

Sentencia C-031/03

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Ausencia de argumentos

TEST DE IGUALDAD-Materias objeto de intensidad leve

EXPLOTACION DEL MONOPOLIO DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-Controles a recursos que se generan

EXPLOTACION DEL MONOPOLIO DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-Solidez y responsabilidad de personas contratistas o concesionarias

EXPLOTACION DEL MONOPOLIO DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-Operación por intermedio de terceros

MONOPOLIO DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-No es en sí misma una profesión u oficio/MONOPOLIO DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-Actividad económica/MONOPOLIO DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-Vinculación a una persona jurídica

La explotación económica del monopolio estatal de juegos de suerte y azar no es en sí misma una profesión u oficio. Es una actividad económica que puede incorporar personas que practiquen diferentes profesiones u oficios pero que deberán cumplir con un requisito en particular para su ejercicio, el cual es el de estar vinculadas de cualquier forma (como socios, empleados, etc.) a una persona jurídica.

Referencia: expediente D-4144

Norma Acusada: Artículo 7° (parcial) de la Ley 643 de 2001

Demandante: María del Rocío Albornoz Gaitán

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Bogotá D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil tres (2003).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones

constitucionales y de los requisitos y de los trámites establecidos en el decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente,

## SENTENCIA

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución, la ciudadana María del Rocío Albornoz Gaitán demandó parcialmente el artículo 7° de la Ley 643 del 16 de enero de 2001 “por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar”.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

## II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto de la norma acusada, así:

Ley 643 de 2001

(Enero 16)

“Artículo 7°. Operación mediante terceros. La operación por intermedio de terceros es aquella que realizan personas jurídicas, en virtud de autorización, mediante contratos de concesión o contratación en términos de la Ley 80 de 1993, celebrados con las entidades territoriales, las empresas industriales y comerciales del Estado, de las entidades territoriales o con las sociedades de capital público autorizadas para la explotación del monopolio, o cualquier persona capaz en virtud de autorización otorgada en los términos de la presente ley, según el caso” (se subraya la palabra acusada)

## III. LA DEMANDA

La demandante sostiene que la expresión acusada vulnera los artículos 1°, 2°, 13, 14, 16, 26 y 38 de la Constitución.

El artículo 7° de la Ley 643 de 2001 indica que la operación por medio de terceros se adelantará de acuerdo con lo establecido en la Ley 80 de 1993. En esta última, por su parte,

se fijan criterios para que la contratación sea transparente bien que en ella participen personas naturales o jurídicas. No obstante lo anterior, el artículo parcialmente acusado establece un límite en virtud de la cual la operación de los juegos de suerte y azar por medio de terceros sólo podrá ser adelantada por personas jurídicas.

De esta manera, la expresión acusada del artículo 7° de la Ley 643 de 2001 vulnera el artículo 1° de la Constitución dado que la carencia de armonía entre ella y el texto de la ley 80 de 1993, (a la cual remite el propio artículo 7° de la Ley 643 de 2001), “conllevaría a los oferentes en un proceso licitatorio a dejar de lado figuras de propuestas conjuntas que no constituyen persona jurídica, tales como el consorcio y la unión temporal, así sean ellas integradas por personas jurídicas. Por qué no decir, de las personas naturales o jurídicas o solo de las personas naturales, todo ello en contra de los principios rectores de selección objetiva en la contratación estatal y en claro perjuicio de la escogencia de la mejor opción o de la pluralidad de opciones, afectando esto los recursos para la salud de los pequeños municipios y cualquier proceso de entendimiento de la socialización del Estado de derecho que tanto se pregona hoy en día, por los nacionales que se vieran desplazados del ejercicio de su actividad sin haber contemplado o agotado el proceso de indemnización que contempla la misma constitución política”<sup>1</sup>.

La norma parcialmente acusada vulnera el artículo 2° de la Constitución porque no proporciona una adecuada protección a todas las personas. En efecto, “la Constitución Política es clara al determinar que no existen en Colombia personas de primera y segunda categoría, antes por el contrario todas y cada un de ellas están en pie de igualdad y con las mismas garantías ante el estado, pero al legislador hacer una discriminación entre personas jurídicas y naturales para que puedan acceder a la participación de la actividad del monopolio rentístico de la Nación limitándolo a sólo una de ellas, a contrario sensu está limitando el derecho de las otras y negándoles la protección del estado para promover su prosperidad, con equitativa participación en la vida económica y administrativa de la Nación”<sup>2</sup>.

En el mismo sentido, el artículo 13 de la Carta resulta vulnerado porque “restringir la posibilidad de acceder a contratos de concesión para la explotación del arbitrio rentístico de la Nación solamente para las personas jurídicas, conlleva una discriminación odiosa para los empresarios personas naturales”<sup>3</sup>.

La norma parcialmente acusada viola los artículos 14 y 16 de la Constitución, relativos al reconocimiento de la personalidad jurídica y al libre desarrollo de la personalidad, respectivamente, porque desconoce los derechos de las personas naturales para una finalidad jurídicamente relevante y porque limita la posibilidad de que las personas naturales se desarrollen en un ámbito de la actividad económica.

Hay también, a juicio de la actora, una violación del derecho de toda persona a escoger profesión u oficio consagrado en el artículo 26 de la Carta. En efecto, “[d]entro de la actividad económica actual el estado ha garantizado como actividad lícita la explotación de la industria de juegos de suerte y azar por parte de los particulares y si el legislador los excluye de la posibilidad posterior de ejercerla, restringiéndola exclusivamente a las personas jurídicas su garantía constitucional carecería de sentido real. La ley no contempla una reglamentación del derecho fundamental, sino que lo que consagra es una exclusión de la persona natural en la posibilidad de comparecer en pie de igualdad ante el Estado en un proceso de contratación, limitándole así su desarrollo personal dentro de la profesión u oficio que ha escogido bajo el amparo legislativo, sin justificación alguna por protección del interés general y sin mediar indemnización alguna para el monopolio que crea a favor de las personas jurídicas, en actividades hasta hoy desarrolladas lícitamente por personas naturales”<sup>4</sup>.

Considera, además, que el artículo 38 de la Constitución resulta violado porque la prescripción según la cual sólo podrán ser terceros operadores las personas jurídicas, obliga a la asociación para este efecto, en desmedro de la libertad de los individuos para asociarse o abstenerse de hacerlo.

#### IV. INTERVENCIONES DE AUTORIDADES PUBLICAS

##### 1. Intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Este Ministerio intervino por medio de apoderada para solicitar que se declare la exequibilidad la palabra “jurídicas” contenida en la norma acusada.

La interviniente afirma que el artículo 7° contempla dos situaciones diferentes, a saber, la operación que “realizan personas jurídicas” y la que realiza “cualquier persona capaz”, expresiones que proceden del propio artículo. En este orden de ideas, “[c]omo se desprende

de la norma transcrita [el artículo 7° de la Ley 643 de 2001], la ley establece que la autorización para operar los juegos a través de terceros, mediante la celebración de un contrato de concesión, o contrato en los términos de la ley 80 de 1993, exige que el autorizado sea una persona jurídica; en tanto que, cuando no se requiere de la celebración de contrato, sino que basta la simple autorización, ésta puede ser otorgada a cualquier persona capaz, para contratar”5.

Sostiene que esta la Corte Constitucional ha puesto de presente que no todo trato diferencial es discriminatorio. De esta forma, “[p]or tratarse de un monopolio rentístico con fines de interés público y social, destinado exclusivamente a la salud, el legislador tuvo un fundamento razonable para exigir que la contratación para la operación de los juegos de suerte y azar a través de terceros se realizara con personas jurídicas [...] Las sociedades están obligadas a tener y a consignar en el acto de su constitución, un ‘objeto social’ fácilmente verificable; poseen un patrimonio determinado, unos estados financieros y una contabilidad, sujetos a supervisión y control de la Superintendencia de Sociedades, que permiten que sobre ellas se pueda ejercer un mayor control y se pueda tener una mayor certeza sobre su rentabilidad y actividades. No obstante, las personas naturales no fueron excluidas totalmente de la operación de los juegos de suerte y azar; existen algunos juegos tales como las rifas en general y los juegos promocionales, que tienen origen en la iniciativa de los particulares y el fomento de sus actividades financieras o comerciales, por lo cual, para estos eventos, la ley no estableció la celebración de contratos de concesión para autorizar su operación, sino la simple autorización, la cual puede ser autorizada mediante acto administrativo previo el cumplimiento de los requisitos exigidos por el administrador del monopolio”6.

Afirma que en las sentencias C-313 de 1904 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) y C-475 de 1994 (M.P. Jorge Arango Mejía), la Corte Constitucional se pronunció sobre la facultad de la que dispone el Estado para establecer monopolios y del régimen propio al que quedan sujetas tales actividades.

Por lo tanto, la condición que impone el artículo 7° de la Ley 643 de 2001 en el sentido de que sólo podrán ser contratantes para actuar como terceros operadores las personas jurídicas, es razonable y se ajusta a las características del régimen monopólico que cobija a los juegos de suerte y azar.

## 2. Intervención del Ministerio de Salud

El interviniente cita varios apartes de la exposición de motivos del proyecto de ley que acompañó a la ahora Ley 643 de 2001 y realiza un detallado análisis de las características de los monopolios estatales. Hace también referencia a las sentencias C-1108 (M.P. Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra) y C-1114 (M.P. Alvaro Tafur Galvis) en las que se estudia el ámbito del que dispone el legislador para reglamentar los temas relativos al monopolio de los juegos de suerte y azar, de acuerdo con lo establecido en la Ley 643 de 2001.

Señala que el artículo 7° de la Ley 643 de 2001 debe ser leída de acuerdo con el contenido de otros artículos de la misma, tales como el 10, en el que incluye dentro del régimen de inhabilidades para contratar o para obtener autorizaciones, a las personas jurídicas.

## V. INTERVENCIÓN CIUDADANA

Intervención del ciudadano Gilberto Toro Giraldo en representación de la Federación Colombiana de Municipios

El ciudadano Gilberto Toro Giraldo intervino en el presente proceso para solicitar que se declare la exequibilidad de la expresión acusada.

Sostiene que hay varios ejemplos en los que las normas indican que ciertas actividades sólo podrán ser realizadas por personas jurídicas, tal como acontece con la Ley 1° de 1991 sobre sociedades portuarias. Afirma que, de igual forma, la Corte Constitucional ha precisado que no toda diferenciación o calificación implica un trato discriminatorio. Por ello, concluye que “[s]i la norma señala que la operación por intermedio de terceros es aquélla que realizan personas jurídicas, la confluencia de estas personas bajo forma consorcial o de unión temporal satisface el requisito, pues la ejecución del contrato estará a cargo de las personas jurídicas, solo que agrupadas o aglutinadas”<sup>7</sup>.

## VI. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El Procurador General de la Nación solicitó en su concepto que se declare la inexecuibilidad de la expresión acusada.

Sostiene que en esta oportunidad corresponde analizar “si resulta constitucional, reconocer a las personas jurídicas como únicas con facultad para contratar con el Estado la operación de los juegos de suerte y azar”<sup>8</sup>.

La Vista Fiscal afirma que “la norma acusada exige que las autorizaciones que se concedan en virtud de contratos de concesión o de aquellos que se realicen en los términos de la Ley 80 de 1993, únicamente podrán otorgarse a personas jurídicas, mientras que en los casos en los que no se exige la celebración de contrato sino la mera autorización, ésta puede ser otorgada ‘a cualquier persona capaz’”<sup>9</sup>.

Argumenta que la contratación de los particulares con el Estado es un mecanismo de participación que facilita la integración entre el Estado y la sociedad civil. “Por todo ello, el principio de igualdad y el derecho a participar en los procesos de contratación con el Estado, únicamente deberán contener limitaciones que se encuentren debidamente justificadas a la luz de la protección del interés general. Es esta protección la que permite exigirle requisitos a los participantes en la contratación pública, para garantizar tanto la efectiva prestación de los servicios contratados como la integridad de los recursos públicos”<sup>10</sup>.

Sostiene que tanto el Código Civil como la Ley 80 de 1993 sólo contienen la capacidad en tanto que límite a la contratación y que ésta última “acepta expresamente la posibilidad de que las personas conformen consorcios o uniones temporales, a través de los cuales presentan una propuesta conjunta en la que se comprometen a actuar mancomunadamente y complementar actividades y servicios para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, compartiendo riesgos y beneficios. La única limitación que consagra la ley es que las personas jurídicas nacionales o extranjeras acrediten que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un año más. [...] De lo anterior, se deduce que la única limitación en punto a la capacidad que consagra el régimen contractual es la incapacidad legal, o la existencia de las inhabilidades o incompatibilidades, señaladas tanto en el régimen de contratación como en el artículo 10 de la Ley 643 de 2001”<sup>11</sup>.

Indica que, de acuerdo con el artículo 150 de la Carta, el Congreso tiene competencia para establecer reglas contractuales y que, por disposición expresa del artículo 336 de la Constitución, corresponde al legislador la reglamentación de los monopolios, razón por la cual debe aplicarse un test débil para juzgar la exequibilidad de la norma acusada, es decir,

que basta con que se demuestre una finalidad constitucionalmente aceptable para que se declare su exequibilidad. De esta manera, “si el legislador abre la posibilidad de participación de los particulares, excluyendo a unos y aceptando a otros, debe existir una justificación a dicha diferencia para que ésta no se considere discriminatoria y como tal contraria al principio de la igualdad”<sup>12</sup>.

Afirma que “[e]l criterio que podría deducirse como fundamento del trato diferencial establecido en la norma demandada, parece ser el de la seriedad y solidez de los operadores de dichos juegos, con el fin de proteger tanto el patrimonio público, en particular los recursos destinados al sector salud, como los intereses de los particulares que participan en estos juegos”<sup>13</sup>.

## VII. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 1. Competencia

En virtud de lo dispuesto por el artículo 241-4 la Corte Constitucional es competente para conocer de las demandas de inconstitucionalidad contra normas de rango legal, como las que se acusan en la demanda que se estudia.

### 2. El problema jurídico que se plantea

Corresponde a la Corte resolver los siguientes interrogantes: ¿la prescripción según la cual sólo las personas jurídicas pueden ser concesionarias o contratistas de la explotación de actividades propias del monopolio de juegos de suerte y azar es discriminatoria contra las personas naturales y contra ciertas formas de asociación que, como los consorcios o las uniones temporales, carecen de personalidad jurídica? ¿implica el artículo parcialmente acusado una vulneración del derecho a escoger profesión u oficio y del derecho de libre asociación en razón a que prescribe que sólo las personas jurídicas podrán ser concesionarias o contratistas para la explotación del monopolio de juegos de suerte y azar?

### 3. Consideraciones

#### 3.1. Cuestiones Previas. Inhibición parcial. Inexistencia de cosa juzgada

### 3.1.1. Inhibición parcial por ausencia de cargos

La Corte encuentra que si bien la actora sostiene que la expresión demandada vulnera los artículos 1°, 2°, 13, 14, 16, 26 y 38 de la Constitución, ella no presenta argumentos respecto de cada una de las normas que considera violadas.

En efecto, la demandante sostiene que el artículo parcialmente acusado viola el artículo 1° de la Constitución porque no guarda armonía con la Ley 80 de 1993, pues excluye de ciertos procesos licitatorios a las personas naturales y determinadas formas de asociación que no son personas jurídicas. De esta forma, sostiene que hay una vulneración de los principios rectores de la selección objetiva y del derecho que tienen quienes se vean desplazados en el ejercicio de una actividad lícita a ser indemnizados. No obstante, no proporciona razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes, con base en las cuales se muestre que existe una oposición entre la expresión acusada y el artículo 1° de la Carta. En este orden de ideas, la Corte se inhibirá para conocer de este cargo.

De igual manera, esta Corporación se inhibirá para conocer de del cargo según el cual la expresión acusada contraviene los artículos 14 y 16 de la Constitución, pues la demandante no expresa argumentos con base en los cuales se muestre que dicha expresión conlleva a la vulneración del derecho que tiene toda persona “al reconocimiento de su personalidad jurídica” (art. 14 de la C.P.), ni señala razones que indiquen que la condición que exige la palabra demandada va en contra del derecho al libre desarrollo de la personalidad “sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico” (art. 16 de la C.P.).

### 3.1.2. Inexistencia de cosa juzgada en esta oportunidad

En la Sentencia C-1191 de 2001 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes), la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la expresión “jurídicas” contenida en el artículo 7° de la Ley 643 de 2001 respecto del cargo presentado por el correspondiente demandante. En efecto, en aquella ocasión se resolvió:

“Sexto: Declarar EXEQUIBLES, pero únicamente en relación con los cargos formulados por el actor por la supuesta vulneración del principio de eficiencia administrativa y de la autonomía de las entidades territoriales, conforme a lo señalado en el fundamento 57 de la parte

motiva, las expresiones:

[...]

b) La expresión “jurídicas”, del inciso primero del artículo 7º de la ley 643 de 2001”.

Así pues, dado que de manera expresa la Corte Constitucional confirió a dicha sentencia efectos de cosa juzgada relativa y que los cargos propuestos por la actora en la presente oportunidad son diferentes a los analizados por la Corte en la sentencia citada, esta Corporación procede a decidir de fondo sobre los mismos.

3.2. El test de razonabilidad respecto de la limitación de la expresión acusada. Alcance de esta limitación

3.2.1. La actora sostiene que la expresión acusada, en virtud de la cual sólo las personas jurídicas podrán ser concesionarias de la explotación de actividades propias del monopolio de juegos de suerte y azar, vulnera el derecho a la igualdad de las personas naturales y de algunas formas de asociación que no tienen la condición de persona, tales como los consorcios y las uniones temporales.

Debido a la naturaleza del cargo, procede la Corte a realizar un test de razonabilidad en materia de igualdad con el propósito de establecer si la expresión acusada es discriminatoria.

Para tal propósito, esta Corporación pasa a analizar la intensidad del test de razonabilidad aplicable en esta oportunidad<sup>16</sup>. Luego determinará si la expresión acusada es razonable.

3.2.2. Esta Corporación coincide con la Vista Fiscal en que el test de igualdad aplicable es el de intensidad leve. En efecto, la Corte ha aplicado el test leve “en ciertos casos que versan exclusivamente sobre materias 1) económicas, 2) tributarias o 3) de política internacional, sin que ello signifique que el contenido de una norma conduzca inevitablemente a un test leve. Por ejemplo, en materia económica una norma que discrimine por razón de la raza o la opinión política sería claramente sospechosa y seguramente el test leve no sería el apropiado. Lo mismo puede decirse, por ejemplo, de una norma contenida en un tratado que

afecta derechos fundamentales. [...]. Por otra parte, la jurisprudencia de la Corporación ha aplicado igualmente en tres hipótesis más un test leve de razonabilidad de medidas legislativas: 4) cuando está de por medio una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional; 5) cuando se trata del análisis de una normatividad preconstitucional derogada que aún surte efectos en el presente; y 6) cuando del contexto normativo del artículo demandado no se aprecie prima facie una amenaza para el derecho en cuestión”<sup>17</sup>.

Además, advierte la Corte que la disposición en la cual se inscribe la palabra acusada no excluye de manera absoluta a las personas naturales de la operación por intermedio de terceros puesto que éstas pueden ser autorizadas en los términos de la Ley 643 de 2001. La diferencia de trato reside en que sólo las personas jurídicas pueden ser operadoras mediante contratos de concesión o contratación en los términos de la Ley 80 de 1993.

Así pues, la Corte constata que la expresión acusada versa sobre una cuestión relativa a la explotación del monopolio de los juegos de suerte y azar, lo cual es una competencia que de manera expresa confiere la Constitución al legislador. El ámbito material de esta competencia es de contenido económico puesto que trata sobre las condiciones bajo las cuales los particulares podrán explotar dicho monopolio.

3.2.3. El test leve consiste en establecer si el fin que persigue la norma y el medio que emplea el legislador para alcanzarlo son legítimos y si el medio es adecuado para obtener el fin.

El Procurador sostiene que la finalidad de que se establezca que sólo las personas jurídicas pueden ser concesionarias o contratistas para la explotación del monopolio de los juegos de suerte y azar, consiste en propender por la seriedad y la solidez de tales operadores. No obstante, considera que el medio no es legítimo porque se presupone con él que “sólo las personas jurídicas pueden contar con la solidez, seriedad y habilidad que garanticen la racionalidad económica en la operación de dichos juegos”, pero no es “la naturaleza del contratista por sí misma la que garantice tal protección, por cuanto pueden existir personas naturales o convenios de asociación que cumplan los requisitos necesarios para proteger dichos intereses y así mismo, pueden existir personas jurídicas que por sus condiciones patrimoniales, técnicas u organizacionales no cumplan con ellos y como tal no deben ser

tenidos en cuenta”.

3.2.3.1. La Corte coincide con la posición del Procurador en el sentido de que la finalidad de la norma consiste en propender por que los operadores del monopolio de juegos de suerte y azar tengan condiciones de solidez y de seriedad. En efecto, esta Corporación encuentra que el fin de establecer controles a los recursos que se generen como resultado de la explotación del monopolio de juegos de azar no sólo no se encuentra prohibido, sino que es desarrollo de un mandato constitucional (art. 336 de la C.P.).

3.2.3.2. Respecto del medio elegido por el legislador para alcanzar el fin señalado, la Vista Fiscal sostiene que no basta ser persona jurídica para garantizar la solidez y la responsabilidad requeridas para ser contratista o concesionario de la explotación del monopolio de juegos de suerte y azar y no es imposible que las personas naturales puedan responder a la solidez y a la responsabilidad que se requiere.

3.2.3.3. El análisis que propone la Vista Fiscal es propio de un test estricto, en el cual se exige que el medio elegido sea necesario para alcanzar el fin, o sea, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo para el ejercicio de los derechos de quienes se encuentran cubiertos por la medida.

El test leve de razonabilidad, que por las razones señaladas aplicará la Corte en este caso, exige tan sólo que el medio elegido por el legislador sea adecuado para que pueda predicarse su sujeción a la Carta. Así pues, sobre este punto, la apoderada del Ministerio de Hacienda puntualiza que la expresión acusada encuentra su justificación en que las personas jurídicas tienen un objeto social fácilmente verificable, poseen un patrimonio determinado, independiente de quienes las conforman y tienen unos estados financieros y una contabilidad sujetos a supervisión y control de la Superintendencia de Sociedades. Ello permite, tal como lo advierte la apoderada de dicho ministerio, que “sobre ellas se pueda ejercer un mayor control y se pueda tener una mayor certeza sobre su rentabilidad y actividades”, lo cual es adecuado para garantizar la solidez y la responsabilidad de las personas contratistas o concesionarias de la explotación de actividades propias del monopolio de juegos de suerte y azar. La existencia de tales mecanismos facilita la publicidad de la información respecto de la situación financiera y administrativa de los contratistas y concesionarios de actividades propias de la explotación del monopolio de juegos de suerte y azar, y permite la aplicación de

los correctivos que eventualmente puedan requerirse para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones.

3.2.4. La actora sostiene que la expresión acusada también conlleva una discriminación en contra de otras formas de asociación tales como los consorcios<sup>18</sup> y las uniones temporales<sup>19</sup>, a las cuales el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública les otorga capacidad para contratar con el Estado pero que, de acuerdo con dicha expresión, quedan excluidas de la posibilidad de ser concesionarias o contratistas de actividades propias del monopolio de juegos de suerte y azar.

No comparte la Corte dicho argumento. La finalidad de la expresión acusada consiste tanto en facilitar la vigilancia y el control como en estimular la asignación de responsabilidad a quienes obtienen recursos públicos con destino a la salud como resultado de la explotación del monopolio de juegos de suerte y azar. En efecto, esta Corporación estima que el ejercicio del control y vigilancia se facilita cuando se realiza sobre una sola entidad que cuando se practica sobre una pluralidad de ellas. En el mismo sentido, la condición que exige la expresión acusada, supone que la asignación de las responsabilidades a las entidades en la generación y transferencia de recursos del sector de la salud, no se encuentra sujeta a eventuales controversias sino que recae de manera precisa sobre la persona jurídica obligada. Así pues, esta Corporación encuentra que los fines que persigue la norma son legítimos y el medio del que se vale la norma para alcanzarlos –la exclusión de quienes no tengan la condición de personas jurídicas–, son idóneos.

No obstante lo anterior, el legislador hubiera podido elegir, en virtud del amplio margen de configuración del que dispone, un medio diferente. En efecto, el Congreso cuenta con la facultad de reglamentar el monopolio de juegos de suerte y azar de diversas maneras sin que ello sea, en principio, contrario a la Constitución. La Constitución no exige incluir a los consorcios y a las uniones temporales dentro de los que pueden ser concesionarios o contratistas para la explotación de dicho monopolio, sin perjuicio de que el legislador pueda en el futuro establecer, en virtud del ámbito de configuración del que dispone, que los consorcios y uniones temporales o incluso las personas naturales también pueden ser concesionarios o contratistas para la explotación económica de los juegos de suerte y azar, siempre que ello no amenace o vulnere valores protegidos por la Carta.

En este orden de ideas, la Corte considera que la expresión acusada no vulnera el derecho a la igualdad, tal como lo sostiene la demandante, ni conlleva a una inequitativa protección de los diferentes sujetos de derecho.

3.2.5. Adicionalmente, esta Corporación advierte que la limitación que implica la expresión supone una afectación menor del derecho a la igualdad. Dos consideraciones permiten afirmarlo:

3.2.5.1. En primer lugar, la medida afecta por igual a todas las personas naturales, a todos los consorcios y a todas las uniones temporales pues la afectación cubre de la misma manera a todos los que pertenecen a la misma categoría, es decir, a todas las personas naturales, a todos los consorcios y a todas las uniones temporales.

3.2.5.2. En segundo término, tal como lo sostiene la apoderada del Ministerio de Hacienda, la Ley 643 de 2001 no excluye a las personas naturales de la realización de todas las actividades propias del monopolio de juegos de suerte y azar. En efecto, si bien el artículo 7° de la Ley 643 de 2001 presenta problemas de redacción, una lectura detenida del mismo permite observar que hay dos regímenes diferentes, el de concesión o contratación – para lo cual es necesario tener la condición de persona jurídica – y el de autorización, para lo cual basta ser persona capaz.

Esta distinción se hace manifiesta a lo largo de la Ley 643 de 2001. Así, por ejemplo, sólo pueden ser operados por personas jurídicas las loterías<sup>20</sup>, los juegos de apuestas permanentes o chance<sup>21</sup> y los juegos localizados<sup>22</sup>. De igual manera, se prevé que podrán ser explotados por personas naturales las rifas<sup>23</sup> y los juegos promocionales<sup>24</sup>.

3.3. Alcance del derecho a escoger profesión u oficio y del derecho de libre asociación en el presente caso

3.3.1. La actora sostiene que la expresión acusada vulnera la Constitución en sus artículos 26 (que consagra el derecho a escoger profesión y oficio), porque impide a las personas naturales el ejercicio de la profesión u oficio que han elegido, y 38 (que consagra el derecho de libre asociación), porque obliga a quienes deseen ser concesionarios o contratistas para la explotación del monopolio de juegos de suerte y azar a constituir personas jurídicas para tal efecto.

3.3.2. La Corte Constitucional considera que la explotación económica del monopolio estatal de juegos de suerte y azar no es en sí misma una profesión u oficio. Es una actividad económica que puede incorporar personas que practiquen diferentes profesiones u oficios pero que deberán cumplir con un requisito en particular para su ejercicio, el cual es el de estar vinculadas de cualquier forma (como socios, empleados, etc.) a una persona jurídica.

Así pues, la Corte observa que si bien el artículo 26 de la Constitución garantiza el derecho a escoger profesión u oficio, también permite que la ley establezca límites, condiciones y controles para su ejercicio. En este orden de ideas, la restricción que en concreto supone la expresión acusada -la cual es adecuada para obtener el fin que persigue la norma- lo es tan solo respecto del ejercicio de la profesión u oficio en un ámbito particular, la explotación económica del monopolio de juegos de suerte y azar, y no afecta en lo básico o esencial el ejercicio de una profesión o de un oficio en particular, sino que cubre todas aquellas relacionadas con dicha actividad económica.

3.3.3. La expresión acusada tampoco vulnera el derecho de asociación. En efecto, ella no exige que las personas naturales o asociaciones que carecen de personería jurídica se constituyan en personas jurídicas, sino que fija un requisito para la explotación del monopolio de juegos de suerte y azar. Ello es suficiente para sostener que el cargo propuesto no está llamado a prosperar.

Además, la Corte advierte que el requisito según el cual sólo personas jurídicas pueden realizar ciertas actividades, no es extraño en el ordenamiento jurídico colombiano. Así, por ejemplo, en el caso de las entidades administradoras de pensiones<sup>25</sup> y las instituciones financieras y cambiarias<sup>26</sup>. Este tipo de requisitos busca promover fines de interés público que varían en cada caso y que encuentran fundamento en la Constitución.

Así pues, la Corte concluye que los cargos analizados no están llamados a prosperar.

## VIII. DECISION

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

Declarar la EXEQUIBILIDAD de la expresión “jurídicas” contenida en el artículo 7° de la Ley 643 de 2001 respecto de los cargos según los cuales ella es contraria a la igualdad, al derecho a escoger profesión u oficio y al derecho de asociación.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

LA SUSCRITA SECRETARIA GENERAL

DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

Que el H. Magistrado doctor RODRIGO ESCOBAR GIL, no firma la presente sentencia por cuanto en la fecha se encontraba de permiso debidamente autorizado por la Sala Plena de esta Corporación.

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

Aclaración de voto a la sentencia C-031/03

TEST DE RAZONABILIDAD EN NORMA ACUSADA-No constituye un imperativo para el juez constitucional (Aclaración de voto)

TEST DE IGUALDAD-Constituye un método de análisis (Aclaración de voto)

TEST DE IGUALDAD-Consecuencias de este método de análisis (Aclaración de voto)

Con el respeto debido a las decisiones de la Corte Constitucional me veo precisado en esta oportunidad a aclarar mi voto en relación con la Sentencia C-031 de enero 28 de 2003, por cuanto comparto la declaración de exequibilidad de la expresión “jurídicas” contenida en el artículo 7º de la Ley 643 de 2001 respecto de los cargos por supuesta violación a la igualdad, al derecho a escoger profesión u oficio y al derecho de asociación, pero discrepo de la argumentación expuesta en el numeral 3.2 de la motivación de este fallo.

Tal discrepancia esencialmente radica en que el artículo 13 de la Carta Política consagra el derecho a la igualdad pero no establece como un imperativo para el juez de constitucionalidad el sometimiento de la norma acusada a lo que allí se denomina “test de razonabilidad”, como si él fuera un mandato constitucional. No. El derecho a la igualdad debe analizarse en el caso concreto y como juicio relacional sin que sea necesario llevar a canon de la Carta lo que apenas constituye un método de análisis, por una parte; y, por otra, es claro para el suscrito magistrado que no hay ninguna seguridad jurídica y en cambio sí la posibilidad de arbitrariedad cuando el juez, por sí y ante sí, se arroga una competencia para concluir si una norma afecta de manera “leve, levísima”, “grave o “ muy grave” el derecho a la igualdad, lo que en unos casos resultaría “razonable” y en consecuencia constitucional, y en otros “no razonable” y por consiguiente inconstitucional.

A mi juicio, ese método de análisis puede conducir al subjetivismo en la apreciación de la exequibilidad de las normas, cuando lo que debe hacerse en cada caso es verificar si, como lo ordena el artículo 13 de la Constitución la norma que se acuse quebranta o no el derecho de todas las personas a recibir la misma protección y trato de las autoridades, gozar de los mismos derechos libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, o si la norma que se cuestiona tiene justificación constitucional en los casos de discriminación positiva para hacer real y efectiva la igualdad mediante medidas que favorezcan a grupos discriminados o marginados, o cuando se trata de la especial protección a quienes se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, pues no puede perderse de vista que en el Estado Social de Derecho no basta con la igualdad formal ante la ley sino que se requiere para la existencia de “un orden justo” que la legislación se encamine a remover los obstáculos que impiden la igualdad real ante la vida.

Fecha ut supra.

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

1 Cfr. Folio 3 del expediente.

2 Cfr. Folio 4 del expediente.

3 Cfr. Folio 5 del expediente.

4 Cfr. folio 7 del expediente.

5 Cfr. Folio 44 del expediente.

6 Cfr. Folio 46 del expediente.

7 Cfr. Folio 88 del expediente.

8 Cfr. Folio 91 del expediente.

9 Cfr. Folio 92 del expediente.

10 Cfr. Folio 92 del expediente.

11 Cfr. Folio 94 del expediente.

12 Cfr. Folio 94 del expediente.

13 Cfr. Folio 95 del expediente.

14 Cfr. Folio 96 del expediente.

15 Cfr. Folio 96 del expediente.

16 En varias sentencias, la Corte ha analizado los criterios que permiten determinar la intensidad del test de razonabilidad de acuerdo con las características de cada caso. Ver, entre otras, las siguientes: Sentencia C-265 de 1994 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), Sentencia C-022 de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), Sentencia C-093 de 2001 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), Sentencia C-637 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; A.V. Jaime Araujo Rentería) Sentencia C-233 de 2002 (M.P. Alvaro Tafur Galvis) y Sentencia C-670 de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett).

17 Sentencia C-673 de 2001; M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

18 El numeral 1° del artículo 7° de la Ley 80 de 1993 indica: “Consortio: cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman”.

19 El numeral 2° del artículo 7° de la Ley 80 de 1993 indica: “Unión Temporal: cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal”.

20 El inciso 2° del artículo 12 de dicha ley prescribe: “Cada departamento, o el Distrito Capital, no podrá explotar más de una lotería tradicional de billetes, directamente, por intermedio de terceros, o en forma asociada”. Más adelante, el artículo 14 de la misma, señala: “Administración de las loterías. Las loterías tradicionales o de billetes serán administradas por empresas industriales y comerciales del Estado del orden departamental o del Distrito Capital o por Sociedades de Capital Público Departamental (SCPD) creadas por la asociación de varios departamentos y/o el Distrito Capital. La participación en estas sociedades será autorizada por la Asamblea Departamental o el Concejo Distrital, a iniciativa del gobernador o alcalde, según el caso. Estas empresas y sociedades tendrán personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, cuyo objeto social será la administración y/o operación de la lotería tradicional o de billetes y de los demás juegos de su competencia contemplados en esta ley. Previa ordenanza de la respectiva asamblea que así lo disponga, o del acuerdo respectivo en el caso del Distrito Capital, los departamentos o el Distrito Capital podrán retirarse libremente y solicitar el pago de sus aportes en las sociedades de capital público departamental para explotar directamente el monopolio o formar parte de otra sociedad”.

21 El inciso 2° del artículo 22 de la Ley 643 de 2001 indica: “Sólo se podrá operar el juego de apuestas permanentes o chance, a través de terceros seleccionados mediante licitación pública, y por un plazo de cinco (5) años”. Por su parte el artículo 7° de la misma norma,

prescribe que sólo las personas jurídicas podrán ser concesionarias para la explotación de actividades propias del monopolio de juegos de suerte y azar. El inciso 2° del artículo 25 contiene palabras exactamente iguales.

22 El artículo 33 de la Ley 643 de 2001 señala: “Modalidades de operación de los juegos localizados. El monopolio rentístico de los juegos localizados será operado por intermedio de terceros, previa autorización y suscripción de los contratos de concesión”.

23 El artículo 29 de la Ley 643 de 2001 indica “Modalidad de operación de las rifas. Sólo se podrá operar el monopolio rentístico sobre rifas mediante la modalidad de operación por intermedio de terceros mediante autorización”.

24 El inciso 3° del artículo 31 de la Ley 643 de 2001 señala: “ Los derechos mencionados [de explotación] deberán ser cancelados por la persona natural o jurídica gestora del juego al momento de la autorización del mismo”.

25 El artículo 90 de la Ley 100 de 1993, señala en sus incisos 1 y 2 lo siguiente: “Entidades Administradoras. Los fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad serán administrados por las sociedades administradoras de fondos de pensiones, cuya creación se autoriza. Las sociedades que de conformidad con lo establecido en las disposiciones legales vigentes administren fondos de cesantía, están facultadas para administrar simultáneamente fondos de pensiones, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente Ley”. Así pues, se observa que este tipo de actividad económica no sólo tiene que ser realizado por personas jurídicas sino por un tipo determinado de persona jurídica.

26 El artículo 53 del Régimen Financiero y Cambiario señala: “Las entidades que, conforme al presente estatuto, deban quedar sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria se constituirán bajo la forma de sociedades anónimas mercantiles o de asociaciones corporativas”. De nuevo, se observa que las actividades financieras y cambiarias quedan reservadas a un tipo particular de persona jurídica.