

Sentencia C-1070/02

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Ausencia de concepto de vulneración

REGIMEN DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-Prohibición de las loterías de carteles y después de la Constitución de 1991

REGIMEN DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-Fecha de creación de monopolio

MONOPOLIO EN JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-Actividades

MONOPOLIO EN JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-Actividades incluidas

MONOPOLIO EN JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-Modalidades

MONOPOLIO EN JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-Mera causalidad como factor determinante para modalidad

MONOPOLIO EN JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-Potestad preferente del legislador en modalidades que lo conforman

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MONOPOLIO DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-Amplitud en reglamentación

JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-Elementos

ESFERODROMO COMO JUEGO DE SUERTE Y AZAR

JUEGO DE ESFERODROMO EN MONOPOLIO DE SUERTE Y AZAR

MONOPOLIO-Distinción entre establecimiento y aplicación

Referencia: expediente D-3974

Norma Acusada:

Artículos 1º, 4º (parcial), 32 (parcial) y 34 (parcial) de la Ley 643 de 2001

Demandante: Luis Miguel González Morales

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Bogotá, D. C., tres (3) de diciembre de dos mil dos (2002).

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

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución, el ciudadano Luis Miguel González Morales presentó acción pública de inconstitucionalidad contra la totalidad de la Ley 643 de 2001. La demanda fue inadmitida por el magistrado sustanciador por medio de auto del once (11) de abril de 2002. El demandante corrigió la demanda dentro del término concedido y la limitó a los artículos 1°, 4°, 32 y 34 de la ley mencionada. La demanda fue admitida por medio de auto del dos (02) de mayo de 2002 en el entendido de que “al menos uno de los argumentos formulados por el demandante en la presentación y en la corrección de la demanda, reúne los requisitos establecidos en el artículo 2° del Decreto 2067 de 1991”. Adicionalmente se ordenó en dicho auto la práctica de pruebas.

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. NORMAS DEMANDADAS

A continuación se transcribe el texto de las normas demandadas, así:

Artículo 1°. Definición. El monopolio de que trata la presente ley se define como la facultad exclusiva del Estado para explotar, organizar, administrar, operar, controlar, fiscalizar,

regular y vigilar todas las modalidades de juegos de suerte y azar, y para establecer las condiciones en las cuales los particulares pueden operarlos, facultad que siempre se debe ejercer como actividad que debe respetar el interés público y social y con fines de arbitrio rentístico a favor de los servicios de salud, incluidos sus costos prestacionales y la investigación.

Artículo 4°. Juegos prohibidos y prácticas no autorizadas. Solo podrán explotarse los juegos de suerte y azar en las condiciones establecidas en la ley de régimen propio y de conformidad con su reglamento. La autoridad competente dispondrá la inmediata interrupción y la clausura y liquidación de los establecimientos y empresas que los exploten por fuera de ella, sin perjuicio de las sanciones penales, policivas y administrativas a que haya lugar y el cobro de los derechos de explotación e impuestos que se hayan causado. [se subraya lo demandado]

Artículo 32. Juegos localizados. Son modalidades de juegos de suerte y azar que operan con equipos o elementos de juegos, en establecimientos de comercio, a los cuales asisten los jugadores como condición necesaria para poder apostar, tales como los bingos, videobingos, esferódromos, máquinas tragamonedas, y los operados en casinos y similares. Son locales de juegos aquellos establecimientos en donde se combinan la operación de distintos tipos de juegos de los considerados por esta ley como localizados o aquellos establecimientos en donde se combina la operación de juegos localizados con otras actividades comerciales o de servicios. [se subraya lo demandado]

Artículo 34. Derechos de explotación. Los concesionarios u operadores autorizados para la operación de juegos localizados pagarán a título de derechos de explotación las siguientes tarifas mensuales:

[...]

Mesa de Casino (Black Jack, Póker, Bacará, Craps, Punto y banca, Ruleta): 4 SMMLV

Otros juegos diferentes (esferódromos, etc.): 4 SMMLV [se subraya lo demandado]

[...]

III. LA DEMANDA

El actor sostiene que las normas acusadas vulneran los artículos 58, 95 numeral 9° y 336 de la Constitución por los argumentos que se resumen a continuación:

1. Sostiene que el artículo 1° de la Ley 643 de 2001 vulnera el inciso primero del artículo 336 de la Constitución, según el cual “[n]ingún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico con una finalidad de interés público social y en virtud de la ley”.

En esta oportunidad “[...] se le olvidó a los legisladores establecer el monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, pues el vocablo establecer [...] significa crear, fundar, instituir, ordenar o decretar [...]. En el artículo 1° de la Ley 643 de 2001, que debía haber establecido nuevamente el monopolio rentístico, es decir, creado, se limitó a definir el monopolio, colocó el nombre de la criatura sin haberla creado”¹. Más adelante sostiene: “Por ser una ley de régimen propio su contenido no hace relación a las leyes anteriores o conexas por cuanto las excluye y toda su fuerza para mandar, ordenar, permitir y castigar, esta en la misma ley, siendo el argumento principal de la violación de la ley, haber aprobado la Ley 643 de 2001, en especial el artículo 1°. Sin haber establecido el Monopolio Rentístico para luego definirlo y asignarle las funciones que en él se contemplan”².

2. Afirma que el artículo 4° de la Ley 643 de 2001 vulnera el inciso segundo del artículo 336 de la Constitución según el cual “La ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad lícita”.

Señala que así la Corte reconozca que la Ley 643 de 2001 creó el monopolio de los juegos de suerte y azar, en todo caso se verá obligada a reconocer que no podía ser aplicada porque no ha indemnizado aún a quienes fueron privados de la explotación de estos juegos. De esta manera, se desconoce también la garantía que brinda el artículo 58 de la Constitución a los derechos adquiridos.

Considera que “[l]a expresión plenamente indemnizados, expresión endógena del artículo 336 del inciso 2° de la CN, conlleva a analizar que no se trata solamente de expropiar el juego con su establecimiento, sino que al entrar el monopolio a determinar la forma de operación, a imponer las normas establecidas en la Ley y a fijar impuestos y contribuciones, se disminuyen los ingresos para el propietario del establecimiento y por tanto se afecta íntegramente el patrimonio personal, familiar y de las familias trabajadoras, en ninguna parte

se puede concebir que el solo hecho de quedar privado del ejercicio de una actividad lícita conlleva a la plena indemnización, esta expresión tiene que ver con la disminución de los ingresos que genera el imperio del monopolio para todas las personas que viven de la operación del establecimiento comercial o de la realización de la actividad lícita”³.

Dice que para demostrar este punto, anexa a la demanda copia de un acto administrativo en el que se ordenó el cierre de dos establecimientos “hecho que hizo ETESA con fundamento en el poder del Monopolio Rentístico con base en la Ley 643 de 2001 y fueron abiertos nuevamente porque se les sustentó que para que la Ley entrara a operar, debían indemnizar previamente, pues el cierre conlleva la privación de un derecho lícito, además que no era juego de Suerte y Azar, sino de Habilidad y Destreza que estaba tributando por impuesto de juegos al Distrito Capital”⁴.

3. Asevera que el artículo 32 de la Ley 643 de 2001 vulnera el inciso segundo del artículo 58 de la Constitución, según el cual “Se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni violados por leyes posteriores”⁵.

Señala que los esferódromos son juegos cuya naturaleza no es de suerte y azar sino de suerte y habilidad, tal como lo reconoció el Consejo de Estado Sentencia del 26 de mayo de 1961. De esta manera, “[...] al incluirlo en el Monopolio Rentístico, se le cambia la naturaleza del juego y por tanto su propietario, pues los juegos de suerte y azar, son de explotación exclusiva de la Nación y los juegos de suerte y habilidad son de explotación de los particulares”. Por ello, “[...] al incluir el juego de Esferódromo como juego de suerte y azar, se quita su esencia de derecho privado, de naturaleza particular, se limita su existencia en el tiempo y se le impide la subsistencia a las familias que viven de su operación, siendo por todo ello violatorio del artículo 58 de la Constitución Colombiana”⁶.

4. Argumenta que el artículo 34 de la Ley 643 de 2001 vulnera el numeral 9° del artículo 95 de la Constitución, según el cual corresponde a las personas y a los ciudadanos “[c]ontribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad”.

Sostiene que el artículo 34 acusado rompe una tradición en virtud de la cual los juegos de suerte y azar han sido gravados de tiempo atrás con el 10% de los ingresos que generan.

Señala también que la expresión acusada contraviene el principio de equidad porque fija para los esferódromos la misma tarifa que para las máquinas electrónicas, a pesar de que el costo de un esferódromo es de dos millones de pesos mientras que el de una máquina electrónica asciende incluso a los diez millones de dólares.

IV. PRUEBAS SOLICITADAS POR LA CORTE

En el auto admisorio de la demanda, la Corte solicitó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) que informaran a esta Corporación sobre los siguientes puntos: i) si el monopolio de juegos de suerte y azar dejó de existir antes de la expedición de la Ley 643 de 2001 y que si, por lo tanto, era necesario que ésta lo creara nuevamente; ii) si las personas privadas de tales actividades fueron indemnizadas antes de que la Ley 643 de 2001 fuera aplicada; iii) cuál es el costo de las mesas de juego de casino y de los esferódromos; iv) cuál es la diferencia entre los juegos de suerte y azar y los juegos de suerte y habilidad y si los esferódromos son un juego de suerte y azar o son un juego de suerte y habilidad.

La DIAN respondió dentro del término la solicitud de pruebas enviada por esta Corporación e informó que, por tratarse de rentas de las entidades territoriales y no de la Nación, esa dependencia no era competente para dar respuesta a los interrogantes formulados.

El subdirector de la Dirección General de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público respondió dentro del término la solicitud de pruebas enviada por esta Corporación e informó lo siguiente: i) La Constitución de 1886, que había declarado el monopolio de las loterías a favor del Estado, fue objeto de desarrollo por las leyes 64 de 1923 y 12 de 1932. Posteriormente se estableció el monopolio de las apuestas permanentes por medio de la Ley 1ª de 1982 y el Decreto Legislativo 386 de 1983; ii) “La Ley 643 no es originaria en la declaratoria del Monopolio de los Juegos de Suerte y Azar, ella no crea, no establece el monopolio, sólo reorganiza lo relativo a la organización, administración, operación y explotación, fiscalización y control de cada uno de los juegos de suerte y azar”⁷; iii) El Ministerio de Hacienda y Crédito Público ignora el costo de las mesas de juegos de casino y de las de esferódromos. No obstante, anexa un estudio en el que se hace referencia al estudio de costos de los casinos y de otras actividades relacionadas con los juegos de suerte y azar; iv) El artículo 5º de la Ley 643 de 2001 define los juegos de suerte y azar en los

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

V. 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 de las normas acusadas.

La interviniente desarrolla los cargos contenidos en la demanda y procede al estudio de constitucionalidad de cada uno de ellos en los siguientes términos: (i) sostiene que la Ley 643 de 2001 se limita a modificar y a unificar la legislación existente sobre juegos de suerte y azar, de manera que mal podría una ley crear lo que ya había sido creado; (ii) señala que “[...] no se presenta ninguna violación constitucional porque como se aludió anteriormente el Monopolio había sido creado con la Ley 10 de 1990 y quienes hubieran visto sus derechos vulnerados tenían que haber solicitado las indemnizaciones en vigencia de dicha ley, por cuanto ésta fue la que creó el monopolio; es decir, con la expedición de la Ley 643 de 2001 no se presenta la privación del ejercicio de una actividad económica lícita, por lo que no está llamado a prosperar dicho cargo [el segundo]”⁸; (iii) afirma que, de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 643 de 2001, es claro que el esferódromo es un juego de suerte y azar “[...] por cuanto reúne las condiciones para determinarse como tal señaladas en la norma citada, puesto que hay una persona que actúa en calidad de jugador, paga por el derecho de participar, al igual que realiza una apuesta y recibe a cambio un premio en dinero o en especie cuando acierta, por lo tanto no hay lugar a ser excluidos de los juegos de suerte y azar por estar insertos dentro de los condicionamientos estipulados en la ley; en consecuencia no está llamado a prosperar el tercer cargo argüido por el actor, puesto que no se presenta ninguna violación constitucional”⁹; y (iv) el legislador se limitó a establecer unas tarifas a los concesionarios de los juegos de suerte y azar, proporcionales a las actividades realizadas.

Este Ministerio intervino por medio de apoderado para solicitar que se declare la exequibilidad de las normas acusadas.

El interviniente cita un aparte de la exposición de motivos que acompañó el proyecto de ley que dio origen a la Ley 643 de 2001 en el cual se señalan los beneficios de la iniciativa respecto de las finanzas de las entidades territoriales. Menciona también varios fallos de la Corte Constitucional en los que se analizan las características de los monopolios estatales y el margen de configuración del que dispone el legislador respecto de los recursos obtenidos.

Por último, señala que “el demandante, en el Capítulo ‘Concepto de la Violación’, se limita a transcribir y realizar un comentario sobre el juego denominado Esferódromo, sin que la demanda de inexequibilidad cumpla con la obligación de precisar con claridad las razones o motivos que respaldan la solicitud de inexequibilidad de las normas acusadas”¹⁰. Con base en ello aduce que la demanda de la referencia no cumple con los requisitos del artículo 2° del Decreto 2067 de 1991.

VI. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El Procurador General de la Nación solicitó en su concepto que se declare la exequibilidad de las normas acusadas.

Luego de analizar los cargos formulados en la demanda, el Procurador señala que corresponde analizar los siguientes problemas jurídicos: i) si era necesario que el artículo 1° acusado “creara el monopolio rentístico de juegos de suerte y azar”¹¹ y “si el artículo 4° acusado ha debido consagrar la indemnización previa a que hace referencia el inciso 2° del artículo 336 de la Constitucional y si por esa misma vía se desconocieron los derechos adquiridos de que trata el artículo 58 del mismo texto suprallegal”¹²; ii) si podía el artículo 32 acusado incluir los esferódromos sin desconocer el artículo 58 de la Constitución; iii) si la tarifa que contempla el artículo 34, numeral 3° para la explotación de los esferódromos es contraria a los principios de justicia y equidad.

1. La Vista Fiscal señala que si bien los monopolios rentísticos implican una restricción a la iniciativa privada y a la libertad económica, se encuentran justificados en tanto que son una fuente de recursos que se destina a fines de interés público.

Sostiene que la Ley 64 de 1923, “Sobre Loterías”; la Ley 12 de 1932, “Sobre autorizaciones al gobierno para obtener recursos extraordinarios”; el Decreto 1222 de 1986 “Por el cual se expide el Código de Régimen Departamental”; el Decreto Legislativo 386 de 1983 “Por la cual se crean nuevas fuentes de financiación para los servicios seccionales de salud a través de la autorización de un Juego de Apuestas, y la Ley 10 de 1990 “Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones” son antecedentes que permiten observar que de tiempo atrás el Estado colombiano ha tenido el monopolio de los juegos de suerte y azar, de manera que el mismo fue creado con anterioridad a la expedición de la Ley 643 de 2001.

En el mismo sentido, observa que el artículo 336 de la Constitución hace referencia a la organización control y explotación de los monopolios e indica que los recursos obtenidos con base en el de juegos de suerte y azar serán destinados exclusivamente a la salud, lo cual “nuevamente reafirma que el objeto de esta ley es fijarle un régimen propio al monopolio de juegos de suerte y azar, y no el de crearlo, pues se repite: éste ya estaba creado. De allí que tampoco la ley de la referencia tuviera que ocuparse de la indemnización a la que alude el inciso 2º del artículo 336 de la Carta. En este mismo sentido, ha de entenderse que el artículo 4º demandado no está expropiando a los particulares de ningún derecho adquirido, ese precepto indica únicamente que cuando los juegos de suerte y azar se exploten por fuera de los parámetros fijados por la Ley 643 de 2001, la autoridad competente puede disponer la inmediata interrupción y la clausura y liquidación de dichas empresas y establecimientos, consecuencia lógica de la inobservancia que se haga de la ley”¹³.

De esta manera, encuentra que los artículos 1º y 4º acusados no expropien nada porque los particulares no tienen título alguno que les permita reclamar la propiedad sobre los juegos de suerte y azar y que, por ello mismo, no hay lugar al pago de indemnizaciones como condición de aplicación de la norma.

2. El Procurador señala que los artículos 42 y 43 de la Ley 10 de 1990 establecieron las reglas sobre el funcionamiento y explotación de las modalidades de juegos de suerte y azar a través de terceros. En virtud de lo prescrito en estos artículos se expidieron las resoluciones 046 de 1992 y 091 de 1994 de Ecosalud. La primera contiene una clasificación de los juegos de suerte y azar y la segunda presenta en su artículo 11 una descripción de los esferódromos.

Así pues, “[t]eniendo en cuenta esta definición, y la descripción de lo que es el juego del esferódromo, para el Ministerio Público es evidente que este juego está lejos de ser de aquellos cuyo resultado depende de la destreza y la habilidad del jugador, por lo que el Procurador General de la Nación debe disentir de la afirmación del demandante como de la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 26 de mayo de 1961, en la cual éste se apoya, en donde se señaló que el juego en cuestión es de naturaleza mixta, pues participa el elemento del azar así como el de la habilidad del jugador, primando el segundo elemento sobre el primero. En efecto, aparece de bulto en la descripción del juego, que en él no interviene la destreza del jugador ni de su habilidad depende el resultado, del cual no se tiene ninguna clase de certeza al momento de realizar la apuesta”¹⁴.

4. La Vista Fiscal señala que el legislador dispone de un amplio margen de configuración de las normas fiscales. Así pues, no se desconoce la equidad ni la justicia cuando prescribe la misma tarifa para la explotación de las mesas de juegos de casino y para los esferódromos porque, independientemente de la diferencia del costo que puedan tener unas y otras “el criterio utilizado por el legislador para establecer las tarifas no es el valor de la máquina sino la tipología del respectivo juego, y en ese orden, los juegos de mesa de casino y los esferódromos se asimilan en sus características generales y pueden hacer parte de una misma clasificación. Razón suficiente para que el trato dado por el legislador a esta clase de juegos sea constitucionalmente aceptable”¹⁵.

Con base en estos argumentos, el Procurador General de la Nación solicita que se declare la exequibilidad de las normas acusadas.

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

De acuerdo con los cargos presentados por el actor, corresponde a la Corte Constitucional

resolver los siguientes problemas jurídicos: i) ¿Era constitucionalmente necesario que el legislador creara en el artículo 1° de la Ley 643 de 2001, el monopolio de suerte y azar, y que previera en el artículo 4° de la misma una indemnización como requisito a la aplicación de esa ley, en los términos del artículo 336 de la Carta? y ii) ¿Se vulnera el artículo 58 de la Constitución a causa de la inclusión de los esferódromos por parte del artículo 32 de la Ley 643 de 2001 en el monopolio de suerte y azar?

3.0. Cuestión previa. Inhibición por inepta demanda respecto del cargo contra el artículo 34 de la Ley 643 de 2001

El actor sostiene que la expresión acusada del artículo 34 de la Ley 643 de 2001 vulnera el numeral 9° del artículo 95 de la Constitución por dos motivos diferentes, a saber (i) porque rompe una tradición en virtud de la cual los juegos de suerte y azar han sido gravados de tiempo atrás con el 10% de los ingresos que generan y (ii) porque contraviene el principio de equidad dado que fija para los esferódromos la misma tarifa que para las máquinas electrónicas, a pesar de que el costo de un esferódromo es de dos millones de pesos mientras que el de una máquina electrónica asciende incluso a los diez millones de dólares.

Sin embargo, el actor no formula las razones por las cuales estima que la Carta Política prohíbe que el legislador varíe el costo de los derechos de explotación de una actividad reglamentada. Tampoco señala el actor la norma constitucional que exige que el monto de los derechos de explotación de una actividad deban estar subordinados a los gastos en que incurre quien la desarrolla. Desde el punto de vista fáctico, el actor no demuestra que el costo de los derechos de explotación de los esferódromos han permanecido invariables en el 10% sobre las ventas desde que esta actividad tuvo origen¹⁶, ni que el costo de una mesa de esferódromo sea de dos millones de pesos mientras que la de una máquina electrónica sea de diez millones de dólares, hecho que menciona para sustentar el cargo de inequidad.

Por lo tanto, la Corte encuentra que en la demanda no hay un concepto de la violación de la Constitución¹⁷ respecto de la expresión acusada. En efecto, el actor fundamenta su pretensión sobre razones inciertas en la medida en que no proporciona argumentos jurídicos ni elementos probatorios que sustenten las afirmaciones que enuncia. El cargo formulado tampoco es específico porque “no se establece si realmente existe una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la ley y el texto de la Constitución Política” sino que se

consignan argumentos vagos que versan sobre cuestiones circunstanciales y que no demuestran la presunta oposición entre la Constitución y la norma acusada.

En este orden de ideas, la Corte se declarará inhibida para conocer de fondo sobre la exequibilidad del artículo 34 de la Ley 643 de 2001, parcialmente acusado.

3.1. El régimen de los juegos de suerte y azar bajo la prohibición de las llamadas loterías de carteles, y después de la Constitución de 1991. Determinación de la fecha de creación de este monopolio.

3.1.1. El análisis de la evolución histórica del régimen de los juegos de suerte y azar permite tener claridad acerca de las circunstancias bajo las cuales éste obtuvo reconocimiento en el ordenamiento jurídico y de las condiciones de su aplicación.

La Corte Constitucional se ha pronunciado ya sobre el particular. En efecto, en la Sentencia C-1114 de 2001 (M.P. Alvaro Tafur Galvis)¹⁸, esta Corporación realizó un estudio histórico de la evolución normativa y jurisprudencial de las loterías y de las rifas. En esa ocasión, la Corte mostró que la prohibición a las llamadas loterías de carteles incluía todos los juegos de suerte y azar, salvo las excepciones consagradas en las leyes. Se dijo en aquella oportunidad:

Dentro de una visión evolutiva del régimen de las rifas, es pertinente señalar que de conformidad con el artículo 8° de la Ley 64 de 1923 se prohibió el juego de las llamadas loterías de carteles que se había autorizado mediante la Ley 98 de 1888. Esa lotería de carteles en sus características básicas corresponde a las rifas y se diferenciaba, desde su origen, de las loterías que la propia Ley 64 de 1923 definió como consistentes en juego en billetes fraccionados con premios en dinero y de carácter permanente, cuya explotación se atribuyó explícitamente a los departamentos.

Precisamente la Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia de 14 de noviembre de 1924, tuvo oportunidad de declarar la exequibilidad de la norma legal que prohibió el funcionamiento de las mencionadas loterías de carteles. Al respecto, siguiendo el concepto del Procurador General de la Nación que intervino en el respectivo proceso, expresó que “es indudable que el artículo 31 de la Constitución garantiza únicamente los derechos adquiridos con justo título, entendiendo por tales los que en último término se contraen al derecho de

propiedad y como al demandante no le desconoce el artículo 8° acusado este derecho sobre alguna clase de bienes susceptibles de apropiación particular, carece de base la demanda en cuando al apoyo que invoca en el artículo 31 citado. Toda la cuestión se reduce al estudio de si es honesta la ocupación o ejercicio de la industria de carteles que afirma el demandante tiene en su establecimiento en la carrera 8 # 2-37, de modo que a ella pueda estar dedicado sin que sea dable al legislador impedírsela, ya que son los oficios, ocupaciones o las industrias honestas, las únicas que la constitución permite y garantiza”.

Sobre el particular expresó la Corte: “[s]on inhonestos los juegos que llevan en sí mismo el engaño o que lo favorecen; que exigen o conducen a apuestas de dinero suficientes para causar la ruina de familias, que fomentan la holgazanería y distraen el trabajo. El de loterías de carteles que prohibió el legislador de mil novecientos veintitrés, es el de suerte y azar a que se dedican algunos en busca de ganancia, sujeto a contingencias que no dependen de su habilidad o destreza, porque conduce al fomento de centros perniciosos; en manera alguna el juego como distracción social, que es admitido hasta en los hogares más severos en punto a moralidad. Fue prohibida pues, esa clase de juegos, por las funestas consecuencias que engendra a los que a él se entregan como ocupación inhonesta.”

En la Ley 19 de 1932 “por la cual se dan unas autorizaciones a las asambleas departamentales y a los municipios y se dictan otras disposiciones” se dispuso que desde la sanción de esa ley “ninguna rifa establecida o que se establezca en el país puede lanzar a la circulación ni tener ni vender billetes fraccionados ni repartir ningún premio en dinero en cualquier cantidad que sea ni podrá ser de carácter permanente” (Art. 3) y se asignó a los gobernadores la competencia de velar por el estricto cumplimiento de dicha disposición pudiendo imponer a los infractores multas iguales al valor total de dichas rifas previendo que el producto de tales multas ingresaría al fondo especial de la beneficencia del respectivo departamento.

La Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia de 24 de junio 1970 con ponencia del Magistrado Hernán Toro Agudelo, se pronunció sobre el citado artículo 3 de la Ley 19 de 1932 y consideró que:“(…) aún respecto a actividades esencialmente productivas puede el Estado señalar los campos precisos, restringiendo la libertad original de empresa y de iniciativa. Y más aún respecto a las que, como el juego, no son productivas en el sentido económico del término, pero que sí inciden en la aplicación o uso de los ingresos, por ejemplo sueldos y

salarios, y por ende en los consumos objeto todos ellos de la protección y dirección del Estado conforme al artículo 32.” “De la consideraciones que preceden pueden concluirse que las restricciones impuestas a las rifas por el artículo 3 de la Ley 19 de 1932, especialmente las que impiden el carácter regular o permanente de las mismas, encuentran claro apoyo en los artículos 32 y 39 de la Constitución, tanto como en el artículo 31 que fundamenta también las prohibiciones de premios en dinero y la utilización de billetes fraccionables.” “Debe concluirse, de lo expuesto, que el artículo 3 de la ley 19 de 1932, en lo que es objeto de la demanda o sea en las restricciones que impone en cuanto a las rifas, especialmente las prohibiciones de ofrecer premios en dinero, usar billetes fraccionables, y tener carácter permanente no sólo se ajusta precisamente a las normas constitucionales que se dicen infringidas sino que, además no quebranta otros preceptos de igual categoría.”

3.1.2. Los juegos de suerte y azar, que habían sido prohibidos por la Ley 64 de 1923 y por la interpretación que de ella se hizo en la Sentencia de 14 de noviembre de 1924 de la Corte Suprema de Justicia, se convirtieron en una actividad lícita con la expedición de la Ley 10 de 1990. En efecto, su artículo 42 estableció “como arbitrio rentístico de la Nación la explotación monopólica, en beneficio del sector salud, de todas las modalidades de juegos de suerte y azar, diferentes de las loterías y las apuestas permanentes existentes”¹⁹.

Posteriormente, este monopolio encontró reconocimiento en el inciso 4° del artículo 336 de la Constitución de 1991, en el cual se señaló que “[l]as rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud”.

3.1.3. Lo anterior muestra que hasta 1990, los juegos de suerte y azar constituían, salvo las excepciones establecidas en las normas, una actividad ilícita. A partir de la expedición de la Ley 10 de 1990, dichos juegos obtuvieron reconocimiento jurídico pero fueron sujetos a un monopolio a favor del Estado.

3.1.4. No obstante el anterior análisis, la Corte constata que algunas normas vigentes antes de la expedición de la Ley 10 de 1990 permitían la explotación de los esferódromos, razón por la cual habrá de analizar si éstos, y en particular si el juego de “esferódromo”, podían ser incluidos en el régimen de los juegos de suerte y azar.

3.2. Las actividades que en concreto conforman el monopolio de suerte y azar. El caso de los esferódromos.

3.2.1. El actor sostiene que el artículo 32 de la Ley 643 de 2001 vulnera el artículo 58 de la Constitución por haber incluido el juego denominado “esferódromo” en el monopolio de suerte y azar. Para sustentar el cargo, anexa copia del fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el doce de noviembre de 1959 (M.P. Alvaro Orjuela Gómez) en el que se resolvió declarar la nulidad de “la Resolución sin número de fecha 17 de abril de 1959, expedida por la Alcaldía Mayor del Distrito Especial de Bogotá”²⁰ y, en su lugar, conceder licencia al inventor del juego denominado “esferódromo” para su “explotación, funcionamiento y usufructo [...] en los términos de la solicitud presentada por él ante la Inspección Distrital de Juegos”, es decir, en tanto que juego de suerte y habilidad²¹. Esta providencia fue confirmada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en fallo del 26 de mayo de 1961 (C.P. Ricardo Bonilla Gutiérrez).

En este orden de ideas, el actor concluye que la mención de los esferódromos en el artículo 32 de la Ley 643 de 2001 vulnera el artículo 58 de la Constitución porque le asigna a los esferódromos la característica de juego de suerte y azar sin que en realidad sea ésta su naturaleza, lo cual, a su vez, conduce a que se desconozcan los derechos de propiedad de las personas que han explotado esta actividad económica lícita desde antes de que esta ley hubiera sido expedida.

3.2.2. De esta manera, la primera cuestión que la Corte pasa a determinar, es el momento normativo en el cual fue incorporado el juego de “esferódromo” en el monopolio de suerte y azar. Para tal efecto, la Corte analizará el alcance del artículo 42 de la Ley 10 de 1990. Luego estudiará si podía el legislador incorporar los esferódromos en el monopolio de juegos de suerte y azar a pesar de que el Consejo de Estado hubiera declarado en el fallo del 26 de mayo de 1961 (C.P. Ricardo Bonilla Gutiérrez) ya citado, que ellos obedecían a la naturaleza de juegos de suerte y habilidad y no a la de juegos de suerte y azar. Por último, de ser necesario, se indicará si puede aplicarse la Ley 643 de 2001 respecto de los esferódromos antes de que se indemnice a las personas que con anterioridad a la expedición de dicha ley ejercían tal actividad.

3.2.3. El alcance del artículo 42 de la Ley 10 de 1990. Juegos incluidos en el monopolio de suerte y azar

3.2.3.1. Como ya lo ha advertido la Corte Constitucional, el monopolio de los juegos de suerte

y azar fue establecido por el artículo 42 de la Ley 10 de 1990. El problema consiste en que antes de que el legislador adoptara esta determinación, y a pesar de la prohibición de este tipo de actividades derivada de la Ley 64 de 1923 y de la posterior jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el ordenamiento jurídico había permitido la explotación económica de ciertos juegos²² que posteriormente fueron mencionados de manera expresa por la Ley 643 de 2001. Tal es el caso de los esferódromos.

Así pues, corresponde a la Corte analizar el alcance del artículo 42 de la Ley 10 de 1990 con miras a establecer, en concreto, cuáles fueron los juegos que quedaron incluidos en dicho régimen de monopolio.

3.2.3.2. El artículo 42 de la Ley 10 de 1990 dispone: “Declárese como arbitrio rentístico de la Nación la explotación monopólica, en beneficio del sector salud, de todas las modalidades de juegos de suerte y azar, diferentes de las loterías y las apuestas permanentes existentes”.

Se observa que el monopolio fue declarado sobre “todas las modalidades” de esta clase de actividades. La norma analizada utiliza así, un lenguaje notoriamente amplio e inclusivo, que abarca el juego de “esferódromo” que corresponde a una de esas “modalidades existentes”. La Corte considera que son de suerte y azar aquellas modalidades de juegos en los que la mera casualidad es uno de los factores determinantes –sin perjuicio de que puedan tener incidencias otros, como la habilidad o el experticio– para la obtención de los resultados que se persiguen con cada una de las actividades que obedecen a esta categoría.

3.2.3.3. Además, es claro que el propósito del artículo 42 de la Ley 10 de 1990, al igual que el de artículo 285 de la Ley 100 de 1993 que lo modificó, era el de garantizar una fuente de recursos para el sector de la salud mediante un monopolio que cubriera todas las modalidades de juegos de suerte y azar. De esta manera, si se interpretase la norma en el sentido de que no son juegos de suerte y azar aquéllos que bajo las normas anteriores a la expedición de la Ley 10 de 1990 habían sido denominados con otra nomenclatura, la norma perdería prácticamente su razón de ser. En efecto, buena parte de las actividades de las que se compone el monopolio de suerte y azar en la actualidad son aquellos juegos que en la normatividad anterior a la expedición de la Ley 10 de 1990, estaban clasificados con un nombre diferente²³. Tal es el caso del juego de “esferódromo”, que había sido clasificado como juego “de suerte y habilidad”, a pesar de que el elemento aleatorio es claramente

predominante en la configuración del resultado que se persigue.

De esta manera, es claro que la afectación del interés privado que se menciona en el fragmento recién citado, es del quienes ejercían actividades que, si bien habían sido clasificadas con nombres diferentes, correspondían a juegos de suerte y azar, y que por lo tanto habían sido incorporadas al monopolio recién creado. El juego de “esferódromo” es una de esas actividades.

3.2.3.4. En conclusión, la Corte encuentra que el artículo 42 de la Ley 10 de 1990 incorporó en el monopolio de juegos de suerte y azar todas aquellas actividades en las que quien participa busca ganar un premio en dinero o especie de acuerdo el resultado obtenido según factores que escapan al control de las personas y que se rigen principalmente por la mera casualidad, dentro de los cuales se encuentra el juego de “esferódromo”.

3.2.4. Potestad preferente del legislador para determinar los juegos que conforman el monopolio de juegos de suerte y azar. El caso de los esferódromos.

3.2.4.1. El actor sostiene que el juego de “esferódromo” no podía ser incluido en el monopolio de suerte y azar toda vez que el Consejo de Estado había declarado en el fallo del 26 de mayo de 1961 (C.P. Ricardo Bonilla Gutiérrez) que ellos eran juegos de suerte y habilidad y no de suerte y azar como lo prescribe el artículo 32 de la Ley 643 de 2001 parcialmente acusado.

3.2.4.2. Esta Corporación observa que en aquella oportunidad el problema jurídico a resolver por el Consejo de Estado consistía en determinar si podía patentarse el invento consistente en el juego de “esferódromo” y autorizarse su funcionamiento²⁴ a la luz de las normas legales y de la jurisprudencia vigente. En efecto, con la expedición de la Ley 64 de 1923 y de acuerdo con la interpretación que de ella hizo la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia de 14 de noviembre de 1924 ya mencionada, se estableció la prohibición de los juegos de suerte y azar. Así pues, una de las cuestiones a absolver por parte del Consejo de Estado era si el juego de “esferódromo” obedecía a las características propias de los juegos de suerte y habilidad o a los de suerte y azar, de acuerdo con la prohibición existente para ese entonces.

3.2.4.3. El problema que ocupa a la Corte Constitucional es de una entidad jurídica diferente.

La cuestión que se debate no trata sobre la adecuación de una resolución administrativa a las leyes vigentes sino que versa sobre los límites que debe observar la ley que, por mandato de la propia Carta Política, se encarga de “[l]a organización, administración, control y explotación [del] ejercicio de los monopolios de suerte y azar” (inc. 3° del art. 336 de la C.P.).

3.2.4.4. Conforme a lo dispuesto en el artículo 336 de la Constitución, el Congreso de la República goza de un amplio margen de configuración para reglamentar dicho monopolio. Este amplio margen de configuración se manifiesta, en términos concretos, en que basta con que el legislador observe algún criterio objetivo para que pueda incluir en el monopolio de suerte y azar los juegos que estime convenientes.

El subdirector de la Dirección General de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público advierte, en respuesta a la solicitud de pruebas enviada por esta Corporación, que este criterio se encuentra contenido en el artículo 5° de la Ley 643 de 2001, en los siguientes términos: “Para los efectos de la presente ley, son de suerte y azar aquellos juegos en los cuales, según reglas predeterminadas por la ley y el reglamento, una persona, que actúa en calidad de jugador, realiza una apuesta o paga por el derecho a participar, a otra persona que actúa en calidad de operador, que le ofrece a cambio un premio, en dinero o en especie, el cual ganará si acierta, dados los resultados del juego, no siendo este previsible con certeza, por estar determinado por la suerte, el azar o la casualidad. Son de suerte y azar aquellos juegos en los cuales se participa sin pagar directamente por hacerlo, y que ofrecen como premio a quien acierte un bien o servicio.

Así pues, este artículo contiene los elementos que el legislador considera propios de los juegos de suerte y azar, a saber, que haya unas reglas predeterminadas por la ley y el reglamento; que haya una persona que actúa en calidad de jugador; que esta persona realice una apuesta o pague por el derecho a participar; que esta apuesta o pago sea recibida por otra, quien actúa en calidad de operador; que la persona que apuesta tenga la posibilidad de ganar o acertar, no siendo este resultado previsible con certeza, por estar determinado por la suerte, el azar o la casualidad; que, en tal circunstancia, el operador le ofrezca a cambio un premio, en dinero o en especie. Para el legislador, los juegos en los cuales se participa sin pagar y en los que se ofrece algún premio, también son de suerte y azar.

3.2.4.5. Así, el artículo 5° de la Ley 643 de 2001 define los juegos de suerte y azar como actividades en las cuales quienes participan buscan obtener un premio en caso de que consigan un resultado determinado que no es “previsible con certeza, por estar determinado por la suerte, el azar o la casualidad”. En otras palabras, la definición del artículo 5° se fundamenta en aquello que no depende en forma principal de los comportamientos o de la habilidad de las personas.

3.2.4.6. La Corte considera que el juego “esferódromo” se ajusta al criterio establecido por el legislador para efectos de la reglamentación del monopolio de suerte y azar porque reúne todos los requisitos necesarios para ello. En efecto, de acuerdo con la descripción del artículo 2° de la Resolución N° 46 de 1992 “Por la cual se reglamenta el funcionamiento de un juego de suerte y azar denominado “JUEGO DE ESFERODROMO”²⁵, expedida por Ecosalud, es claro que este juego se encuentra sujeto a unas reglas predeterminadas por la ley y el reglamento, en donde hay una persona que actúa en calidad de jugador y quien realiza una apuesta y hay otra que actúa en calidad de operador, quien ofrece un premio, en dinero o en especie, en caso de que se acierte, según los caprichos de la suerte, el azar o la casualidad.

Lo anterior confirma que el juego de “esferódromo” ingresó al monopolio de suerte y azar a partir de la expedición de la Ley 10 de 1990. En efecto, si bien el criterio objetivo de distinción de los juegos de suerte y azar no fue introducido sino hasta la expedición de la Ley 643 de 2001, este monopolio fue declarado por el legislador a partir de la expedición de la Ley 10 de 1990. De esta forma, el hecho de que el “esferódromo” se ajuste a la definición que contiene el artículo 5° de la Ley 643 de 2001 respecto de los juegos de suerte y azar, refuerza la conclusión de que esta actividad es una de las modalidades del monopolio en cuestión creado a partir de la expedición de la Ley 10 de 1990.

3.2.4.7. En el mismo sentido, esta Corporación considera que el fallo proferido por el Consejo de Estado el 26 de mayo de 1961 (C.P. Ricardo Bonilla Gutiérrez), en el que se declaró que los esferódromos obedecían a la naturaleza de juegos de suerte y habilidad y no de suerte y azar, no condiciona ni limita la voluntad del legislador a la luz de la Carta del 1991.

El inciso 3° del artículo 336 de la Constitución señala que corresponde al Congreso de la República “[l]a organización, administración, control y explotación [del] ejercicio de los monopolios de suerte y azar”. Así pues, el legislador no puede verse limitado en su mandato

por una decisión de un órgano judicial que defiende precisamente el respeto a las leyes y cuyas decisiones dependen de lo dispuesto por el propio legislador, quien bien puede modificar o derogar las leyes que en su momento fueron el referente de un fallo.

3.2.5. La cuestión de las eventuales indemnizaciones

3.2.5.2. En primer lugar, la Corte Constitucional ha recogido una tradición jurisprudencial que tuvo su origen en la Corte Suprema de Justicia en virtud de la cual se diferencia entre el establecimiento y la aplicación de un monopolio²⁶. En efecto, en la Sentencia del 9 de abril de 1991 (M.P. Simón Rodríguez Rodríguez) se indicó:

“En sentir del actor, el artículo 42 [de la Ley 10 de 1990] violó el artículo 31 de la Constitución Política [de 1886], puesto que en dicha norma ‘no se autorizó o consignó la autorización al Gobierno Nacional para proceder a la indemnización de las personas jurídicas (sociedades) o naturales que quedan privadas de una actividad como los casinos [o el juego de “esferódromo”]’. La interpretación del artículo 31 de la Constitución Nacional que de tiempo atrás viene sosteniendo la Corte lleva a distinguir entre el establecimiento del monopolio y su ejecución. Para lo primero, sólo exige que la ley lo establezca como arbitrio rentístico, mientras que para el segundo, es decir, para su aplicación, se requiere la previa indemnización de los individuos que en virtud de ella quedaren privados del ejercicio de una industria lícita.

[...]

“Resulta cierto entonces, que el artículo 42, al establecer el monopolio sobre los juegos de suerte y azar se ocupa del primer momento de la organización del monopolio, haciéndolo como arbitrio rentístico, tal como lo exige la Carta. El hecho de que no haya en su texto referencia expresa a la indemnización previa para los privados del ejercicio de la actividad que señala la Constitución Política, no lo hace inconstitucional por cuanto la validez del monopolio es un paso anterior a la ejecución del mismo y la consagración que hace de éste la norma, resulta acorde con las exigencias constitucionales, por hacerse mediante ley y como arbitrio rentístico.

“Las circunstancias de que no se haga expresa referencia en la Ley a la necesidad de la indemnización previa, no implica que por mandato de la Ley Suprema, no deba realizarse en

la oportunidad que ésta indica; ni tampoco permite colegir que por ese hecho la norma acusada atenta contra la Constitución. En realidad, esta interpretación llevaría a hacer obligatoria la práctica legislativa de reproducir en la ley los preceptos de orden legal superior, repetición que puede tener justificación en la necesidad de sistematizar el derecho, pero cuya omisión no resulta suficiente para declararla inexecutable. Menos aún, cuando el propio texto constitucional permite una interpretación concurrente, complementaria y concordante, de la constitución con las demás normas que integran la pirámide jurídica; en efecto, el artículo 215 de la Constitución Política obliga a la aplicación preferente de sus textos, cuando las regulaciones legales le resulten incompatibles; a contrario sensu, obliga a la aplicación concurrente de la Constitución y de la Ley; de suerte que el artículo 42 de la Ley 10 de 1990, debe complementarse en cuanto a la indemnización de las personas privadas de la actividad lícita, con el artículo 31 de la C. Nal., sin que pueda predicarse por esta circunstancia su carácter inconstitucional”.

En igual sentido, la Ley 643 de 2001, y en particular la expresión acusada de su artículo 32, se limita a determinar las condiciones bajo las cuales podrá ser explotado por los particulares el juego de “esferódromo”, no a la ejecución misma de la norma ni a si habrá o no de pagarse una indemnización cuando se aplique el monopolio, razón por la cual el cargo no está llamado a prosperar.

3.2.5.3. En segundo lugar, la ley no prohíbe que los particulares realicen actividades propias del monopolio de suerte y azar sino que exige que lo hagan de acuerdo con los parámetros fijados en la ley propia del monopolio. Así lo puso de presente esta Corporación cuando analizó el diferente significado que tiene el concepto de monopolio desde la óptica económica y desde la jurídica: “Un monopolio es, desde el punto de vista económico, una situación en donde una empresa o individuo es el único oferente de un determinado producto o servicio²⁷; también puede configurarse cuando un solo actor controla la compra o distribución de un determinado bien o servicio. Por su parte, la Carta autoriza, excepcionalmente, el establecimiento de monopolios como arbitrios rentísticos (CP art. 336), en virtud de los cuales el Estado, se reserva la explotación de ciertas actividades económicas, no con el fin de excluirlas del mercado, sino para asegurar una fuente de ingresos que le permita atender sus obligaciones²⁸”.²⁹

Sin lugar a dudas, la reglamentación introducida por la Ley 643 de 2001 implica una

limitación en el ejercicio de esta actividad. En particular, el inciso 1° de su artículo 33 prevé que “[e]l monopolio rentístico de los juegos localizados [ente los que se incluye el juego de “esferódromo”] será operado por intermedio de terceros, previa autorización y suscripción de los contratos de concesión”, de manera que quienes explotaban el juego de “esferódromo” antes de la expedición de la Ley 643 de 2001 se verán sujetos a este requisito.

No obstante, la limitación que de esta circunstancia pueda surgir³⁰ no implica per se la privación del ejercicio de una actividad lícita. Por lo tanto, si esta reglamentación supone en concreto, en algún caso individual, la privación en el ejercicio de la explotación económica del juego de “esferódromo” para quienes la realizaban de manera lícita antes de la expedición de la Ley 643 de 2001, la cuestión a absolver en esa eventual situación particular, es un asunto que escapa a la competencia de la Corte Constitucional, que ejerce un control abstracto de la validez de las normas, según lo señalado en el artículo 241 de la Carta.

3.2.6. De acuerdo con el análisis realizado, la Corte Constitucional concluye que la expresión acusada se ajusta a la Carta Política y que, por lo tanto, los cargos formulados por el actor 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

Primero.- Declarar EXEQUIBLE el artículo 1° y la expresión acusada del artículo 4° de la Ley 643 de 2001 por los cargos analizados en esta sentencia.

Segundo.- Declarar EXEQUIBLE la expresión “esferódromos”, contenida en el artículo 32 de la Ley 643 de 2001, por los cargos analizados en esta sentencia.

Tercero.- Declararse INHIBIDA para pronunciarse sobre la constitucionalidad de la expresión acusada del artículo 34 de la Ley 643 de 2001.

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

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Presidente

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Cfr. folio 147 del expediente.

2 Cfr. folio 147 del expediente.

3 Cfr. folio 150 del expediente.

5 Cfr. folio 151 del expediente.

6 Cfr. folio 152 del expediente.

7 Cfr. folio 182 del expediente.

8 Cfr. folio 486 del expediente.

9 Cfr. folio 487 del expediente.

10 Cfr. folio 540 del expediente.

11 Cfr. folio 546 del expediente.

12 Cfr. folio 546 del expediente.

13 Cfr. folio 549 del expediente.

14 Cfr. folio 553 del expediente.

15 Cfr. folio 555 del expediente.

16 De hecho, el artículo 17 del Acuerdo N° 15 de 1987 proferido por el Concejo Distrital, establecía que por cada mesa de esferódromo debía pagarse una suma de 144.000 pesos por mesa, es decir, de 6.7 salarios mínimos (dado que el salario mínimo mensual fue fijado para el año de 1987 en 21.500 pesos nominales) suma que resulta bastante superior a los 4 salarios mínimos mensuales que prevé el artículo 34 de la Ley 643 de 2001 por cada mesa de esferódromo.

17 La Corte Constitucional analizó los requisitos de procedibilidad de la acción pública de exequibilidad en la Sentencia C-1052 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

18 En esta sentencia, la Corte Constitucional realizó un estudio acerca de la evolución normativa de las actividades relacionadas con los juegos de suerte y azar desde la expedición de la Ley 98 de 1888 y de la jurisprudencia constitucional proferida por la Corte Suprema de Justicia sobre esta materia.

19 Este artículo fue modificado por el artículo 285 de la Ley 100 de 1993, en el siguiente sentido: “El artículo 42 de la Ley 10 de 1990 quedará así: ‘ARBITRIO RENTISTICO DE LA NACION. Declárase como arbitrio rentístico de la nación la explotación monopólica, en beneficio del sector salud, de las modalidades de juegos de suerte y azar, diferentes de las loterías, apuestas permanentes existentes y de las rifas menores aquí previstas. La concesión de permisos para la ejecución de rifas que no sean de carácter permanente, cuyo

plan de premios no exceda doscientos cincuenta (250) salarios mínimos mensuales, y se ofrezcan al público exclusivamente en el territorio del respectivo municipio o distrito, será facultad de los alcaldes municipales y distritales. Las sumas recaudadas por concepto de permisos de explotación o impuestos generados por estas rifas se transferirán directamente al fonda local o distrital de salud. PARAGRAFO. El Gobierno Nacional reglamentará la organización y funcionamiento de estas rifas, así como su régimen tarifario’.”

20 La Resolución acusada en dicho proceso, señalaba que el juego “esferódromo” obedecía a la naturaleza de juego de suerte y habilidad como lo pretendía su inventor. Por su parte, la Alcaldía consideró que se trataba de un juego de suerte y azar, y como éstos se encontraban prohibidos, ella se opuso a que el juego en cuestión fuera patentado y explotado.

21 Copia de este fallo consta en los folios 57 a 86 del expediente. En un aparte de dicho fallo, el Consejo de Estado señala que en concepto del Tribunal Administrativo de Cundinamarca “el ‘esferódromo’ no corresponde a la definición de juego de suerte y azar, por cuanto en él sí puede el jugador de buena fe, con alguna capacidad de observación, inclinar la suerte a su favor” (Cfr. folio 93 del expediente). Más adelante, se cita el informe pericial solicitado por el Consejo de Estado, en el que se señala: “Éste [se refiere al juego de “esferódromo”], como la mayoría de los juegos, es de carácter mixto, porque interviene a más de la inteligencia, una parte de suerte; [...]. Por lo anterior y desarrollado el juego Esferódromo en condiciones normales, es decir, sujeto a las reglas que se nos indicaron en la diligencia de inspección ocular, conceptuamos que se trata de un juego de observación, con predominio de la inteligencia sobre la suerte” (Cfr. folio 97 del expediente). El Consejo de Estado concluye: “La nueva prueba practicada por orden de esta Sala refuerza las producidas en el proceso administrativo e inclinan su criterio en el sentido de que los exámenes periciales están bien fundados y de que el juego denominado “ESFERÓDROMO” puede, por consiguiente, permitirse”.

22 Por ejemplo, el numeral 18 del artículo 62 del Decreto-Ley 1222 de 1986 establece que es función de las asambleas “[r]eglamentar y gravar los juegos permitidos”.

23 Por ejemplo, el artículo 17 del Acuerdo 15 de 1987, expedido por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá incluía en la categoría de suerte y habilidad actividades tales como el esferódromo, el punto y banca, la veintiuna, el póker, el rummy, el king y el bridge.

24 De hecho, es del caso observar que en dicho fallo se afirmó lo siguiente: “Los juegos permitidos, en que la suerte es un factor preponderante, aún cuando la inteligencia del jugador de buena fe pueda aumentar el número de posibilidades a su favor, son apenas juegos tolerados [...]. Esa tolerancia no puede servir para colocarlos en pié de igualdad con diversiones sanas, como son todas aquellas en que se rodea y enriquece el espíritu o se ejercitan y desarrollan las facultades corporales”. Con base en dicho argumento, el Consejo de Estado autorizó la patente del juego de “esferódromo” y su explotación económica, siempre y cuando éstos funcionaran “con un tablero luminoso que indique claramente al público el orden de llegada de las bolas” y que sólo funcionaran “en establecimientos a donde no tengan acceso los menores de edad”.

25 La Resolución N° 46 de 1992 “Por la cual se reglamenta el funcionamiento de un juego de suerte y azar denominado “JUEGO DE ESFERODROMO”, expedida por Ecosalud, indica en su artículo 2°: ““El juego del “ESFERODROMO” se realiza en una pista inclinada y perfectamente delimitada, en cuya parte superior en una base especial, se colocan aleatoriamente once (11) bolas, del mismo tamaño y peso, de las cuales diez se encuentran numeradas del número uno (1) al diez (10) y una bola sin numerar. Una vez se acciona el dispensador, las bolas se deslizan por la pista hasta llegar a una base circular y concava en la cual giran, y se introducen al azar, una por una, dentro del orificio que se encuentra en el centro de la parte inferior de la pista. Por el orificio no puede pasar más de una bola al tiempo. El número que representa la primera bola en introducirse dentro del orificio de la base circular, es el número ganador. Junto a la pista se coloca la mesa de las apuestas en donde deben aparecer las casillas con numeración similar a la impresa en las bolas, incluida la bola blanca y espacios adicionales para las apuestas complementarias “PARES”, “IMPARES”, “MAYORES” y “MENORES”. En cada casilla numerada de esta mesa los apostadores colocarán las fichas que representan sus apuestas”.

26 En efecto, en la Sentencia C-1114 de 2001 (M.P. Alvaro Tafur Galvis), se afirmó: “Mediante Sentencia del 9 de abril de 1991 [M.P. Simón Rodríguez Rodríguez] la Corte Suprema de Justicia se pronunció acerca de la constitucionalidad del mencionado artículo desde la perspectiva de la supuesta violación del artículo 31 de la Constitución Política entonces vigente pues, en sentir del actor en ese proceso, el artículo 42 no autorizó o consignó la autorización al gobierno nacional para proceder a la indemnización de las personas jurídicas (sociedades) o naturales que quedan privadas del ejercicio de una actividad lícita”.

27 Ver, sentencia C-154 de 1996. MP Antonio Barrera Carbonell.

28 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-540 de 2001 MP. Jaime Córdoba Triviño.

29 Sentencia C-1191 de 2001; M.P. Rodrigo Uprimny Yepes (En esta sentencia, la Corte Constitucional conoció de una demanda contra varios de los artículos de la Ley 643 de 2001. Uno de los temas analizados en aquella ocasión por la Corte fue el relativo a la naturaleza de los monopolios en tanto que arbitrios rentísticos, a la luz de la Constitución Política).

30 La Corte aclara que el Gobierno Nacional no ha reglamentado aún estos contratos, de acuerdo con el inciso 2° del artículo 33 de la Ley 643 de 2001. En efecto, el inciso 2° del artículo 33 de la Ley 643 de 2001 señala: “El Gobierno Nacional a través del reglamento preparará y aprobará un modelo de minuta contractual denominado “Contrato de Concesión para la operación de juegos de suerte y azar localizados a través de terceros”, aplicable a los contratos que se celebren entre la dependencia o entidad administradora de monopolio y el concesionario. Tal minuta contendrá el objeto y demás acuerdos esenciales que de conformidad con la presente ley, y las disposiciones sobre contratación estatal, sean aplicables al contrato de concesión”.