

C-810-14

Sentencia C-810/14

(Bogotá, D.C., 5 de noviembre de 2014)

FUNCIONES DE CONSEJO NACIONAL DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-Disposiciones acusadas acordes con la Constitución Política

El demandante considera que los numerales 2, 3 y 4 del artículo 2 (sic 3) del D.L. 4144 de 2011 son inconstitucionales en tanto (i) trasgreden el artículo 336 de la Constitución Política, sobre la reserva de ley para la regulación de aspectos relativos a la definición de la organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos, al asignar funciones propias del Legislador al CNJSA mediante disposiciones expedidas por el Presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias; (ii) violan el artículo 150.10 de la Carta Política por exceder las facultades otorgadas en la ley 1444 de 2011, que lo habilitó para “reasignar funciones y competencias”, al asignar funciones y competencias al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar; (iii) vulneran el artículo 189.11 de la Constitución Política, al atribuir al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar una función reglamentaria exclusiva el Presidente de la República. Para la Corte el Presidente de la República, en ejercicio de facultades extraordinarias: (i) no vulneró la reserva de ley contenida en el artículo 336 de la Constitución Política, al regular mediante decreto ley aspectos del régimen propio de los monopolios rentísticos -como tampoco la ley de habilitación legislativa en tal punto-; (ii) tampoco vulneró la reserva legal material -‘deslegalizando’ asuntos de competencia del legislador- al asignar las funciones de los numerales 2, 3 y 4 del artículo 2 (sic 3) del DL 4144 de 2011, al CNJSA, por tratarse de asuntos propios del ejercicio de la potestad reglamentaria previamente regulados en la Ley 643 de 2001, en sus artículos 50 y ss. El DL 4441/11 no creó nuevas funciones para asignarlas al CNJSA sino que trasladó unas competencias creadas por la Ley 643/01 y establecidas en el Gobierno Nacional -Ministerio de Salud-, para radicarlas en cabeza de otra institución, el Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, ajustándose de esta manera a las facultades extraordinarias otorgadas, que lo facultaron para “reasignar funciones y competencias orgánicas entre las entidades y organismos de la administración pública nacional y entre estas y otras entidades y organismos del Estado”. Para esta Corte,

la asignación al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, por la norma legal -extraordinaria-, de funciones contenidas en las normas demandadas que pueden entrañar una atribución reglamentaria, no desconoce el artículo 189.11 de la Constitución que otorga al Presidente de la República poder de reglamentación de las leyes, en tanto la titularidad de la potestad reglamentaria también cabe predicarse de otros órganos y autoridades administrativas -sistema difuso-; además, las materias a reglamentar por el CNJSA no tienen reserva de ley, consisten en asuntos técnicos que no han sido materia de regulación exhaustiva por el legislador, ni suponen la pérdida de la potestad reglamentaria del Gobierno nacional que, por el contrario, la subordina.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes

CLAUSULA DE RESERVA DE LEY-Manifestación de los principios democráticos y separación de poderes

La cláusula de reserva de ley es una de las manifestaciones de los principios democrático y de separación de poderes, que suponen que las normas que rigen la vida en sociedad reflejen mínimos de legitimidad, al ser la expresión de la soberanía popular, el resultado del procedimiento deliberativo en el proceso de formación de las leyes y el reparto del ejercicio del poder normativo. Implica que el Legislador debe adoptar las decisiones que el Constituyente le ha confiado, y que el instrumento a través del cual estas se reglamentan no puede establecer disposiciones que sean propias del ámbito del Legislador.

CLAUSULA GENERAL DE COMPETENCIA DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA-Desarrollo legislativo de todas aquellas materias que no han sido expresamente atribuidas a otros órganos del Estado

RESERVA DE LEY FORMAL Y MATERIAL-Alcance

RESERVA DE LEY-Pluralidad de significados o acepciones/RESERVA DE LEY EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES-Concepto/RESERVA DE LEY-Sinónimo del principio de legalidad o de cláusula general de competencia del Congreso

La expresión reserva de ley tiene varios significados o acepciones, en primer lugar se habla de reserva general de ley en materia de derechos fundamentales, para hacer referencia a la prohibición general de que se puedan establecer restricciones a los derechos constitucionales fundamentales en fuentes diferentes a la ley. Sólo en normas con rango de ley se puede hacer una regulación principal que afecte los derechos fundamentales. En segundo lugar la expresión reserva de ley se utiliza como sinónimo de principio de legalidad, o de cláusula general de competencia del Congreso, la reserva de ley es equivalente a indicar que en principio, todos los temas pueden ser regulados por el Congreso mediante ley, que la actividad de la administración (a través de su potestad reglamentaria) debe estar fundada en la Constitución (cuando se trate de disposiciones constitucionales con eficacia directa) o en la ley (principio de legalidad en sentido positivo). Y en tercer lugar, reserva de ley es una técnica de redacción de disposiciones constitucionales, en las que el constituyente le ordena al legislador que ciertos temas deben ser desarrollados por una fuente específica: la ley.

MONOPOLIOS RENTISTICOS-Reserva de ley material para definición de régimen propio

MONOPOLIOS RENTISTICOS-Facultades extraordinarias al Presidente de la República en su regulación

RESERVA MATERIAL DE LEY-No es absoluta

MONOPOLIO RENTISTICO DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-Criterios de eficiencia/MONOPOLIO RENTISTICO DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-Competencia para fijación de indicadores de gestión y eficiencia/MONOPOLIO RENTISTICO DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-Competencia para calificación de eficacia

FACULTADES EXTRAORDINARIAS AL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA-Presupuestos constitucionales para su otorgamiento

FACULTADES EXTRAORDINARIAS AL EJECUTIVO-Reglas

Esta Corporación ha abordado en diversos pronunciamientos el tema del otorgamiento de las facultades extraordinarias, y ha resaltado las reglas que las gobiernan, dentro de las cuales merecen especial atención las siguientes: “Así, pues, mediante este expediente el

Congreso delega en el Ejecutivo su competencia legislativa para que éste último expida normas con el mismo valor y jerarquía normativa que las emanadas del propio órgano legislativo. (...)” Al regular la institución de la delegación legislativa, el artículo 150-10 de la Constitución Política establece una serie de cautelas que están orientadas a impedir que el legislador al autorizar extraordinariamente el Ejecutivo se desprenda definitivamente de su competencia legislativa mediante una habilitación en blanco, o lo que es lo mismo, una entrega de plenos poderes; y, obviamente, también esos parámetros están destinados a evitar que el Ejecutivo pueda emplear la delegación para fines distintos de los previstos en la norma habilitante. La norma superior en comento establece unos límites que deben ser observados por el Congreso en la ley habilitante, so pena de la inconstitucionalidad del otorgamiento de la delegación. La primera de estas exigencias consiste en que la delegación legislativa deba hacerse en forma expresa, y en concreto. (...) La segunda exigencia se refiere a que la delegación legislativa esté sujeta a un tiempo de duración, es decir, que no puede ser perpetua, sino que debe estar sometida a un plazo o término. (...) Pero además, es indispensable que la delegación legislativa que efectúa el Congreso en la respectiva ley de facultades se haga para una materia concreta, específica. Al efecto, en dicha ley no sólo se debe señalar la intensidad de las facultades que se otorgan sino que, además, se ha de fijar su extensión determinando con precisión cuál es el objeto sobre el cual el Presidente ejercerá la facultad legislativa extraordinaria que se le confiere, lo cual no significa que el legislador en la norma habilitante necesariamente deba entrar a regular en forma detallada la materia sobre la cual versan dichas facultades, pues como bien lo ha advertido la jurisprudencia tal habilitación.”

FACULTADES EXTRAORDINARIAS-Límites materiales contenidos en Ley 1474 de 2011

MONOPOLIO RENTISTICO DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-Funciones del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar en Ley 643 de 2001

FUNCIONES DEL CONSEJO NACIONAL DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR EN LEY 643 DE 2001 Y LEY 4441 DE 2011-Comparación

POTESTAD REGLAMENTARIA-Alcance

POTESTAD REGLAMENTARIA-Definición/POTESTAD REGLAMENTARIA-Características

La potestad reglamentaria es "... la producción de un acto administrativo que hace real el enunciado abstracto de la ley... [para] encauzarla hacia la operatividad efectiva en el plano de lo real". Tal facultad se concreta en la expedición de las normas de carácter general que sean necesarias para la cumplida ejecución de la ley. Toda facultad de regulación que tenga como contenido expedir normas para la cumplida ejecución de las leyes, pertenece, en principio, por atribución constitucional, al Presidente de la República, sin necesidad de que la ley así lo determine en cada caso. Dentro del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico, la potestad reglamentaria tiene un lugar propio. Por virtud de ella el Presidente de la República expide normas de carácter general, subordinadas a la ley y orientadas a permitir su cumplida aplicación. Tales normas revisten, además, una forma especial, y se expiden con la firma del Presidente y el Ministro o Director de Departamento Administrativo del ramo.

POTESTAD REGLAMENTARIA DEL EJECUTIVO-Inversamente proporcional a la extensión de la ley

POTESTAD REGLAMENTARIA-Existencia previa de un contenido o material legal por reglamentar

POTESTAD REGLAMENTARIA DEL EJECUTIVO-No es absoluta

POTESTAD REGLAMENTARIA-No es exclusiva del Presidente de la República

POTESTAD REGLAMENTARIA-Condiciones para traslado a órgano que no configure gobierno

Es posible conferir potestades reglamentarias a órganos que no configuren gobierno en sentido restringido, siempre y cuando se trate de una potestad residual y subordinada, pues de esa manera se armoniza el sistema de fuentes consagrado en la Constitución Política y la responsabilidad del gobierno en este campo, con la posibilidad de contar con organismos especializados, que desarrollen de manera específica la intervención en temas complejos. En consecuencia, esto supone que: (i) la materia a ser reglamentada no tenga reserva de ley, pues el Legislador no puede desprenderse de esas atribuciones; (ii) que los reglamentos expedidos por la entidad se sujeten a lo que disponga la ley y sus correspondientes decretos reglamentarios; (iii) que quede claro que el legislador y el Gobierno conservan sus

atribuciones, que pueden ejercer en todo momento, sin que la existencia de la función reglamentaria residual de la entidad restrinja sus posibilidades de acción; y (iv), que como consecuencia de todo lo anterior, se entienda que la entidad es dependiente del gobierno, ya que, “aunque no hace parte del Gobierno en el sentido restringido del término, desarrolla atribuciones presidenciales enmarcadas dentro de la preceptiva fundamental.

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 2º (sic 3º) parcial, numerales 2º, 3º y 4º del D.L. 4144 de 2011, modificatorio del artículo 47 de la ley 643 de 2003.

Ref.: Expediente D-10162

Actor: Camilo Alberto Páez Ospina.

## I. ANTECEDENTES.

### 1. Texto normativo demandado.

El ciudadano Camilo Alberto Páez Ospina, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad prevista en el artículo 40, numeral 6º de la Constitución Política, presentó demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 2º (sic 3º) parcial, numerales 2º, 3º y 4º del D.L. 4144 de 2011, modificatorio del artículo 47 de la ley 643 de 2003; el texto normativo es el siguiente, subrayando el aparte demandado:

“DECRETO 4144 DE 2011

(noviembre 3)

Diario Oficial No. 48.242 de 3 de noviembre de 2011

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Por el cual se determina la adscripción del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar y se

reasignan funciones.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confieren los literales d) y h) del artículo 18 de la Ley 1444 de 2011, y

CONSIDERANDO:

(...)

ARTÍCULO 2o. <sic, es 3> FUNCIONES. Modificase el artículo 47 de la Ley 643 de 2001, el cual quedara así:

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

1. Aprobar y expedir los reglamentos y sus modificaciones de las distintas modalidades de juegos de suerte y azar, cuya explotación corresponda a las entidades territoriales.
2. Definir los indicadores que han de tenerse como fundamento para calificar la gestión, eficiencia y rentabilidad de las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de capital público departamental (SCPD) y demás agentes que sean administradores u operadores de juegos de suerte y azar, cuya explotación corresponda a las entidades territoriales.
3. Establecer los eventos o situaciones en que las empresas que sean administradoras u operadores de juegos de suerte y azar cuya explotación corresponda a las entidades territoriales, deban someterse a planes de desempeño para recobrar su viabilidad financiera e institucional o deben ser definitivamente liquidadas y la operación de los juegos respectivos puesta en cabeza de terceros.
4. Establecer el término y condiciones en que las empresas que sean administradoras u operadoras de juegos de suerte y azar cuya explotación corresponda a las entidades territoriales, podrán recuperar la capacidad para realizar la operación directa de la actividad respectiva.

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

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

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

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

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

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

11. Darse su propio reglamento.

12. Las demás que le asigne la ley.”

2. Demanda: pretensión y fundamentos.

2.1. Pretensión.

El actor solicita se declare la inexequibilidad de los numerales 2, 3 y 4 del artículo 2º (sic 3) del D.L. 4144/11, por el cual se determina la adscripción del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, en adelante CNJSA y se reasignan funciones, por ser contrarios a la Constitución Política.

## 2.2. Fundamentos.

La presunta vulneración de los artículos 150, 189.11 y 336 de la Constitución Política se basa en los siguientes argumentos:

2.2.1. Según el actor, las disposiciones acusadas vulneran la reserva de ley contemplada en el artículo 336 de la Constitución Política para la fijación del “régimen propio” de los monopolios rentísticos, ya que lo relativo a las funciones allí asignadas al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar forma parte de dicho régimen, debiendo haber sido dictadas por el Congreso de la República a través de una ley ordinaria y no expedidas por el Presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias.

2.2.3. Considera el demandante que las normas impugnadas infringen el artículo 189.11 de la Constitución Política, al atribuir al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar una función reglamentaria exclusiva del Presidente de la República, como lo son la definición de indicadores de calificación de gestión administradores u operadores de juegos a cargo de Etc., la fijación de situaciones de su sometimiento a planes de desempeño o liquidación y las condiciones para recuperación de capacidad operativa del juego.

## 3. Intervenciones oficiales y ciudadanas.

### 3.1. Cargo: reserva de Ley en la regulación de los monopolios rentísticos.

#### 3.1.1. Ministerio de Vivienda. Inhibición.

La Corte debe inhibirse para pronunciarse de fondo, en tanto los cargos formulados por el demandante carecen de las condiciones de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia, exigidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pues la demanda no expresa las razones por las cuales se considera que las disposiciones acusadas son contrarias a la Carta Política, es decir, se desarrolla un enunciado normativo, pero no se concretan de manera razonable los cargos correspondientes.

#### 3.1.2. Academia Colombiana de Jurisprudencia. Exequibilidad.

Este cargo debe ser desestimado, pues el artículo 150, numeral 10 no establece ninguna limitación para el otorgamiento de facultades extraordinarias al Presidente de la República,

en relación con la fijación del régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar.

3.2. Cargo: potestad reglamentaria del Presidente de la República.

3.2.1. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Exequibilidad.

Las modificaciones introducidas por el D.L. 4144 de 2011 a la ley 643 de 2001, no significan la entrega de la potestad reglamentaria del Presidente de la República al CNJSA, puesto que conforme a su naturaleza jurídica de Consejo Superior de la Administración, es el ente encargado de apoyar al Gobierno Nacional en la definición de la política del sector al que pertenece, haciendo factible que se faculte para regular ciertos aspectos administrativos del mismo. En consecuencia, la facultad de reglamentación en cabeza del Presidente de la República está a salvo, pues al CNJSA, solo se le está otorgando la facultad de regulación, que siempre estará subordinada a la potestad reglamentaria con el fin de que se cumplan adecuadamente los fines para los cuales fue creado.

3.2.2. Ministerio de Salud y Protección Social. Exequibilidad.

Estima que no obstante podría considerarse que el traslado de las funciones contenidas en las disposiciones acusadas al CNJSA, es un vaciamiento de contenido de la facultad reglamentaria que el artículo 189.11 Superior radicada en cabeza del Presidente de la República, la interpretación debe orientarse a considerar que solo se está confiriendo la posibilidad de regular aspectos secundarios, de carácter técnico dentro del ámbito de sus competencias y de conformidad con lo establecido en la ley y el reglamento.

3.2.3. Ministerio de Vivienda. Inhibición.

La Corte debe inhibirse para pronunciarse de fondo, en tanto los cargos formulados por el demandante carecen de las condiciones de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia, exigidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

3.2.4. Departamento Administrativo de la Función pública. Exequibilidad.

Si bien es cierto que la potestad reglamentaria está radicada prima facie en cabeza del Presidente de la República, como jefe de gobierno y suprema autoridad administrativa (CP.,

art. 189. 11), también el cierto que otras autoridades pueden en forma residual participar en el ejercicio de dicha función. En este sentido, no obstante el Legislador no podía vaciar la potestad reglamentaria del Presidente de la República, asignándola en otra autoridad, pues desconocería el sistema de fuentes, si está en capacidad de atribuir a otros órganos administrativos, determinadas funciones reglamentarias en aspectos técnicos y residuales, como ocurre en el presente caso, en el que se evidencia que las funciones asignadas son de índole técnica y connaturales al ámbito del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar.

### 3.2.5. Superintendencia Nacional de Salud. Exequibilidad.

Considera que como lo ha anotado la Corte Constitucional, es posible conferir potestades reglamentarias a órganos que no configuren gobierno en sentido estricto, siempre y cuando se trate de una potestad residual y subordinada, lográndose armonizar el sistema de fuentes y la responsabilidad gubernamental en este campo, con la opción de contar con entidades especializadas que desarrollen de manera específica la intervención en esos complejos temas. Como se observa, las funciones reasignadas al CNJSA, son funciones que deben ser ejercidas por entidades especializadas que profundizan en aspectos técnicos como lo son la recuperación financiera de las empresas que tienen por objeto la administración y operación de los juegos de suerte y azar, como parte de las funciones que en ejercicio de la potestad reglamentaria tendrá dicho organismo.

### 3.2.6. Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República. Exequibilidad.

No vulnera el artículo 189.11, en tanto si bien las funciones de dicho Consejo son regulatorias, se refieren a aspectos puntuales y precisos de la regulación del complejo esquema de juegos de suerte y azar y la asignación de las tres funciones acusadas no constituyen una cesión de la potestad reglamentaria del Presidente de La República, pues precisamente por la especialidad de los temas a que hacen referencia, las mismas no agotan el amplio espectro fenomenológico de los juegos de suerte y azar. Expresa que el legislador puede asignar a entidades públicas funciones reglamentarias destinadas a reglamentar la regulación emitida por el Presidente de la República, más aún cuando se trata de regulación de contenido técnico, su asignación a entidades del sector central no contraviene los mandatos constitucionales, en tanto sea explícita y restringida a un ámbito

preciso.

Considera que dado que las normas acusadas son de contenido eminentemente técnico, que regulan aspectos de la operación del juego enmarcados en las disposiciones propias del régimen del monopolio de juegos de suerte y azar del orden territorial fijado por el legislador en la ley 643 de 2001, en nada invaden la órbita reglamentaria que constitucionalmente está asignada al Gobierno Nacional (CP., art 189)

### 3.2.8. Academia Colombiana de Jurisprudencia. Exequibilidad.

No encuentra fundada la acusación planteada, de considerar que el Consejo desarrolla la potestad reglamentaria a cargo del Presidente de la República, en tanto que sus funciones se dirigen más a la unificación de criterios y la determinación de parámetros, las cuales no se pueden entender como ejercicio de potestad reglamentaria.

### 3.3. Cargo: extralimitación en uso de facultades extraordinarias.

#### 3.3.1. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Exequibilidad.

No se extralimitó el Gobierno Nacional al expedir las disposiciones acusadas, en tanto la Ley 1444 de 2011, lo facultaba para “reasignar funciones y competencias orgánicas entre las entidades y organismos de la Administración pública nacional y entre estas y otras entidades y organismos del Estado” y lo que hizo fue entregar a un órgano asesor las funciones que antes eran de un ministerio.

#### 3.3.2. Ministerio de Salud y Protección Social. Exequibilidad.

Debe declararse la exequibilidad, toda vez que el artículo 18 de la Ley 1441 de 2011, facultó expresamente al Gobierno Nacional para reasignar funciones entre los órganos del sector central, del cual hacen parte el Ministerio de Salud y protección Social y el CNJSA, por lo que carece de fundamento la afirmación del demandante sobre la presunta extralimitación de las facultades extraordinarias conferidas al Gobierno Nacional.

#### 3.3.3. Ministerio de Vivienda. Inhibición.

Debe la Corte inhibirse para pronunciarse de fondo, en tanto los cargos formulados por el

demandante carecen de las condiciones de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia, exigidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

#### 3.3.4. Departamento Nacional de Planeación. Exequibilidad.

No se extralimitó el Presidente de la República, con la expedición de las disposiciones acusadas, por cuanto el ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas, se realizó dentro de los límites definidos por el legislador, se encuadran en la temporalidad de las facultades, la precisión de los asuntos a regular, la restricción a ciertos temas y el trámite de las mismas.

#### 3.3.5. Departamento Administrativo de la Función Pública. Exequibilidad.

El cambio realizado por el Gobierno Nacional - en uso de las facultades extraordinarias, - al pasar el órgano asesor de la política de explotación, organización y control de los juegos de suerte y azar, al sector administrativo donde se encontraba el órgano ejecutor de la política (COLJUEGOS), es coherente con los objetivos trazados con la ley 1444 de 2011, quedando el CNJSA adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, conjuntamente con COLJUEGOS, radicándose así el control estratégico del monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar en cabeza de dicho ministerio, con el fin de hacerlo más eficiente y eficaz, y lograr una mejor rentabilidad social de los recursos públicos provenientes de la explotación de los mismos.

Las facultades otorgadas al Presidente de la República, mediante la Ley 1444 de 2011, para la reasignación de funciones, permitió que la expedición del D.L. 4144 de 2011, no extralimitara sus funciones, ya que contaba con la facultad para determinar la adscripción de una entidad pública nacional descentralizada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y para reasignar funciones.

#### 3.3.7. Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República. Exequibilidad.

Considera que el cargo formulado es infundado, pues las funciones asignadas por el D.L. 4144 de 2011, se encontraban en cabeza del Ministerio de Salud, por disposición del artículo 51 de la Ley 643 de 2001, por lo que el legislador extraordinario podía trasladarlas a otra entidad pública, pues así lo autorizó el literal h) del artículo 18 de la ley 1444 de

2011.

3.3.8. Empresa Industrial y Comercial del Estado Administradora del Monopolio Rentístico de los Juegos de Suerte y Azar – Coljuegos. Exequibilidad.

No le asiste razón al demandante cuando afirma que el Presidente de la República excedió las facultades extraordinarias al otorgarle al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar algunas competencias del Gobierno Nacional, toda vez que esa redistribución de competencias se ajusta a las facultades otorgadas por la ley 1444/11, según la cual se facultó al Presidente de la República para renovar y modificar la estructura de la administración pública nacional.

3.3.9. Academia Colombiana de Jurisprudencia. Exequibilidad.

El Presidente de la República al reasignar funciones mediante el D.L. 4144 de 2011, no desbordó las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 1444 de 2011, por lo que no violó el artículo 150, numeral 10 de la Carta Política.

3.3.10. Universidad Externado de Colombia. Exequibilidad.

Este cargo no debe prosperar por cuanto el actor funda su acusación en que la función asignada al CNJSA era una función propia del Presidente de la República como jefe de Gobierno (entendido como Presidente y Ministro), afirmación que no es cierta, en tanto la función estaba asignada de manera exclusiva al Ministerio de Salud (art. 51, Ley 643/01). Además resalta que las facultades extraordinarias otorgadas por el Legislador al Presidente de la República fueron claras y precisas, y no hacen referencia únicamente a la reasignación de funciones del literal d. del artículo 18, sino que también en dicho artículo, los numerales b. y c., que le permiten al Legislador extraordinario determinar la estructura orgánica de los entes creados, entre ellos el de salud, y organizar los sectores administrativos respectivos, entre cuyas definiciones estarán la estructura, las funciones, los objetivos, entre otros.

4. Concepto del Procurador General de la Nación: Inhibición y subsidiariamente Inexequibilidad[1].

4.1. Frente a los cargos formulados contra el artículo 2 (sic 3) del D.L. 4144 de 2011,

numerales 2, 3 y 4, por la presunta vulneración de los artículos 189.11, 150.10 y 336 de la Constitución Política, considera el Ministerio Público que la demanda es inepta, en tanto no permite conocerla de fondo, por deficiencias procesales debido a la falta de claridad en su formulación.

4.2. Sin embargo, si la Corte decide abordar el estudio de la demanda, considera que son inconstitucionales por cuanto el Presidente de la República se extralimitó en el ejercicio de las facultades extraordinarias, al conferirle al CNJSA funciones no reglamentarias, sino legislativas. Tales atribuciones solo podrían ser adelantadas si previamente existe una definición legal expresa respecto de los parámetros, lineamientos y definiciones que se requieren para que tal entidad administrativa pueda cumplir las funciones asignadas, además de la correspondiente reglamentación presidencial que deberá ser expedida, tal como lo ordenan los artículos 150, 334 y 336 de la Carta Política, en especial”.

## II. CONSIDERACIONES.

### 1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda, al estar dirigida contra un decreto con fuerza material de ley, en virtud de lo dispuesto por el artículo 241, numeral 5º de la Constitución Política.

### 2. Aptitud de la demanda.

2.1. El artículo 2º del Decreto 2067 de 1991 fija los requisitos mínimos que deben cumplir las demandas de inconstitucionalidad, a saber: (i) señalar las disposiciones acusadas; (ii) indicar las normas superiores que se consideran infringidas; (iii) exponer las razones por las cuales – presuntamente – se desconoce el ordenamiento constitucional; (iv) reseñar – si es el caso – el trámite exigido para la aprobación de la norma impugnada y la manera como fue desconocido; y (v) explicar por qué la Corte es competente para conocer del asunto.

2.2. En relación con el tercer requisito, esto es, a la formulación del cargo o concepto de la violación, la jurisprudencia ha sido constante en advertir que a pesar de la informalidad que caracteriza la acción, los ciudadanos tienen la carga de exponer de manera coherente los motivos por los cuales estiman vulnerado el ordenamiento superior. Ello implica que deben

proponer una acusación fundada en razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes[2].

2.3. En el asunto bajo estudio, el Procurador General de la Nación y el Ministerio de Vivienda, han solicitado a la Corte emitir un fallo inhibitorio por ineptitud en la formulación de los cargos.

2.3.1. A juicio de la Sala, el cargo formulado por la presunta vulneración del artículo 336 de la Constitución política, es apto, en tanto se dirige a cuestionar "...si siendo de reserva de ley la definición de la organización, administración, control y explotación de monopolios rentísticos, [...] de conformidad con lo ordenado en el artículo 336 de la Constitución Nacional, podía válidamente el legislador delegado afectar aspectos propios de la organización y control transfiriendo una función que la ley de régimen propio y la misma constitución Nacional le asignaron en cabeza del Gobierno nacional, para reasignarla en un órgano de la administración central como el Consejo Nacional de Juegos.", pudiéndose deducir con claridad la acusación planteada.

2.3.2. Ahora bien, frente a la presunta vulneración de los artículos 150.10 y 189.11 constitucional, el actor sostiene que con la expedición de los numerales 2, 3 y 4 del artículo 2 (sic 3) del D. L. 4441 de 2011, el Presidente de la República se extralimitó en el ejercicio de las facultades otorgadas por la ley 1444 de 2011, al asignar unas funciones que a su juicio, son funciones regulatorias propias del Presidente de la República, en ejercicio de la facultad reglamentaria, que no podían ser trasladadas a otro ente de la administración pública, acusación que a juicio de la Sala suscita una duda mínima, que amerita el examen de su constitucionalidad.

2.3.3. Encuentra la Sala que la acusación planteada por el demandante, por extralimitación de las facultades extraordinarias por parte del Presidente de la República, en contravención del artículo 150.10 de la Carta Política, al crear nuevas funciones que no estaban contempladas en ninguna ley y que fueron asignadas al CNJSA, cuando estaba facultado por la ley habilitante únicamente para ""reasignar funciones y competencias", reúne las condiciones para su examen.

2.4. En síntesis, para la Sala los cargos formulados por el demandante contra los numerales 2, 3 y 4 del artículo 2 (sic 3) del D.L. 4144 de 2011, reúnen las condiciones de claridad,

certeza, especificidad, suficiencia y pertinencia, que la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado deben cumplir los mismos, y a partir de los cuales la Corte pueda confrontar la norma legal demandada frente al Estatuto Superior, produciéndose un pronunciamiento de fondo.

### 3. Problemas jurídicos a resolver.

3.1. ¿Vulneran la reserva de ley consagrada en el artículo 336 de la Constitución Política, las disposiciones contenidas en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 2 (sic 3) del D.L. 4144 de 2001, al asignar al CNJSA unas funciones que fijan aspectos del régimen de los monopolios rentísticos, a través de facultades extraordinarias?

3.2. ¿Infringió el Presidente de la República el artículo 150.10 de la Constitución Política con la expedición de los numerales 2, 3 y 4 del artículo 2º de la Ley 4144/11, por excederse en el ejercicio de las facultades otorgadas en la ley 1444 de 2011, al asignar nuevas funciones y competencias al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, habiendo sido habilitado solo para “reasignar funciones y competencias”?

3.3. ¿Vulneran los numerales 2, 3 y 4 del artículo 2º de la Ley 4144/11, el artículo 189.11 de la Constitución Política, al asignar al CNJSA funciones propias del Presidente de la República de reglamentar las leyes para su cumplida ejecución?

### 4. Norma demandada y contexto normativo.

4.1. Mediante la Ley 1444 de 2011, el Congreso de la República escindió algunos ministerios y se otorgaron precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República para modificar la estructura de la Administración Pública, entre otras. Al respecto, la Ley dijo:

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

(...)

d) Reasignar funciones y competencias orgánicas entre las entidades y organismos de la

Administración Pública nacional y entre estas y otras entidades y organismos del Estado;

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

(...)"

4.2. En desarrollo del mandato contenido en dicha ley, en especial de las facultades conferidas por el artículo 18, literales d) y h), el Presidente de la República, a través del DL 4144 de noviembre 3 de 2011, determinó la adscripción del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, reformó su conformación y modificó sus funciones, en los siguientes términos:

4.2.1. Señaló en sus considerandos, que el CNJSA fue creado por el artículo 46 de la Ley 643 de 2001, como un organismo administrativo perteneciente a la Rama Ejecutiva del Sector Central en Salud y Protección Social. Dadas las necesidades de reorganización del esquema institucional para la administración y explotación del monopolio rentístico de los juegos de azar, fue creada la Empresa Industrial y Comercial del Estado COLJUEGOS, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Ahora, para hacer coherente la organización de la Administración Pública, se requiere cambiar la adscripción del CNJSA del Ministerio de Salud y Protección Social, al de Hacienda y crédito Público y modificar su composición.

4.2.2. Prescribió en su artículo 1º que el Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar quedaría adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y, según su artículo 2º, que estaría integrado por: el Ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado, quien lo presidirá, el Ministro de Salud y Protección Social o su delegado, el Presidente de COLJUEGOS, un (1) representante de la Federación Nacional de Gobernadores, un (1) representante de la Federación Colombiana de los Municipios, dos (2) miembros independientes nombrados por el Gobierno Nacional, y señaló que la Secretaría Técnica será ejercida por el Vicepresidente de Desarrollo Organizacional de la Empresa Industrial y Comercial del Estado denominada COLJUEGOS.

4.2.3. Además dispuso en el artículo 3º, la modificación del artículo 47 de la Ley 643 de 2001, que establecía las funciones del CNJSA.

4.3. Finalmente los artículos 3º y 4º, establecieron el régimen de transición y la vigencia del mismo y las modificaciones y derogatorias.

5. Cargo 1o: violación de la reserva de ley en la regulación de monopolios rentísticos -CP 366-.

5.1. Concepto de inconstitucionalidad en la demanda.

Considera el actor que el Presidente de la República vulneró la reserva de ley contemplada en el artículo 336 constitucional, sobre la fijación del régimen propio de los monopolios rentísticos, al expedir las disposiciones acusadas en ejercicio de facultades extraordinarias.

5.2. Cláusula de reserva de Ley.

5.2.1. La cláusula de reserva de ley es una de las manifestaciones de los principios democrático y de separación de poderes[3], que suponen que las normas que rigen la vida en sociedad reflejen mínimos de legitimidad, al ser la expresión de la soberanía popular, el resultado del procedimiento deliberativo en el proceso de formación de las leyes y el reparto del ejercicio del poder normativo. Implica que el Legislador debe adoptar las decisiones que el Constituyente le ha confiado, y que el instrumento a través del cual estas se reglamentan no puede establecer disposiciones que sean propias del ámbito del Legislador[4].

5.2.2. La Constitución radica en el Congreso de la República una cláusula general de competencia para el desarrollo legislativo de todas aquellas materias que no han sido expresamente atribuidas a otros órganos del Estado. A partir de la distribución funcional entre las ramas del poder público y de la prelación de la ley sobre el reglamento, establece el principio de reserva legal para determinadas materias, de modo que ciertas decisiones normativas deben tener rango de ley (reserva material) y, en algunos casos, tienen que estar, además, atadas a los procedimientos democráticos de elaboración de las leyes (reserva formal)[5].

5.2.3. En el caso de la reserva material, la función primaria de producción de la ley corresponde al Congreso, aun cuando la Constitución permite, que en determinadas

condiciones, dicha atribución sea trasladada al Presidente de la República para que, de manera excepcional, actúe como legislador extraordinario, conservando la norma expedida su rango legal y garantizándose la intervención del Congreso de la República en la definición precisa de las materias, límites y condiciones de la habilitación legislativa (art. 150, numeral 10 C.P.). En la reserva formal, la Constitución excluye la posibilidad de acudir al legislador extraordinario y exige la participación directa del Congreso como órgano máximo de deliberación política y de representación democrática, tal como ocurre con las leyes orgánicas, estatutarias y marco o cuando se pretende decretar impuestos o expedir códigos[6]. Al respecto, esta Corporación ha dicho:

“La segunda forma, ahora específica y vinculada a decisiones constituyentes precisas, indica que le corresponde al Congreso regular aquellas materias expresamente asignadas a la ley por disposiciones constitucionales particulares o por alguno de los numerales del artículo 150 de la Carta. Esta expresión de la adscripción de competencias al Congreso ha sido usualmente descrita bajo las expresiones: reserva legal, reserva de ley o reserva legislativa. En ella se ha distinguido, a su vez, una reserva legal ordinaria y una reserva legal especial, según el trámite de adopción de la ley correspondiente, sea el propio de la legislación ordinaria o se requieran procedimientos especiales que incorporen, por ejemplo, niveles de consenso más amplio o límites temporales para la adopción de la regulación[7].

Cabría además distinguir una reserva legal sin prohibición de delegación y una reserva legal con tal prohibición[8].”[9]

5.2.4. Sin embargo, en los dos eventos, la reserva legal establece un límite frente a la actividad reglamentaria, en tanto aquél espacio que la Constitución ha reservado material o formalmente a la ley no puede ser ocupado por normas de inferior jerarquía y, por cuanto, en ninguna circunstancia, puede ser sustituido por la potestad reglamentaria del Presidente, encaminada, precisamente, a asegurar la ejecución de las leyes. Al respecto, esta Corporación ha señalado:

En este último sentido todos los preceptos constitucionales en los que existe reserva de ley imponen la obligación que los aspectos principales, centrales y esenciales de la materia objeto de reserva estén contenidos (regulados) en una norma de rango legal. Es decir, en la

ley en cualquiera de las variantes que pueden darse en el Congreso de la República, decretos leyes, o decretos legislativos. Las materias que son objeto de reserva de ley pueden ser “delegadas” mediante ley de facultades extraordinarias al Ejecutivo para que sea éste quien regule la materia mediante decretos leyes. Pero las materias objeto de reserva de ley no pueden ser “deslegalizadas”, esto es, el legislador no puede delegar al Ejecutivo que regule esa materia mediante reglamento, en desarrollo del artículo 189.11 de la Constitución”[10]. (subrayas añadidas).

### 5.3. Reserva de Ley para la regulación de los monopolios rentísticos.

5.3.1. El artículo 336 señala que: “Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley. (...) “La organización, administración control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental.” (subrayas añadidas).

5.3.2. Se encuentra por lo tanto reservada al legislador la facultad de crear los monopolios como arbitrio rentístico y la potestad para definir el régimen para su organización, administración, control y explotación, habiendo quedado contemplados en la Carta Política, algunos de los elementos que ese régimen propio debe contener: (i) que su finalidad sea satisfacer el interés público; (ii) constituirse como un arbitrio rentístico; (iii) la obligación de indemnizar previamente a los individuos que se vean privados de su ejercicio; (iv) la destinación específica de algunas de las rentas; (v) la sanción penal de la evasión fiscal en estas actividades y (vi) la obligación del Gobierno de liquidar los monopolios, si no demuestran ser eficientes. Al respecto, esta Corporación ha señalado que:

“Finalmente, ese mismo artículo [336] indica que la ley debe señalar un “régimen propio” para esas actividades, expresión que no puede pasar inadvertida al intérprete. Ahora bien, esta Corte, en anterior ocasión, había señalado que por “régimen propio” debe entenderse una regulación de los monopolios rentísticos, que sea conveniente y apropiada, tomando en cuenta las características específicas de esas actividades, a lo cual debe agregarse la necesidad de tomar en consideración el destino de las rentas obtenidas, así como las demás previsiones y limitaciones constitucionalmente señaladas. En tales circunstancias, si el Legislador considera que lo más conveniente es atribuir la titularidad de

esos monopolios a las entidades territoriales, entonces puede hacerlo. Pero igualmente puede el Congreso señalar que se trata de un recurso nacional, tal y como precisamente lo hicieron las Leyes 10 de 1990 y 100 de 1993, que declararon que eran 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” (Ley 100 art. 285). Pero también podría el Congreso concluir que la regulación más adecuada de un monopolio rentístico implica un diseño de esas rentas que escape a la distinción entre recursos endógenos y exógenos; en tal evento, bien podría el Legislador adoptar un diseño de ese tipo, ya que dicha regulación constituiría el “régimen propio” que la Carta ordena establecer. (...) En todo caso, no por ello puede afirmarse que para la adopción de ese régimen se requiera de una ley especial, pues la previsión constitucional solamente exige una regulación que compagine con la naturaleza de un determinado monopolio, más no de una ley de especial jerarquía.”[11]

5.3.3. De lo anteriormente expuesto, se puede concluir que conforme al artículo 336 de la Constitución Política, la creación y la definición del régimen propio de los monopolios rentísticos, como lo es el de los juegos de suerte y azar, debe concretarse a través de la ley. Dado que no se señala que deba someterse a los procedimientos democráticos de elaboración de las mismas, o que se trate de una ley de naturaleza especial, ni se encuentra dentro de las exclusiones contempladas en el artículo 150.10, al otorgamiento de facultades extraordinarias al Presidente de la República, como lo son la expedición de códigos, de leyes estatutarias y orgánicas, o las previstas en el numeral 20 del mismo artículo, ni para decretar impuestos, se puede afirmar que se trata de una materia con reserva material de ley.

5.3.4. En síntesis, el artículo 336 de la Constitución Política, establece una reserva material de ley para la definición del régimen propio de los monopolios rentísticos, que permite al Legislador su regulación directa, o el otorgamiento de facultades extraordinarias al Presidente de la República, para su regulación o modificación; no es una reserva absoluta en tanto le es posible al Legislador la definición de los elementos normativos básicos que delimiten la organización, administración, control y explotación del monopolio rentístico, dejando al Gobierno el ejercicio de la potestad reglamentaria para la definición de los elementos puntuales, técnicos y cambiantes del régimen, que permitan su concreción. En consecuencia, no vulnera la reserva material de ley consagrada en el artículo 336 de la

Constitución Política, que la regulación del régimen propio de los monopolios rentísticos la realice el Presidente de la República, siempre que se encuentre debidamente facultado por el Legislador para tal fin, toda vez que el otorgamiento de facultades extraordinarias significa la delegación de la competencia legislativa del Congreso al Ejecutivo, para que éste último expida normas con el mismo valor y jerarquía normativa que las emanadas del propio órgano legislativo.

5.3.5. En consecuencia, no es inconstitucional que el Presidente de la República haya expedido los numerales 2, 3 y 4 del artículo 2 (sic 3) del D.L. 4144 de 2011, mediante los cuales reasignó unas funciones al CNJSA, en tanto se encontraba facultado por artículo 18 de la Ley 1444 de 2011, que señaló: “De conformidad con lo establecido en el artículo 150 numeral 10 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, por el término de seis (6) meses, contados a partir de la fecha de publicación de la presente ley para (...) d) Reasignar funciones y competencias orgánicas entre las entidades y organismos de la Administración Pública nacional y entre estas y otras entidades y organismos del Estado; y e) Crear, escindir y cambiar la naturaleza jurídica de los establecimientos públicos y otras entidades u organismos de la rama ejecutiva del orden nacional;”

5.4. Límites entre la reserva de ley y la potestad reglamentaria.

5.4.1. Establecida la validez del otorgamiento de facultades extraordinarias al Presidente de la República, para la regulación del régimen propio -organización, administración, control y explotación- de los monopolios rentísticos, corresponde ahora determinar si las funciones otorgadas al CNJSA hacen parte de las facultades propias del legislador consagradas en el artículo 336, como lo anotan el demandante y el Procurador General de la Nación en su concepto, o si se trata de tareas típicas del ejercicio de la potestad reglamentaria.

5.4.2. Aunque las disposiciones acusadas tienen su origen en la Ley 1444 de 2011, mediante la cual se escinden unos ministerios y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República para modificar la estructura de la administración pública, y hacen parte del texto del D.L. 4144 de 2011, “por el cual se determina la adscripción del Consejo nacional de Juegos de Suerte y Azar y se asignan funciones”, se dan en el ámbito de la Ley 643 de 2001, mediante la cual el Congreso de la República expidió “el régimen

propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar”[12], por cuanto modifican aspectos referentes a la adscripción del CNJSA, su conformación y sus funciones, contenidas en los artículos 46 y 47 de la citada ley.

5.4.3. Como se anotó anteriormente, la reserva material de ley no es absoluta, lo que significa que corresponde al Legislador la determinación de los elementos normativos básicos que delimiten el asunto de que se trate, dejando al ejecutivo la concreción de los elementos puntuales, técnicos y cambiantes que hagan posible la aplicación de la ley.

5.4.4. La Ley 643 de 2001, expedida por el Congreso de la República, “Por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar.”, prescribió en su capítulo XI, las disposiciones relativas a la eficiencia del monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar, y estableció en los artículos 50, 51 y 52 los criterios con fundamento en los cuales debían definirse los indicadores para la evaluación de las empresas, y la competencia para la definición de los indicadores y la evaluación de las mismas y sus eventuales efectos, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 50. Criterios de eficiencia. Las empresas industriales y comerciales, las sociedades de capital público administradoras u operadoras de juegos de suerte y azar (SCPD y Etesa) y los particulares que operen dichos juegos, serán evaluados con fundamento en los indicadores de gestión y eficiencia que establezca el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Salud[13], teniendo en cuenta los siguientes criterios:

Ingresos.

Rentabilidad.

Gastos de administración y operación; y

Transferencias efectivas a los servicios de salud.

Cuando una empresa industrial y comercial del Estado o Sociedad de Capital Público Departamental (SCPD), cuyo objeto sea la explotación de cualquier modalidad de juego de suerte y azar, presente pérdidas durante tres (3) años seguidos, se presume de pleno derecho que no es viable y deberá liquidarse o enajenarse la participación estatal en ella, sin perjuicio de la intervención a la que podrá someterla la Superintendencia Nacional de

Salud, una vez que la evaluación de los indicadores de gestión y eficiencia previo concepto del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar.”

ARTICULO 51. Competencia para la fijación de indicadores de gestión y eficiencia. Los indicadores que han de tenerse como fundamento para calificar la gestión, eficiencia y rentabilidad de las empresas industriales y comerciales, de las sociedades de capital público administradoras u operadoras de juegos de suerte y azar (SCPD) y Etesa<2>) y de los operadores particulares de juegos de suerte y azar serán definidos por el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Salud, atendiendo los criterios establecidos en la presente ley. Así mismo, el Gobierno a través del Ministerio de Salud, establecerá los eventos o situaciones en que tales entidades, sociedades públicas o privadas deben someterse a planes de desempeño para recobrar su viabilidad financiera e institucional, o deben ser definitivamente liquidadas y la operación de los juegos respectivos puesta en cabeza de terceros. Igualmente, el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Salud establecerá el término y, condiciones en que la sociedad explotadora del monopolio podrá recuperar la capacidad para realizar la operación directa de la actividad respectiva.

ARTÍCULO 52. Competencia para la calificación de la eficiencia. Corresponde al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar calificar anualmente la gestión y eficiencia de las empresas industriales y comerciales, de las sociedades de capital público departamental y nacional (SCPD y Etesa) o privado, administradoras u operadoras de juegos de suerte y azar.

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

5.4.4. Como se puede observar de la lectura de las normas antes transcritas, el Legislador ordinario, se ocupó de definir dentro del régimen propio de los monopolios rentísticos, los

critérios con base en los que deberían definirse los indicadores de gestión, eficiencia y rentabilidad, - los ingresos, la rentabilidad, los gastos de administración y operación y las transferencias efectivas a los servicios de salud - (art. 50) y también prescribió las competencias para la definición de los indicadores y la calificación de la eficiencia de las empresas, evidenciándose con ellas, la forma en que los mandatos legales de evaluación de la eficiencia, habrían de cumplirse, constituyéndose así en el tránsito entre la potestad del legislador para definir los aspectos básicos del monopolio rentístico y la potestad del reglamento de establecer los elementos para su concreción, siempre con arreglo a la ley.

5.4.5. Ahora bien, con la expedición del D.L. 4144 /11, se introdujeron modificaciones al artículo 47 de la ley 643/01, en el capítulo relativo a la “fiscalización, control y sanciones en relación con los derechos de explotación”, definiendo las nuevas funciones del CNJSA, entre las que se destacan, la definición de los indicadores de gestión, eficiencia y rentabilidad, el establecimiento de los eventos que conlleven al sometimiento a planes de desempeño o a liquidación de las empresas y a la fijación del término y condiciones para la recuperación de la capacidad de operación directa, para las empresas u operadores de juegos de suerte y azar, cuya explotación corresponda a los entes territoriales, en los siguientes términos:

ARTICULO 47. FUNCIONES DEL CONSEJO NACIONAL DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR. <Artículo modificado por el artículo 2 <sic, 3> del Decreto 4144 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Le corresponde al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, cumplir las siguientes funciones:

(...)

2. Definir los indicadores que han de tenerse como fundamento para calificar la gestión, eficiencia y rentabilidad de las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de capital público departamental (SCPD) y demás agentes que sean administradores u operadores de juegos de suerte y azar, cuya explotación corresponda a las entidades territoriales.

3. Establecer los eventos o situaciones en que las empresas que sean administradoras u operadores de juegos de suerte y azar cuya explotación corresponda a las entidades territoriales, deban someterse a planes de desempeño para recobrar su viabilidad financiera

e institucional o deben ser definitivamente liquidadas y la operación de los juegos respectivos puesta en cabeza de terceros.

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

(...)"

5.4.6. De lo antes expuesto, encuentra la Corte que el D.L. 4144 de 2011, tan solo trasladó unas funciones previamente al Gobierno Nacional -ministerio de salud- contenidas en los artículos 51, 52 y 53 de la Ley 643 de 2001, al CNJSA. Funciones que permitían la concreción de los postulados del régimen propio del monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar, definido por el Legislador, relativas a la evaluación de la gestión y la eficiencia de las empresas administradoras u operadoras de los mismos, mediante la definición de aspectos puntuales, de carácter técnico y variables por parte de las autoridades administrativas.

5.5. Conclusión del cargo.

En consecuencia, para la Corte el Presidente de la República, en ejercicio de facultades extraordinarias: (i) no vulneró la reserva de ley contenida en el artículo 336 de la Constitución Política, al regular mediante decreto ley aspectos del régimen propio de los monopolios rentísticos -como tampoco el legislador al otorgar facultades extraordinarias en tal punto-, al no tratarse de materias vedadas al legislador extraordinario en el artículo 150.10 constitucional o en otras disposición superiores; (ii) no vulneró la reserva legal al asignar al CNJSA las funciones de los numerales 2, 3 y 4 del artículo 2 (sic 3) del DL 4144/11, pues con ello no se 'deslegalizaron' asuntos previamente regulados en la Ley 643 de 2001, en sus artículos 50 y ss.

6. Cargo 2º: extralimitación del Presidente de la República en el ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el Legislador -CP 150.10-.

6.1. Concepto de inconstitucionalidad en la demanda.

Para el demandante, el Presidente de la República, con la expedición de los numerales 2, 3 y 4 del artículo 2 del D.L. 4144 de 2011, reguló un tópico que excedió el marco de las facultades extraordinarias que le fueron conferidas por disposición del Legislador, por cuanto dicha ley lo facultaba para “reasignar funciones y competencias orgánicas entre las entidades y organismos de la administración pública nacional y entre estas y otras entidades y organismos del Estado” y “Determinar la adscripción o la vinculación de las entidades públicas nacionales descentralizadas”, no estándole permitido establecer y asignar funciones y competencias nuevas que no estuvieran previstas en leyes anteriores.

## 6.2. Otorgamiento de facultades extraordinarias - límites.

6.2.2. Del texto constitucional se deduce que el otorgamiento de las facultades extraordinarias al Ejecutivo, se apoya en las siguientes consideraciones constitucionales: (i) consisten en la delegación de “precisas” competencias legislativas del Congreso, por su propio titular; (ii) tal habilitación legislativa faculta al Presidente de la República para expedir decretos con fuerza de ley; (iii) están condicionadas a que la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje; (iv) deben ser solicitadas al Congreso de la República, por el Gobierno Nacional; (v) para su aprobación se requiere de la mayoría absoluta de los miembros de las dos cámaras; (vi) tienen una limitación temporal, pudiéndose otorgar hasta por un término de seis (6) meses; y (vii) no se pueden conferir para la expedición de códigos, leyes estatutarias, orgánicas, decretar impuestos, ni para la creación de los servicios administrativos y técnicos de las cámaras. (Art. 150, núm. 10 y 20).

6.2.3. Esta Corporación ha abordado en diversos pronunciamientos el tema del otorgamiento de las facultades extraordinarias, y ha resaltado las reglas que las gobiernan, dentro de las cuales merecen especial atención las siguientes:

“Así, pues, mediante este expediente el Congreso delega en el Ejecutivo su competencia legislativa para que éste último expida normas con el mismo valor y jerarquía normativa que las emanadas del propio órgano legislativo.

(...)”

Al regular la institución de la delegación legislativa, el artículo 150-10 de la Constitución

Política establece una serie de cautelas que están orientadas a impedir que el legislador al autorizar extraordinariamente el Ejecutivo se desprenda definitivamente de su competencia legislativa mediante una habilitación en blanco, o lo que es lo mismo, una entrega de plenos poderes; y, obviamente, también esos parámetros están destinados a evitar que el Ejecutivo pueda emplear la delegación para fines distintos de los previstos en la norma habilitante. La norma superior en comento establece unos límites que deben ser observados por el Congreso en la ley habilitante, so pena de la inconstitucionalidad del otorgamiento de la delegación.

La primera de estas exigencias consiste en que la delegación legislativa deba hacerse en forma expresa, y en concreto.

(...)

La segunda exigencia se refiere a que la delegación legislativa esté sujeta a un tiempo de duración, es decir, que no puede ser perpetua, sino que debe estar sometida a un plazo o término.

(...)

Pero además, es indispensable que la delegación legislativa que efectúa el Congreso en la respectiva ley de facultades se haga para una materia concreta, específica. Al efecto, en dicha ley no sólo se debe señalar la intensidad de las facultades que se otorgan sino que, además, se ha de fijar su extensión determinando con precisión cuál es el objeto sobre el cual el Presidente ejercerá la facultad legislativa extraordinaria que se le confiere, lo cual no significa que el legislador en la norma habilitante necesariamente deba entrar a regular en forma detallada la materia sobre la cual versan dichas facultades, pues como bien lo ha advertido la jurisprudencia tal habilitación.”[14]

6.2.4. En suma, las leyes de facultades extraordinarias o habilitantes que expida el Congreso, tienen carácter restrictivo, tanto desde el punto de vista material como temporal, ya que sólo pueden versar sobre los contenidos precisamente delimitadas por el Congreso, y tienen carácter pro tempore pues el Congreso puede conferirles sólo hasta por seis meses.

6.3. Límite material de las facultades extraordinarias otorgadas en la Ley 1474 de 2011, artículo 75.

6.3.1. El artículo 150 de la C. P. señala que corresponde al Congreso hacer las leyes, pudiendo por medio de ellas ejercer las siguientes funciones: “10. Revestir, hasta por seis (6) meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje”. La Corte ha señalado que las facultades extraordinarias deben ser expresas y precisas, nunca implícitas, y no admiten analogías, ni interpretaciones extensivas, de manera que se aparta de la Constitución Política toda interpretación que entienda que cierta facultad incorpora o incluye otras que no se encuentran expresamente contenidas en la norma de facultades[15].

6.3.2. En ejercicio de dicha función, el Congreso de la República confirió precisas facultades al Presidente de la República, en el artículo 18 de la ley 1444 de mayo 4 de 2011. Para efectos del examen del cargo, que asevera que el Presidente de la República, no se ajustó a las facultades extraordinarias expresamente conferidas por el Legislador, en especial, frente a la asignación de funciones y competencias, con la expedición del D.L. 4441 de 2011, “Por el cual se determina la adscripción del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar y se reasignan funciones”, resulta pertinente el análisis del numeral d) de la ley habilitante, que estipula:

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

(...)

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

(...)”

6.3.3. Para determinar los límites materiales de dichas facultades debe precisarse el

alcance de la expresión “reasignar” que justamente la ley habilitante faculta a realizar. El vocablo “reasignar” se construye, por una parte, con el prefijo “re” el cual, antepuesto a otra palabra, significa: “repetición[16]; y el vocablo “asignar”, significa “señalar lo que corresponde a una persona o cosa”[17]. En este sentido, la palabra reasignar, equivale a repetir la acción de asignar, es decir, fijar nuevamente una cosa, a alguien o algo, lo que significa, necesariamente la existencia previa de una asignación, para que proceda la reasignación.

6.3.4. En relación con el objeto u objetos sobre los que debe recaer la acción precitada del ejecutivo, la ley habilitante señaló que debía dirigirse hacia “funciones y competencias” existentes en la administración pública, y adjudicadas a una entidad u organismo del Estado, para trasladarlas o reasignarlas a otra. En este sentido, el Presidente de la República, en el ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas -por la ley 1444/11-, tendientes a modificar la estructura de la administración pública, fue facultado para redistribuir “funciones y competencias” existentes, entre entidades y organismos de la administración pública nacional y entre ellas y otros organismos del Estado.

6.3.5. Ahora bien, en lo que se refiere a la determinación de “la adscripción o vinculación”, significa la “inscripción de una persona al servicio de un cuerpo o destino” o “atar o fundar algo en otra cosa” y que en términos de las facultades conferidas, significa la potestad para definir la forma en que las entidades públicas se inscriben.

6.3.7. De las anteriores consideraciones podemos concluir que el legislador extraordinario estaba facultado para asignar funciones existentes a otras entidades distintas y a definir la asociación, relación o subordinación de las entidades públicas nacionales descentralizadas.

6.4. El contenido normativo del DL 4144 de 2011 frente a los límites materiales del artículo 18 de la Ley 1444/11.

6.4.1. El artículo 2º (sic) del D. L. 4144 de 2011, modificó el artículo 47 de la Ley 643 de 2001, sobre las funciones del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, señalando que le corresponde entre otras, las siguientes:

“(…)

2. Definir los indicadores que han de tenerse como fundamento para calificar la gestión, eficiencia y rentabilidad de las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de capital público departamental (SCPD) y demás agentes que sean administradores u operadores de juegos de suerte y azar, cuya explotación corresponda a las entidades territoriales.

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

(...)"

6.4.2. Con el fin de establecer si el Presidente de la República se extralimitó en el ejercicio de las facultades otorgadas por el legislador, resulta pertinente preguntarse si dichas funciones se encontraban radicadas en otra entidad o autoridad, o si por el contrario, se trata de funciones nuevas, asignadas a dicho Consejo.

6.4.3. La Ley 643 de 2001, por la cual se fijó el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, sobre las funciones del CNJSA dijo:

“ARTÍCULO 47. Funciones del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar. Además de las que se señalan en las diferentes normas de la presente ley, le corresponde al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, las siguientes funciones:

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

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

3. Autorizar los tipos o modalidades de juegos de suerte y azar extranjeros, que podrán venderse en Colombia, al igual que el régimen de derechos de explotación aplicables a los mismos, derechos que no podrán ser inferiores a los establecidos para juegos nacionales

similares.

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

5. Emitir conceptos con carácter general y abstracto sobre la aplicación e interpretación de la normatividad que rige la actividad monopolizada de los juegos de suerte y azar.

6. Darse su propio reglamento.

7. Las demás que le asigne la ley.”

6.4.5. Ahora bien, la misma Ley 643 de 2001, en el Capítulo XI, sobre disposiciones relativas a la eficiencia del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, establecía en el artículo 51 la competencia en el Gobierno Nacional -a través del Ministerio de Salud- para la fijación de indicadores de gestión y eficiencia, de las entidades operadoras y administradoras de juegos de suerte y azar, los eventos en que dichas organizaciones deben someterse a planes de desempeño para recobrar su viabilidad financiera e institucional, o deben ser definitivamente liquidadas y la operación de los juegos respectivos puesta en cabeza de terceros, así como la definición del término y condiciones en que la sociedad explotadora del monopolio podrá recuperar la capacidad para realizar la operación directa de la actividad respectiva.

6.4.6. Resulta pertinente la comparación de las funciones fijadas por la Ley 643/11 en el Gobierno Nacional -Ministerio de Salud- y las asignadas por el D.L. 4441/11 al CNJSA.

LEY 643 DE 2001

D. L. 4441 DE 2011

Artículo 51

Artículo 2º. (sic 3) , numerales 2, 3 y 4.

Competencia del Gobierno -ministerio de salud- para la fijación de indicadores de

gestión y eficiencia.

Le corresponde al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, cumplir las siguientes funciones:

Los indicadores que han de tenerse como fundamento para calificar la gestión, eficiencia y rentabilidad de las empresas industriales y comerciales, de las sociedades de capital público administradoras u operadoras de juegos de suerte y azar (SCPD) y Etesa) y de los operadores particulares de juegos de suerte y azar serán definidos por el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Salud, atendiendo los criterios establecidos en la presente ley.

Definir los indicadores que han de tenerse como fundamento para calificar la gestión, eficiencia y rentabilidad de las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de capital público departamental (SCPD) y demás agentes que sean administradores u operadores de juegos de suerte y azar, cuya explotación corresponda a las entidades territoriales.

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

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

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

6.4.7. De la comparación entre las funciones prescritas en la Ley 643 de 2001 de competencia del Gobierno Nacional a través del Ministerio de Salud, y las asignadas por el DL 4441 de 2011 al CNJSA, concluye la Sala que se trata de las mismas funciones referidas a las mismas competencias.

#### 6.5. Conclusión del cargo.

Por lo expuesto, encuentra la Corte que, contrario a lo expresado por el demandante, el DL 4441/11 trasladó unas competencias creadas por la Ley 643/01 y establecidas en el Gobierno Nacional -Ministerio de Salud-, para radicarlas en cabeza de otra institución, el Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, ajustándose de esta manera a las facultades extraordinarias otorgadas que lo habilitaron para “reasignar funciones y competencias orgánicas entre las entidades y organismos de la administración pública nacional y entre estas y otras entidades y organismos del Estado”.

7. Cargo 3º: desconocimiento de la potestad reglamentaria del Presidente de la República. (CP, art. 189.11)

#### 7.1. Concepto de inconstitucionalidad en la demanda

La demanda de inconstitucionalidad señala que las funciones asignadas por el Presidente de la República, en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 2 (sic 3) del D.L. 4144 de 2011, vulneran el artículo 189.11 de la Constitución Política, al asignar al CNJSA unas funciones propias del Presidente de la República, por encontrarse anteriormente en cabeza del Gobierno Nacional a través del Ministerio de Salud (art. 51 ley 643/01) y tratarse de disposiciones “de carácter general, abstracto e impersonal, propio del desarrollo reglamentario que la misma Constitución, artículo 189 numeral 11, radica en cabeza del Presidente de la República como jefe de Gobierno.”

7.2. La potestad reglamentaria en la Constitución Política y la jurisprudencia.

7.2.1. La Constitución Política, en su artículo 189, señala que:

“Corresponde al presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y

Suprema autoridad administrativa:

(...)

11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.”

7.2.2. Dentro del sistema normativo colombiano la potestad reglamentaria tiene un reconocimiento constitucional, que hace evidente la separación funcional entre el Legislador y el Ejecutivo, como poderes independientes del Estado, determinante desde la perspectiva de la garantía de los derechos y libertades y del principio democrático, correspondiéndole al Congreso en principio, proferir las leyes de contenido general y abstracto, y al Ejecutivo, reglamentarlas[18]. En relación con el artículo 189 numeral 11 Superior, la jurisprudencia ha destacado[19] que busca contribuir a la concreción de los contenidos abstractos de la ley, con el fin de hacer posible su aplicación mediante la expedición de los actos administrativos[20]. Sobre este aspecto, la Corte ha dicho:

“La potestad reglamentaria es “... la producción de un acto administrativo que hace real el enunciado abstracto de la ley... [para] encauzarla hacia la operatividad efectiva en el plano de lo real”. Tal facultad se concreta en la expedición de las normas de carácter general que sean necesarias para la cumplida ejecución de la ley. Toda facultad de regulación que tenga como contenido expedir normas para la cumplida ejecución de las leyes, pertenece, en principio, por atribución constitucional, al Presidente de la República, sin necesidad de que la ley así lo determine en cada caso. Dentro del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico, la potestad reglamentaria tiene un lugar propio. Por virtud de ella el Presidente de la República expide normas de carácter general, subordinadas a la ley y orientadas a permitir su cumplida aplicación. Tales normas revisten, además, una forma especial, y se expiden con la firma del Presidente y el Ministro o Director de Departamento Administrativo del ramo.”[21]

7.2.3. Esta Corporación ha señalado que la “potestad reglamentaria” o “poder reglamentario”, como competencia propia constitucionalmente otorgada al Jefe del Ejecutivo en su condición de autoridad administrativa, no requiere de disposición expresa que la conceda, es inalienable e intransferible y también inagotable, ya que, en principio, no tiene plazo y puede ejercerse en cualquier tiempo[22]; además es irrenunciable, por

cuanto se concibe como indispensable para que la administración cumpla con su función de ejecución de la ley[23], se amplía o restringe en la medida en que el Congreso utilice en mayor o menor grado sus poderes jurídicos[24] y se encuentra limitado por la reserva de ley – que prevé que la regulación de ciertas materias se realice de manera exclusiva a través de leyes, quedando vedado el otorgamiento de facultades extraordinarias al ejecutivo y restringido el ejercicio de la facultad reglamentaria a cuestiones complementarias. (CP. Arts. 150.10, 152 y 338). En este sentido la Corte ha expresado:

“... la doctrina y la práctica han demostrado que la potestad reglamentaria del ejecutivo es inversamente proporcional a la extensión de la ley. De suerte que, ante menos cantidad de materia regulada en la ley, existe un mayor campo de acción para el ejercicio de la potestad reglamentaria, y viceversa.

¿Qué factores determinan que ello ocurra?

En esencia, la mayoría de las veces, el ejercicio íntegro o precario de la potestad de configuración normativa depende de la voluntad del legislador, es decir, ante la valoración política de la materia a desarrollar, el Congreso de la República bien puede determinar que regula una materia en su integridad, sin dejar margen alguna a la reglamentación o, por el contrario, abstenerse de reglar explícitamente algunos aspectos, permitiendo el desenvolvimiento posterior de las atribuciones presidenciales de reglamentación para que la norma pueda ser debidamente aplicada.

No obstante, esta capacidad del Congreso para determinar la extensión de la regulación de una institución, tiene distintos límites que vienen dados por las especificidades de las materias objeto de dicha regulación. Así, por ejemplo, el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, somete a estricta reserva legal, entre otras, la regulación de materias tales como impuestos o leyes estatutarias. Para esta Corporación, es claro que la regulación de los elementos esenciales de materias sometidas a reserva de ley y que recaigan sobre asuntos administrativos, no son susceptibles de ser regulados a través del ejercicio de la potestad reglamentaria, salvo en cuestiones accesorias y de detalle, so pena de contrariar disposiciones imperativas de raigambre Superior (C.P. arts. 152 y 338).”[25]

7.2.4. La Corte también ha señalado que el ejercicio de la potestad reglamentaria por el ejecutivo, exige que la ley haya configurado una regulación básica, a partir de la cual el

Gobierno pueda ejercer la función de reglamentar la ley. Si el legislador omite definir ese presupuesto normativo básico, estaría delegando en el Gobierno lo que la Constitución ha querido que no sea materia de reglamento sino de ley, pues el requisito fundamental que supone la potestad reglamentaria es la existencia previa de un contenido legal por reglamentar[26].

### 7.3. Titulares de la potestad reglamentaria.

7.3.1. Tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en afirmar que esta facultad reglamentaria no se ubica únicamente en cabeza del Presidente de la República, en tanto existen otros organismos pertenecientes a la Administración que pueden expedir regulaciones. De allí que se afirme que en Colombia opera un “sistema difuso” de producción normativa de alcance general, cuya naturaleza está destinada a servir de apoyo a la actividad administrativa desarrollada por el jefe del Ejecutivo[28].

7.3.2. En nuestro ordenamiento, y salvo lo que expresamente disponga la Constitución, en principio no es posible “deslegalizar” un asunto, pues el legislador no puede otorgar al Gobierno o a otra entidad independiente, la facultad de regular materias que tienen reserva de ley. Pero frente a la potestad reglamentaria, respecto de asuntos que no tienen reserva de ley, si bien corresponde primariamente al Presidente (CP art 189 ord. 11), puede el Legislador atribuirla a otros órganos distintos del gobierno -en el sentido constitucionalmente restringido del término que, como se sabe, corresponde para cada asunto al Presidente y los respectivos ministros y directores de departamento administrativo (CP art. 115)[29]-. Por ello esta Corte ha concluido que la potestad reglamentaria “no es exclusiva del Presidente de la República, cosa distinta es que a éste, dado su carácter de suprema autoridad administrativa del Estado, le corresponda por regla general esa atribución”, por lo cual debe concluirse que la Constitución de 1991 “consagró un “sistema difuso” de producción normativa general o actos administrativos de efectos generales de carácter reglamentario, lo que significó, sin lugar a duda, un cambio fundamental respecto del ordenamiento superior consignado en la Carta de 1886”[30].

7.3.3. La Corte ha explicado que en algunos temas, la propia Carta ha extendido esa potestad reglamentaria “a autoridades y organismos administrativos diferentes al ejecutivo”[31], pero que también es posible, atribuirla por vía legal; pero que dado que es el

Presidente quien en principio tiene esa potestad (CP arts. 189 ord. 11), la atribución de competencias reglamentarias a otras entidades que no hacen parte del gobierno en sentido restringido, debe reunir ciertas condiciones para ajustarse a la Carta, a fin de no desconocer esa atribución propia del Ejecutivo. Esta Corporación se ocupó del asunto, en la sentencia C-397 de 1995, que declaró la constitucionalidad de varios apartes de la Ley 32 de 1979, que reconocían a la Comisión Nacional de Valores, hoy Superintendencia Financiera, la regulación de múltiples aspectos del mercado público de valores. Al respecto, señaló:

“La actividad del Estado en esas materias no se agota en la definición de políticas, en la expedición de las leyes marco, ni en la de los decretos reglamentarios que vayan adaptando la normatividad a las nuevas circunstancias, sino que necesita desarrollarse en concreto, bien mediante normas generales que, en virtud de una competencia residual, expidan entes administrativos como las superintendencias en lo no establecido por la normatividad jerárquicamente superior, ya por las actividades de control, inspección y vigilancia a cargo de tales organismos especializados. (...) Bien puede la ley establecer que el Gobierno actuará por conducto de los aludidos entes, los cuales pueden tener a su cargo funciones reguladoras, siempre que se sometan a los órdenes normativos de más alto rango, y ser titulares de atribuciones concretas de intervención, control y sanción sobre quienes caen bajo su vigilancia en cualquiera de las actividades enunciadas.

No podría sostenerse una tesis que prohijara la absoluta imposibilidad de que las funciones gubernamentales en tan importantes y complejos asuntos fueran ejercidas por órganos desconcentrados, si bien bajo la dirección y la orientación del propio Gobierno y dentro de los lineamientos trazados por la ley.

Una teoría extrema, que exigiera la actuación directa y exclusiva del Presidente de la República y de quienes con él constituyen el Gobierno en sentido restringido para llevar a la práctica la intervención económica y para efectuar en concreto y de modo exhaustivo todas las tareas de investigación, inspección y control sobre las múltiples formas de actividad financiera, bursátil, aseguradora y de intermediación, conduciría al marchitamiento del papel activo y dinámico que la Carta Política ha encomendado al Estado -y, dentro de éste, al Ejecutivo- en la conducción de la política económica, en la inmediatez con los diversos fenómenos que son materia de su regulación y vigilancia y en la formulación y ejecución de objetivos concretos que desarrollan las grandes pautas

consignadas en las normas constitucionales y legales.”

En dicha providencia se concluyó que es posible conferir potestades reglamentarias a órganos que no configuren gobierno en sentido restringido, siempre y cuando se trate de una potestad residual y subordinada, pues de esa manera se armoniza el sistema de fuentes consagrado en la Constitución Política y la responsabilidad del gobierno en este campo, con la posibilidad de contar con organismos especializados, que desarrollen de manera específica la intervención en temas complejos.

7.3.4. En consecuencia, esto supone que: (i) la materia a ser reglamentada no tenga reserva de ley, pues el Legislador no puede desprenderse de esas atribuciones; (ii) que los reglamentos expedidos por la entidad se sujeten a lo que disponga la ley y sus correspondientes decretos reglamentarios; (iii) que quede claro que el legislador y el Gobierno conservan sus atribuciones, que pueden ejercer en todo momento, sin que la existencia de la función reglamentaria residual de la entidad restrinja sus posibilidades de acción; y (iv), que como consecuencia de todo lo anterior, se entienda que la entidad es dependiente del gobierno, ya que, “aunque no hace parte del Gobierno en el sentido restringido del término, desarrolla atribuciones presidenciales enmarcadas dentro de la preceptiva fundamental[32].

7.3.5. Con ocasión del examen de constitucionalidad de los numerales 1, 2 y 3[33] de la Ley 647 de 2001, mediante los cuales se asignaban unas funciones al CNJSA y que a juicio del actor vulneraban la potestad reglamentaria del Presidente de la República, esta Corporación, concluyó que el cargo no prosperaba, por cuanto era claro que las funciones establecidas por la norma impugnada a dicha institución, se circunscribían a temas técnicos propios del ámbito del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, por lo cual su asignación al citado órgano no alteraba la potestad reglamentaria constitucional del Presidente de la República, a la cual deberá estar subordinado el ejercicio de aquellas. Para soportar su decisión, consideró la Corte que: “En virtud del Art. 189, Núm. 11, superior, corresponde al Presidente de la República “ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”.// Esta es una función intemporal e inagotable de dicha autoridad, que debe ejercer en la medida en que el cumplimiento de su cometido lo exija o aconseje, pero no es exclusiva, ya que puede ser ejercida también por otros funcionarios del Estado a quienes la

ley la atribuya en forma expresa y determinada en relación con materias de orden técnico, aunque su ejercicio siempre estará subordinado a aquella por tener la misma un fundamento constitucional.”[34]

#### 7.4. Constitucionalidad de las disposiciones demandadas.

7.4.1. Considera el actor que las disposiciones impugnadas vulneran la potestad reglamentaria del Presidente de la República, consagrada en el artículo 189.11 de la Constitución Política, al asignar funciones reglamentarias al CNJSA, cuando dicho organismo no es parte del Gobierno en sentido estricto.

7.4.2. Como se anotó anteriormente esta Corporación ha considerado en su jurisprudencia que si bien es al Presidente de la República a quien corresponde el ejercicio de la potestad reglamentaria, ésta puede ser asignada por la ley a otras autoridades como a los ministerios e incluso a otros órganos que no constituyan gobierno en sentido estricto, siempre que se cumplan ciertas condiciones (7.3.4, supra), condiciones que se cumplen en el caso subexamine, por las siguientes razones: (i) Las funciones asignadas por las disposiciones acusadas, no hacen parte de la reserva de ley que sobre la regulación de los monopolios rentísticos, consagra el artículo 336 de la Constitución Política y que fue examinado in extenso en esta providencia, al resolver el primer cargo de la demanda; (ii) la Ley 643 de 2001, por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, contempla los criterios para la definición de los indicadores de gestión y eficiencia de las empresas industriales y comerciales, las sociedades de capital público administradoras u operadoras de juegos de suerte y azar, así como la competencia para calificar la eficiencia y las consecuencias que sus resultados generan, disposiciones que constituyen el marco legal para el ejercicio de las funciones asignadas al CNJSA; (iii) las disposiciones impugnadas en nada restringen el ejercicio de las atribuciones propias del legislador y del Gobierno Nacional, quienes además de conservarlas, las pueden ejercer en todo momento; (iv), el CNJSA si bien no hace parte del Gobierno en sentido restringido - Presidente y ministerio-, según los artículos 39 y 42 de la Ley 489 de 1998, es un organismo administrativo que pertenece a la Rama Ejecutiva del Sector Central y está adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Por lo expuesto, no resulta inconstitucional una norma que asigne funciones

reglamentarias a un órgano de la administración pública que no haga parte del Gobierno en sentido restringido, siempre que cumpla con las condiciones antes anotadas, por lo que se procederá a declarar la exequibilidad de las disposiciones impugnadas.

#### 7.5. Conclusión del cargo.

Para esta Corte, la asignación al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, por la norma legal -extraordinaria-, de funciones contenidas en las normas demandadas que pueden entrañar una atribución reglamentaria, no desconoce el artículo 189.11 de la Constitución que otorga al Presidente de la República poder de reglamentación de las leyes, en tanto la titularidad de la potestad reglamentaria también cabe predicarse de otros órganos y autoridades administrativas y, además, las materias a reglamentar por el CNJSA no tienen reserva de ley, no han sido materia de regulación exhaustiva por el legislador ni suponen la pérdida de la potestad reglamentaria del Gobierno nacional que, por el contrario, la subordina.

### III. CONCLUSIÓN GENERAL.

1. Demanda y cargos de inconstitucionalidad. El demandante considera que los numerales 2, 3 y 4 del artículo 2 (sic 3) del D.L. 4144 de 2011 son inconstitucionales en tanto (i) trasgreden el artículo 336 de la Constitución Política, sobre la reserva de ley para la regulación de aspectos relativos a la definición de la organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos, al asignar funciones propias del Legislador al CNJSA mediante disposiciones expedidas por el Presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias; (ii) violan el artículo 150.10 de la Carta Política por exceder las facultades otorgadas en la ley 1444 de 2011, que lo habilitó para “reasignar funciones y competencias”, al asignar funciones y competencias al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar; (iii) vulneran el artículo 189.11 de la Constitución Política, al atribuir al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar una función reglamentaria exclusiva del Presidente de la República

2. Presunta vulneración de la reserva legal (CP 336). Para la Corte el Presidente de la República, en ejercicio de facultades extraordinarias: (i) no vulneró la reserva de ley contenida en el artículo 336 de la Constitución Política, al regular mediante decreto ley aspectos del régimen propio de los monopolios rentísticos -como tampoco la ley de

habilitación legislativa en tal punto-; (ii) tampoco vulneró la reserva legal material - 'deslegalizando' asuntos de competencia del legislador- al asignar las funciones de los numerales 2, 3 y 4 del artículo 2 (sic 3) del DL 4144 de 2011, al CNJSA, por tratarse de asuntos propios del ejercicio de la potestad reglamentaria previamente regulados en la Ley 643 de 2001, en sus artículos 50 y ss.

3. Supuesto exceso en el ejercicio de las facultades extraordinarias (CP, 150.10, Ley 643/01). El DL 4441/11 no creó nuevas funciones para asignarlas al CNJSA sino que trasladó unas competencias creadas por la Ley 643/01 y establecidas en el Gobierno Nacional -Ministerio de Salud-, para radicarlas en cabeza de otra institución, el Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, ajustándose de esta manera a las facultades extraordinarias otorgadas, que lo facultaron para "reasignar funciones y competencias orgánicas entre las entidades y organismos de la administración pública nacional y entre estas y otras entidades y organismos del Estado". Por ello, se declara exequible.

4. Posible desconocimiento de la potestad reglamentaria del Presidente de la República (CP 189.11). Para esta Corte, la asignación al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, por la norma legal -extraordinaria-, de funciones contenidas en las normas demandadas que pueden entrañar una atribución reglamentaria, no desconoce el artículo 189.11 de la Constitución que otorga al Presidente de la República poder de reglamentación de las leyes, en tanto la titularidad de la potestad reglamentaria también cabe predicarse de otros órganos y autoridades administrativas -sistema difuso-; además, las materias a reglamentar por el CNJSA no tienen reserva de ley, consisten en asuntos técnicos que no han sido materia de regulación exhaustiva por el legislador, ni suponen la pérdida de la potestad reglamentaria del Gobierno nacional que, por el contrario, la subordina.

5. Decisión. Declarar la exequibilidad de los numerales 2, 3 y 4 del artículo 2 (sic 3) del D.L. 4144 de 2011, por los cargos analizados.

6. Reglas de decisión. (i) El mandato del artículo 336 de la Constitución al Legislador para que fije el "régimen propio" de los monopolios rentísticos, no entraña un tipo de reserva legislativa en la materia, que impida la habilitación extraordinaria al ejecutivo. (ii) La radicación de funciones provenientes de un organismo de la administración en cabeza de otro de la misma administración, no excede el marco de la ley habilitante que faculta al

Presidente para que, mediante decreto ley, reasigne funciones y competencias entre órganos de la administración y del estado -CP 150.10-. (iii) La atribución de funciones reglamentarias a un órgano o dependencia administrativa diferente del Gobierno - Presidente y ministro o jefe de departamento administrativo- es constitucionalmente posible en tanto no exista reserva legal, no se halle la materia regulada por ley, ni desconozca la potestad reglamentaria del artículo 189.11 constitucional -del Presidente de la República-.

#### IV. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

#### RESUELVE:

Primero.- Declarar EXEQUIBLES los numerales 2, 3 y 4 del artículo 2 (sic 3) del D.L. 4144 de 2011, Por el cual se determina la adscripción del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar y se reasignan funciones, por los cargos analizados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Presidente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

Ausente con excusa

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Con aclaración de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Ausente con permiso

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA SACHICA MENDEZ

Magistrada (E)

ANDRES MUTIS VENEGAS

Secretario General (E)

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

A LA SENTENCIA C-810/14

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 2º (sic 3º) parcial, numerales 2º, 3º y 4º del D.L. 4144 de 2011, modificadorio del artículo 47 de la ley 643 de 2003.

Frente al pronunciamiento contenido en la sentencia C-810 de 2014, deseo manifestar que si bien comparto el criterio adoptado por la Sala Plena de declarar la exequibilidad de los numerales 2, 3 y 4 del artículo 2 del Decreto Legislativo 4144 de 2011, al encontrar que los cargos no estaban llamados a prosperar, por los siguientes motivos: (i) no se violó la reserva de ley prevista en el artículo 336 de la Constitución Política, para la regulación del

régimen propio de los monopolios rentísticos, pues el decreto sub examine, no se refiere a aspectos sustantivos de dicha actividad, sino a la atribución de funciones técnicas que buscan el cabal cumplimiento de la ley, y (ii) la atribución de funciones reglamentarias a un órgano o dependencia administrativa diferente del Gobierno -Presidente y ministro o jefe de departamento administrativo- es constitucionalmente posible en tanto no exista reserva legal, no se halle la materia regulada por ley, ni desconozca la potestad reglamentaria del artículo 189.11 constitucional -del Presidente de la República-.

Sin embargo, frente al examen de la presunta vulneración del artículo 150.10. por exceder el marco de la ley habilitante que faculta al Presidente para que, mediante decreto ley, reasigne funciones y competencias entre órganos de la administración y del Estado, quiero aclarar que por tratarse de un vicio competencial, que afecta la forma de la ley y no su contenido material, la acción de inconstitucionalidad se encuentra caducada, en virtud de que conforme a lo prescrito en el numeral 3 del artículo 242 de la Carta Política, “Las acciones por vicios de forma caducan en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto” lapso que para la fecha de la presentación de la demanda ya se había cumplido[35].

Dejo así aclarada mi posición frente al pronunciamiento en referencia.

Cordialmente,

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

[1] Concepto No. 5788 de junio 24 de 2014.

[2] Cfr., Sentencias C-236 de 1997, C-447 y C-542 de 1997, C-519 de 1998, C-986 de 1999, C-013 de 2000, C-1052, C-1256 de 2001, C-1294 de 2001, C-918 de 2002, C-389 de 2002, C-1200 de 2003, C-229 de 2003, C-048 de 2004, C-569 de 2004, C-1236 de 2005, C-1260 de 2005, C-180 de 2006, C-721 de 2006, C-402 de 2007, C-666 de 2007, C-922 de 2007, C-292 de 2008, C-1087 de 2008, C-372 de 2009, C-025 de 2010, C-102 de 2010, C-028 de 2011, C-029 de 2011, C-101 de 2011 y C-1021 de 2012, entre muchas otras.

[3] Corte Constitucional, Sentencia C-570 de 1997, C-448 de 1998, C-111 de 2000, C-710 de

2001, C-234 de 2002, C-265 de 2002, C-675 de 2005, C-818 de 2005, C-1262 de 2005, C-507 de 2006, C-713 de 2008, C-823 de 2011, entre otras.

[4] Sentencia C-823 de 2011.

[5] Sentencias C-527 de 1994 y C-570 de 1997.

[6] Sentencia C- 894 de 2006.

[7] En la sentencia C-228 de 2010 la Corte señaló lo siguiente: “Así, la Corte ha considerado que pueden distinguirse dos tipos de reserva de ley. Una de carácter ordinario, que opera cuando la Constitución, de manera expresa, ha señalado que determinadas materias específicas deben ser reguladas directamente por el legislador. Otra, de naturaleza estatutaria u orgánica, en donde la Carta Política no solo adscribe competencia exclusiva al legislador para regular el tópico, sino que obliga a que la norma correspondiente esté precedida de un trámite particular, relacionado generalmente con un mayor grado de exigencia en las mayorías congresionales exigidas para la aprobación del proyecto correspondiente. Del mismo modo, los postulados constitucionales que restringen la competencia del reglamento para regular determinadas materias, como sucede con los códigos, también hace parte de la reserva de ley en el sentido expuesto”.

[8] Congreso tiene posibilidades de conceder facultades extraordinarias al Gobierno. En el segundo caso la reserva de ley opera de manera especialmente fuerte en tanto prohíbe que el Congreso se desprenda del ejercicio de sus facultades. Caen en esta reserva legal estricta tal y como lo indicó la sentencia C-710 de 2001 las materias respecto de las cuales el Congreso no puede otorgar facultades extraordinarias y aquellas relacionadas con “los principios que integran el contenido material del principio de legalidad como garantía para el juzgamiento de personas”.

[9] Sentencia C-644 de 2012.

[10] Sentencia C-1262 de 2005.

[11] Sentencia C- 1191 de 2001.

[12] La que define entre otros: (i) los aspectos generales del régimen propio; (ii) las

modalidades de operación de los juegos de suerte y azar; (iii) la fijación y destino de los derechos de explotación; (iv) el régimen de las loterías, del juego de apuestas permanentes o chance, de las rifas de circulación departamental, municipal y en el Distrito Capital, así como el de la explotación, organización y administración de los demás juegos; (v) las declaraciones de los derechos de explotación; (vi) las transferencias al sector salud; (vii) los mecanismos de fiscalización, control y sanciones en relación con los derechos de explotación; (viii) el régimen tributario; (ix) las disposiciones relativas a la eficiencia del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar; (x) la seguridad social de vendedores independientes de loterías y apuestas permanentes y (xi) las normas sobre vigencia y derogatorias.

[13] Competencia modificada por el D.L. 4144/11.

[14] Sentencia C-1028/02

[16] Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima primera edición. Madrid. 1992.

[17] *Ibídem*.

[18] Sentencia C-953 de 2007.

[19] Sentencias C-228 de 1993; C-397 de 1995; C-350 de 1997; C-066 de 1999; C-088 de 2001; C-805 de 2001; C-917 de 2002; C-675 de 2005.

[20] Sentencia 1005 de 2008.

[21] Sentencia C-805 de 2001.

[22] El legislador puede imponerle un término al Gobierno para el ejercicio de la potestad reglamentaria, lo cual “no impide que el Presidente expida la reglamentación antes del término previsto, ni lo inhabilita para el ejercicio de la potestad reglamentaria vencido ese plazo. Tampoco implica que expedida una reglamentación dentro del plazo fijado por el legislador el Presidente pierda competencia para expedir nuevos reglamentos o para modificar, adicionar o derogar sus propios reglamentos. La única consecuencia normativa del término establecido por el legislador es la de imponerle al Presidente de la República el

deber de reglamentar la ley dentro de dicho plazo". (Cfr. C-805 de 2001).

[23] C-028 de 1997.

[24] Ibídem.

[25] Sentencia C-432 de 2004

[26] Sentencia C-474 de 2003.

[27] Sentencia C-028 de 1997.

[28] Sentencia C. 1005 de 2008.

[29] Ver, entre otras, las sentencias C-397 de 1995, C-290 de 1997 y C-350 de 1997.

[30] Sentencia C-350 de 1997.

[31] Como en las competencias regulatorias asignadas a: (i) el Consejo Superior de la Judicatura (CP. Art. 257); (ii) el Contralor General de la República (CP. Art. 268, numerales 1 y 12; (iii) el Contador General (CP. Art. 354) y (iv) a la Junta Directiva del Banco de la República (CP. Art. 371 y 372).

[32] Sentencia C- 170 de 2001.

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

[34] Sentencia C- 571 de 2003.

[35] Diario Oficial No. 48.242 de 3 de noviembre de 2011.