banco de la República,

15 Consejo de Estado, Sección Tercera Sentencia de 10 de agosto de 2005, Exp. 13753. M.P. María Helena Giralda Gómez.

16 Consejo de Estado, sentencia de 31 de enero de 1939 y de 18 de octubre de 1996. En en mismo sentido pueden consultarse las sentencias de 24 de mayo de 1973, Sección cuarta, Exp. 2226; de 28 de mayo de 1985 , Sección Tercera, Exp. 2890, de 29 de mayo de 1985, Sección Primera, Exp. 4371; de 26 de marzo de 1998, Exp. 11153, y concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, de 9 de julio de 1996, Rad. 854 (referencia citada por Rodríguez, Rodríguez Libardo, ob. Cit., pag. 347)

17 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de diciembre de 2007, Exp. 24715, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

18 SANTAMARIA, Pastor Juan Alfonso, Principios de derecho Administrativo, Vol I, Tercera edición, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2001, pag. 322 a 324.

19 Auto de 31 de enero de 2008, Exp. 33963.

20 Folio 34

21 Así los dispuso el artículo 2 del Decreto 271 de 1991.

22 El Decreto 271 de 25 de enero de 1991, fue publicado en el Diario Oficial CXXVII N. 29648 de 28 de enero de 1991.

23 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 10 de septiembre de 1991, Radicación No. 394, M.P. Jaime Paredes Tamayo.

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 08:08:50