

Sentencia C-1191/01

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos mínimos/DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Cargo concreto

La Corte recuerda que si bien la acción de inconstitucionalidad es pública y no está sometida a formalidades especiales, sin embargo los demandantes tienen unas cargas mínimas que cumplir para que esta Corporación pueda pronunciarse de fondo. En particular, corresponde a los actores precisar con claridad la disposición acusada y formular una acusación susceptible de ser debatida “mediante el trámite propio del control constitucional abstracto, lo cual implica que el demandante debe formular un cargo concreto, de naturaleza constitucional, contra una norma legal”.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Acusación general contra totalidad de disposiciones

PROCESO LEGISLATIVO-Principios/PRINCIPIOS DE IDENTIDAD Y CONSECUTIVIDAD EN PROCESO LEGISLATIVO-Aplicación/PRINCIPIO DE IDENTIDAD EN PROCESO LEGISLATIVO-Flexibilidad

COMISION ACCIDENTAL-Finalidad

COMISION ACCIDENTAL-Discrepancias sobre naturaleza jurídica de entidad creada

COSA JUZGADA RELATIVA-Aplicación

MONOPOLIO-Concepto en materia económica/MONOPOLIO RENTISTICO-Establecimiento excepcional

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 servicio; 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, 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 obligaciones.

MONOPOLIO RENTISTICO-No coincide con reserva de ciertas actividades estratégicas o servicios públicos/MONOPOLIO RENTISTICO Y TRIBUTO-Distinción

MONOPOLIO RENTISTICO-Discusiones en Asamblea Constituyente

MONOPOLIO RENTISTICO-Antecedentes históricos

MONOPOLIO RENTISTICO-Regulación estricta

MONOPOLIO RENTISTICO-Elementos del régimen propio

La Carta establece que estas actividades están sujetas a un régimen jurídico “propio”, que deberá ser desarrollado por una ley de iniciativa gubernamental. La propia Carta configura algunos de los elementos de ese régimen propio. De esta manera, el artículo 336 superior

establece que (i) todo monopolio rentístico busca satisfacer una finalidad de interés público, (ii) debe constituir un arbitrio rentístico y (iii) es necesaria la indemnización previa a los individuos que se vean privados de su ejercicio. Además, esa misma disposición (iv) predetermina la destinación de algunas de esas rentas, (v) ordena la sanción penal de la evasión fiscal en estas actividades y (vi) obliga al Gobierno a liquidar estos monopolios si no demuestran ser eficientes.

La Corte ha diferenciado las fuentes de financiación con que cuentan las entidades territoriales y ha indicado que existen ciertos recursos que provienen de las transferencias de la Nación, o de la participación en ingresos del Estado, los cuales, por tener origen externo, son calificados como recursos de fuente exógena. Así mismo, ha señalado que existen otros dineros cuyo origen está en la jurisdicción de la respectiva entidad, en virtud de un esfuerzo propio, por decisión política de las autoridades locales o seccionales, o provenientes de la explotación de bienes que son de su propiedad exclusiva, todos ellos conocidos como recursos de fuente endógena. Esta distinción, como ya se señaló, cobra relevancia para efectos de determinar hasta qué punto el legislador y el gobierno pueden intervenir en la regulación, destinación y manejo de dichos recursos, sin afectar la autonomía territorial.

RECURSOS DE ENTIDADES TERRITORIALES-Criterios de establecimiento de fuente endógena o exógena

Esta Corporación ha señalado que existen tres criterios a los cuales debe recurrir el intérprete para establecer si una fuente de financiación es endógena o exógena. El primero de ellos, el criterio formal, supone acudir al texto de la ley para identificar si ella indica expresamente cuál es la entidad titular de un tributo. El segundo, el criterio orgánico, consiste en la identificación del ente encargado de imponer la respectiva obligación tributaria. Por último, el criterio material estima que una fuente es endógena cuando las rentas que ingresan al patrimonio se recaudan integralmente en la jurisdicción y se destinan a sufragar gastos de la entidad territorial, sin que existan elementos sustantivos para considerar la renta como de carácter nacional. En caso de conflicto en la aplicación de estos criterios, o cuando puedan conducir a soluciones contradictorias, la Corte ha indicado que debe preferirse lo sustancial sobre las manifestaciones meramente formales del legislador.

MONOPOLIO RENTISTICO-Implicaciones del régimen propio

MONOPOLIO RENTISTICO-Atribución legislativa de regulación general

La Constitución atribuye al Legislador la regulación general del régimen de estos monopolios. Esto significa que corresponde a una autoridad nacional, el Congreso, establecer no sólo qué tipos de actividades constituyen o no monopolios rentísticos sino también el régimen jurídico que rige la organización, control y explotación de esas actividades.

MONOPOLIO RENTISTICO-Enajenación o liquidación por Gobierno Nacional

MONOPOLIO RENTISTICO-Alcance del régimen propio

MONOPOLIO RENTISTICO-En principio debe existir regulación especial de alcance nacional

La Carta ha establecido que, en principio, debe existir una regulación especial de alcance

nacional de los monopolios rentísticos, sin perjuicio de que la propia ley, en desarrollo del principio autonómico, pueda distribuir competencias y asignar funciones para la regulación de algunos aspectos de esas actividades a las entidades territoriales.

MONOPOLIO RENTISTICO DE ENTIDADES TERRITORIALES-Protección/MONOPOLIO RENTISTICO DE ENTIDADES TERRITORIALES-Regulación legislativa

La protección que el artículo 362 de la Carta confiere a las rentas de los monopolios de las entidades territoriales, cuando el legislador les atribuya la titularidad de algunas de ellas, recae sobre los recursos que efectivamente se obtienen. Esto significa que una vez han ingresado esos dineros al patrimonio de la entidad territorial, no podría la ley, salvo los casos excepcionales previstos por la propia Carta, despojar al departamento o al municipio respectivo de esos recursos para trasladarlos a la Nación. Pero eso no significa que esa renta proveniente de un monopolio de la entidad territorial escape a la regulación legal y sea de disposición plena por las entidades territoriales, pues no sólo corresponde a la ley fijar el régimen propio de dichos monopolios sino que, además, la propia Carta determina ciertos elementos de ese régimen. Pero es más: esos dineros, en la medida en que tienen la protección propia de la propiedad privada, quedan también sujetos a sus cargas y limitaciones, como lo prevé el artículo 58 de la Carta. Finalmente, la Corte destaca que la atribución a una entidad territorial de una renta derivada de uno de estos monopolios no excluye el respeto al principio democrático y a la competencia funcional del Congreso, quien en determinado momento puede introducir modificaciones, restricciones, o incluso suprimir la titularidad de las rentas o de la explotación de aquellos, de manera análoga a como opera en el ámbito tributario.

MONOPOLIO RENTISTICO DE ENTIDADES TERRITORIALES-Supresión o traslado a la Nación por ley

MONOPOLIO RENTISTICO DE ENTIDADES TERRITORIALES-Regulación legislativa amplia

La Corte considera que, por tratarse de un régimen propio, la Constitución confiere al legislador una amplia facultad de regulación en materia de monopolios rentísticos, pudiendo ceder o no la titularidad de algunas rentas (o la explotación de monopolios) a las entidades territoriales, e imponer las limitaciones, condicionamientos o exigencias que estime necesarias, todo ello sin perjuicio de la facultad de estas últimas de disponer de los recursos obtenidos en la explotación de sus monopolios, y siempre y cuando se destinen a los fines para los cuales fueron previstos. Por ello, resulta erróneo afirmar que constitucionalmente las entidades territoriales gozan de amplia autonomía política y financiera en cuanto a la explotación de los monopolios rentísticos se refiere.

MONOPOLIO RENTISTICO DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-Categoría especial de recursos con amplio margen de configuración por legislador

MONOPOLIO RENTISTICO DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-No constituye recursos endógenos

COSA JUZGADA RELATIVA-Acusación general de norma

MONOPOLIO RENTISTICO-Reserva de ley no absoluta

MONOPOLIO RENTISTICO-Reglamentación por autoridad administrativa

La Corte reitera los anteriores criterios, según los cuáles la reserva legal sobre el establecimiento de los monopolios rentísticos y la fijación de su régimen propio no impide que algunos aspectos de la regulación de esas actividades, que no fueron desarrollados ni tuvieron reserva de ley, puedan ser reglamentadas por la autoridad administrativa. Y es que a la ley corresponde obligatoriamente “fijar” el régimen propio al que están sometidos “la organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos”. Pero eso no significa que la ley deba necesariamente agotar todo el contenido de esta regulación, pues a ella corresponde únicamente “fijar” ese régimen, esto es, delimitar y estabilizar su alcance, estableciendo los elementos normativos básicos que definen la organización, administración, control y explotación de estas actividades. En tal contexto, la ley simplemente reafirma la posibilidad que tiene el Gobierno para definir, en virtud de la potestad reglamentaria, algunos elementos puntuales, técnicos y cambiantes del régimen. Esa expresa intención no es inconstitucional, pues por tratarse de una ley de naturaleza ordinaria, el legislador simplemente reconoce las atribuciones constitucionales del Gobierno.

MONOPOLIO RENTISTICO Y AUTONOMIA DE ENTIDADES TERRITORIALES

CONSEJO NACIONAL DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-Creación legal

MONOPOLIO RENTISTICO-Creación legal de organismo asesor del Gobierno

EMPRESA TERRITORIAL PARA LA SALUD-Creación

ENTIDAD NACIONAL-Creación legal

SOCIEDADES DE CAPITAL PUBLICO DEPARTAMENTAL-Creación

MONOPOLIO RENTISTICO-Titularidad de rentas y titularidad para explotación

MONOPOLIO RENTISTICO-Modalidades de desarrollo por legislador

MONOPOLIO RENTISTICO DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-Establecimiento legal de condicionamientos contractuales y procedimientos específicos

CONTROL JUDICIAL DE LA IGUALDAD DE TRATO

IGUALDAD O DESIGUALDAD-No absoluta

IGUALDAD-Trato diferente de dos grupos de situaciones o personas

PRINCIPIO DE IGUALDAD-Alcance

Este principio exige que deben ser tratadas de la misma forma dos situaciones que sean iguales, desde un punto de vista o tertium comparationis, que sea relevante, de acuerdo a la finalidad perseguida por la norma, o por la autoridad política.

CONTROL JUDICIAL DE LA IGUALDAD-Alcance

JUICIO DE IGUALDAD-Modulación de intensidad

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA IGUALDAD-Rigurosidad por margen de apreciación restringido del legislador

Entre mayor es la libertad de configuración del legislador en una materia, más deferente debe ser el control constitucional del respeto de la igualdad, mientras que ese escrutinio judicial debe ser más riguroso cuando el Legislador utiliza criterios o regula esferas en donde su margen de apreciación ha sido restringido por la propia Constitución.

JUICIO DE IGUALDAD EN LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA-Modulación

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MONOPOLIO RENTISTICO-Escrutinio flexible

JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-Regulación diferente por características distintas

MONOPOLIO RENTISTICO-Operancia por terceros en ciertos juegos

MONOPOLIO RENTISTICO DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-Derechos de explotación y gastos administrativos

NORMA ACUSADA-Interpretación errónea/COSA JUZGADA RELATIVA-Acusación carente de fundamento

CRUZ ROJA DE COLOMBIA-Persona jurídica

LOTERIA DE LA CRUZ ROJA DE COLOMBIA-Explotación y sujeción a la ley

CRUZ ROJA-Especial entidad de utilidad común/LOTERIA DE LA CRUZ ROJA DE COLOMBIA-Continuación de explotación

La Cruz Roja es una especial entidad de utilidad común que presta servicios de salud, lo cual justifica la autorización para continuar explotando su lotería tradicional, pero sin que por este hecho se haga extensiva la facultad a cualquier entidad de carácter privado pues, insiste la Corte, es esa especial naturaleza la que autoriza la excepción legal.

LOTERIA DE LA CRUZ ROJA DE COLOMBIA-Rentas destinadas exclusivamente a salud

JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-En principio pueden ser gravados

Referencia: expediente D- 3460

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2 a 9, 12 a 15, 17 a 19, 21, 22, 24, 25, 28, 29, 31, 33, 36, 39 a 42, 46, 47, 49, 50 y 51, parciales de la Ley 643 de 2001

Actor: Efraín Gómez Cardona

Temas: - Naturaleza de las rentas provenientes de monopolios rentísticos, autonomía territorial, reserva legal y principio de igualdad.

Magistrado Ponente (E):

Dr. RODRIGO UPRIMNY YEPES

Bogotá, D.C., noviembre quince (15) de dos mil uno (2001).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Efraín Gómez Cardona demandó parcialmente los artículos 2 a 9, 12 a 15, 17 a 19, 21, 22, 24, 25, 28, 29, 31, 33, 36, 39 a 42, 46, 47, 49, 50 y 51 de la Ley 643 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 esta clase de procesos, la Corte decide acerca de la demanda de la referencia.

II. NORMA DEMANDADA.

El actor señala en su demanda que acusa “las normas que se transcriben de la Ley 643 de 2.001” y que procederá a subrayar los apartes que considera contrarios a la Carta. Sin embargo, el demandante transcribe varios artículos de esa ley, de los cuales no subrayó ningún aparte. La Corte entiende que, por las razones que se señalarán en la parte motiva de esta sentencia, en esos eventos, los cargos estaban dirigidos contra la totalidad del artículo.

A continuación, se transcriben entonces los artículos demandados de la Ley 643 de 2001, conforme a su publicación en el Diario Oficial No 44.294 del 17 de enero de 2001. En aquellos casos en que la acusación es parcial, se subrayan los apartes demandados.

Ley 643 de 2001

(Enero 16)

“Por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico
de juegos de suerte y azar”

El Congreso de Colombia

DECRETA:

CAPITULO I

Aspectos generales

(...)

“Artículo 2°. Titularidad. Los departamentos, el Distrito Capital y los municipios son titulares de las rentas del monopolio rentístico de todos los juegos de suerte y azar, salvo los recursos destinados a la investigación en áreas de la salud que pertenecen a la nación.

El monopolio rentístico de juegos de suerte y azar será ejercido de conformidad con lo dispuesto en la presente ley. La explotación, organización y administración de toda modalidad de juego de suerte y azar estará sujeta a esta ley y a su reglamentación, expedida por el Gobierno Nacional, la cual es de obligatoria aplicación en todo el territorio del país, cualquiera sea el orden o nivel de gobierno al que pertenezca la dependencia o entidad administradora bajo la cual desarrolle la actividad el operador. La vigilancia será ejercida por intermedio de la Superintendencia Nacional de Salud.

Parágrafo. Los distritos especiales se registrarán en materia de juegos de suerte y azar, por las normas previstas para los municipios y tendrán los mismos derechos.”

“Artículo 3°. Principios que rigen la explotación, organización, administración, operación, fiscalización y control de juegos de suerte y azar. La gestión de juegos de suerte y azar se realizará de acuerdo con los siguientes principios:

a) Finalidad social prevalente. Todo juego de suerte y azar debe contribuir eficazmente a la financiación del servicio público de salud, de sus obligaciones prestacionales y pensionales;

b) Transparencia. El ejercicio de la facultad monopolística se orientará a garantizar que la operación de los juegos de suerte y azar, esté exenta de fraudes, vicios o intervenciones tendientes a alterar la probabilidad de acertar, o a sustraerla del azar;

c) Racionalidad económica en la operación. La operación de juegos de suerte y azar se realizará por las entidades estatales competentes, o por los particulares legalmente autorizados o por intermedio de sociedades organizadas como empresas especializadas, con arreglo a criterios de racionalidad económica y eficiencia administrativa que garanticen la rentabilidad y productividad necesarias para el cabal cumplimiento de la finalidad pública y social del monopolio. Los departamentos, el Distrito Capital de Bogotá y los municipios explotarán el monopolio por intermedio de la dependencia o entidad establecida para tal fin;

d) Vinculación de la renta a los servicios de salud. Toda la actividad que se realice en ejercicio del monopolio, debe tener en cuenta que con ella se financian los servicios de salud y esa es la razón del monopolio. Dentro del concepto de Servicios de Salud se incluye la financiación de éstos, su pasivo pensional, prestacional y, los demás gastos vinculados a la investigación en áreas de la salud. Los recursos obtenidos por los departamentos, Distrito Capital de Bogotá y los municipios como producto del monopolio de juegos de suerte y azar, se deberán transferir directamente a los servicios de salud en la forma establecida en la presente ley y emplearse para contratar directamente con las empresas sociales del Estado o entidades públicas o privadas la prestación de los servicios de salud a la población vinculada, o para la afiliación de dicha población al régimen subsidiado.”

“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.

...”

“Artículo 5°. Definición de juegos de suerte y azar. Para los efectos de la presente ley, son de suerte y azar aquellos juegos en los cuales, según reglas predeterminadas por la ley y el reglamento, una persona, que actúa en calidad de jugador, realiza una apuesta o paga por el derecho a participar, a otra persona que actúa en calidad de operador, que le ofrece a cambio un premio, en dinero o en especie, el cual ganará si acierta, dados los resultados del juego, no siendo este previsible con certeza, por estar determinado por la suerte, el azar o la casualidad.

Son de suerte y azar aquellos juegos en los cuales se participa sin pagar directamente por hacerlo, y que ofrecen como premio un bien o servicio, el cual obtendrá si se acierta o si se da la condición requerida para ganar.

Están excluidos del ámbito de esta ley los juegos de suerte y azar de carácter tradicional, familiar y escolar, que no sean objeto de explotación lucrativa por los jugadores o por terceros, así como las competencias de puro pasatiempo o recreo; también están excluidos los sorteos promocionales que realicen los operadores de juegos localizados, los comerciantes o los industriales para impulsar sus ventas, las rifas para el financiamiento del cuerpo de bomberos, los juegos promocionales de las beneficencias departamentales y los sorteos de las sociedades de capitalización que solo podrán ser realizados directamente por estas entidades.

En todo caso los premios promocionales deberán entregarse en un lapso no mayor a treinta (30) días calendario.

Los juegos deportivos y los de fuerza, habilidad o destreza se rigen por las normas que les son propias y por las policivas pertinentes. Las apuestas que se crucen respecto de los mismos se someten a las disposiciones de esta ley y de sus reglamentos.

Parágrafo. El contrato de juego de suerte y azar entre el apostador y el operador del juego es de adhesión, de naturaleza aleatoria, debidamente reglamentado, cuyo objeto envuelve la expectativa de ganancia o pérdida, dependiendo de la ocurrencia o no de un hecho incierto.

Para las apuestas permanentes los documentos de juego deberán ser presentados al operador para su cobro, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha del sorteo; si no son cancelados, dan lugar a acción judicial mediante el proceso verbal de menor y mayor cuantía, indicado en el capítulo primero del título XXIII del Código de Procedimiento Civil. El documento de juego tiene una caducidad judicial de seis (6) meses.”

CAPITULO II

Modalidades de operación de los juegos de suerte y azar, fijación

y destino de los derechos de explotación

“Artículo 6°. Operación directa. La operación directa es aquella que realizan los departamentos y el Distrito Capital, por intermedio de las empresas industriales y comerciales, sociedades de economía mixta y sociedades de capital público establecidas en la presente ley para tal fin. En este caso, la renta del monopolio está constituida por:

a) Un porcentaje de los ingresos brutos de cada juego, que deberán ser consignados en cuenta especial definida para tal fin, mientras se da la transferencia al sector de salud correspondiente en los términos definidos por esta ley;

b) Los excedentes obtenidos en ejercicio de la operación de diferentes juegos, que no podrán ser inferiores a las establecidas como criterio mínimo de eficiencia en el marco de la presente ley. De no lograrse los resultados financieros mínimos, se deberá dar aplicación al séptimo inciso del artículo 336 de la Carta Política;

c) Para el caso de las loterías la renta será del doce por ciento (12%) de los ingresos brutos de cada juego, sin perjuicio de los excedentes contemplados en el literal anterior.”

“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.

La renta del monopolio está constituida por los derechos de explotación que por la operación de cada juego debe pagar el operador.

El término establecido en los contratos de concesión para la operación de juegos de suerte y azar no podrá ser inferior de tres (3) años ni exceder de cinco (5) años.

La concesión de juegos de suerte y azar se contratará siguiendo las normas generales de la contratación pública, con independencia de la naturaleza jurídica del órgano contratante.”

“Artículo 8°. Derechos de explotación. En aquellos casos en que los juegos de suerte y azar se operen por medio de terceros, mediante contrato de concesión o por autorización, la dependencia o entidad autorizada para la administración del respectivo juego del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, percibirá a título de derechos de explotación, un porcentaje de los ingresos brutos de cada juego, salvo las excepciones que consagre la presente ley.

Los derechos de explotación anticipados o causados por operación de terceros deberán ser consignados en cuenta especial para tal fin y ser girados directamente a los servicios de salud o a la entidad que haga sus veces, al Fondo del Pasivo Pensional del Sector Salud correspondiente, dentro de los primeros diez (10) días hábiles del mes siguiente a su recaudo.”

“Artículo 9°. Reconocimiento y fijación de los gastos de administración. En el caso de la modalidad de operación directa, los gastos máximos permisibles de administración y operación serán los que se establezcan en el reglamento; estos se reconocerán a las entidades administradoras del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar por cada modalidad de juego que se explote directamente. Para tal efecto se observarán los criterios de eficiencia establecidos en la presente ley.

Sin perjuicio de los derechos de explotación, cuando el juego se opere a través de terceros, estos reconocerán a la entidad administradora del monopolio como gastos de administración un porcentaje no superior al uno por ciento (1%) de los derechos de explotación.”

CAPITULO III

Régimen de las loterías

(...)

“Artículo 12. Explotación de las loterías. Corresponde a los departamentos y al Distrito Capital la explotación, como arbitrio rentístico, de las loterías tradicionales. Para tal efecto el reglamento distinguirá entre sorteos ordinarios y sorteos extraordinarios con base en el número de sorteos y en el plan de premios a distribuir, siempre procurando la eficiencia de los mismos y las garantías al apostador.

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.

Los derechos de explotación correspondientes a la operación de cada juego, no podrán destinarse para cubrir gastos de funcionamiento y deberán ser girados al correspondiente Fondo de Salud dentro de los primeros diez (10) días hábiles del mes siguiente a la realización del juego.

Parágrafo 1°. La Cruz Roja Colombiana podrá seguir explotando su lotería tradicional. La explotación, operación y demás aspectos de los mismos se regirán por las disposiciones establecidas en la presente ley, y en las normas legales y tratados internacionales que se refieren a la organización y funcionamiento de la Sociedad Nacional de la Cruz Roja Colombiana.

Parágrafo 2°. Los municipios que a la expedición de esta ley, estén explotando una lotería con sorteos ordinarios y/o extraordinarios podrán mantener su explotación en los mismos términos en que fueron autorizados. Los demás aspectos se regirán por las disposiciones establecidas en la presente ley, salvo la operación que será reglamentada por el Gobierno Nacional.”

“Artículo 13. Cronograma de sorteos ordinarios de las loterías. La circulación de las loterías tradicionales es libre en todo el territorio nacional, pero los sorteos ordinarios se efectuarán de acuerdo con el cronograma anual que señale el Gobierno Nacional.

Parágrafo. El cronograma de sorteos ordinarios comenzará a aplicarse seis (6) meses después de la vigencia de la presente ley. Mientras se expide el cronograma a que se refiere

el presente artículo, las loterías existentes a fecha de publicación de la presente ley seguirán realizando sus sorteos con la misma periodicidad con que lo vienen haciendo.”

“Artículo 14. 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.”

“Artículo 15. Explotación asociada. Cada Sociedad de Capital Público Departamental (SCPD) tendrá derecho a explotar directa o indirectamente, un único juego de lotería convencional o tradicional de billetes.

Parágrafo 1°. Los departamentos y el Distrito Capital podrán explotar una lotería tradicional directamente o en forma asociada. Ningún departamento podrá tener participación para la explotación de la lotería en más de una Sociedad de Capital Público Departamental (SCPD).”

“Artículo 17. Relación entre emisión y ventas de loterías. El reglamento expedido por el Gobierno Nacional determinará la relación que debe guardar la emisión de billetería con relación a los billetes vendidos. El cumplimiento de dicha relación será uno de los criterios de eficiencia que se deberá considerar para la aplicación del artículo 336 de la Carta Política.”

“Artículo 18. Plan de premios de las loterías. El plan de premios de las loterías tradicionales o de billetes, será aprobado por el órgano de dirección de la respectiva empresa industrial y comercial del Estado, del orden departamental o distrital, administradora de la lotería, o por el Consejo o Junta Directiva de la respectiva Sociedad de Capital Público Departamental (SCPD) que hayan constituido para la explotación de las mismas, atendiendo los criterios señalados por el Gobierno Nacional, a través del reglamento.”

“Artículo 19. Sorteos extraordinarios de loterías. Los departamentos, el Distrito Capital, la Sociedad Nacional de la Cruz Roja y los municipios autorizados por esta ley, están facultados para realizar anualmente un sorteo extraordinario de lotería tradicional o de billetes. Para este efecto, podrán asociarse entre sí, por intermedio de sus Empresas Industriales y Comerciales administradoras de loterías o de la Sociedad de Capital Público departamental que hayan constituido para la explotación de las mismas. El Gobierno Nacional fijará el cronograma correspondiente.”

CAPITULO IV

Régimen del juego de apuestas permanentes o chance

“Artículo 21. Apuestas permanentes o chance. Es una modalidad de juego de suerte y azar en la cual el jugador, en formulario oficial, en forma manual o sistematizada, indica el valor de su apuesta y escoge un número de no más de cuatro (4) cifras, de manera que si su número coincide, según las reglas predeterminadas, con el resultado del premio mayor de la lotería o juego autorizado para el efecto, gana un premio en dinero, de acuerdo con un plan de premios predefinido y autorizado por el Gobierno Nacional mediante decreto reglamentario.”

“Artículo 22. Explotación del juego de las apuestas permanentes o chance. Corresponde a los departamentos y al Distrito Capital la explotación, como arbitrio rentístico, del juego de las apuestas permanentes o chance. La explotación la podrán realizar directamente por intermedio de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado operadoras de loterías, o por intermedio de las Sociedades de Capital Público Departamental (SCPD) que se autoriza y ordena crear en la presente ley.

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.

Los operadores privados de esta modalidad de juego deberán tener un patrimonio técnico mínimo, otorgar las garantías y cumplir los demás requisitos que para tal efecto les señale el reglamento expedido por el Gobierno Nacional.

Parágrafo. Para los efectos de la presente ley los ingresos provenientes de juegos de apuestas permanentes de Bogotá y Cundinamarca continuarán distribuyéndose en un setenta por ciento (70%) para el Fondo Financiero de Salud de Bogotá y el treinta por ciento (30%) para el Fondo Departamental de Salud de Cundinamarca, descontados los gastos administrativos de la explotación.”

“Artículo 24. Plan de premios. El Gobierno Nacional fijará la estructura del plan de premios del juego de apuestas permanentes o chance que regirá en todo el país y señalará la rentabilidad mínima de este juego atendiendo si fuera del caso diferencias regionales. Los contratos de concesión con operadores que no cumplan con la rentabilidad mínima deberán terminarse unilateralmente sin derecho a indemnización o compensación.

“Artículo 25. Formulario único de apuestas permanentes o chance. El juego de apuestas permanentes o chance operará en todo el territorio nacional en un formulario único preimpreso en papel de seguridad, con numeración consecutiva y con código de seguridad emitido por las empresas administradoras del monopolio rentístico, según formato establecido por el Gobierno Nacional. Los operadores sólo podrán comprar formularios a esas empresas.

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.”

CAPITULO V

Régimen de las rifas de circulación departamental,

municipal y en el Distrito Capital

(...)

“Artículo 28. Explotación de las rifas. Corresponde a los municipios, departamentos, al Distrito Capital de Bogotá, y a la Empresa Territorial para la Salud (ETESA), la explotación, como arbitrio rentístico, de las rifas.

Cuando las rifas se operen en un municipio o el Distrito Capital, corresponde a estos su explotación.

Cuando las rifas se operen en dos o más municipios de un mismo departamento o un municipio y el Distrito Capital, su explotación corresponde al departamento, por intermedio de la Sociedad de Capital Público Departamental (SCPD).

Cuando la rifa se opere en dos o más departamentos, o en un departamento y el Distrito Capital, la explotación le corresponde a ETESA.”

“Artículo 29. 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.”

CAPITULO VI

De la explotación, organización y administración

de los demás juegos

“Artículo 31. Juegos promocionales. Son las modalidades de juegos de suerte y azar organizados y operados con fines de publicidad o promoción de bienes o servicios, establecimientos, empresas o entidades, en los cuales se ofrece un premio al público, sin que para acceder al juego se pague directamente.

Los juegos promocionales generan en favor de la entidad administradora del monopolio derechos de explotación equivalentes al catorce por ciento (14%) del valor total del plan de premios.

Los derechos mencionados deberán ser cancelados por la persona natural o jurídica gestora del juego al momento de la autorización del mismo.

Todos los premios de una promoción deben quedar en poder del público.

La Empresa Territorial para la Salud (ETESA) originada en la asociación de los departamentos y el Distrito Capital, explotará los juegos promocionales en el ámbito nacional y autorizará su realización. Los juegos promocionales del nivel departamental y municipal serán explotados y autorizados por la Sociedad de Capital Público Departamental (SCPD).”

“Artículo 33. 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.

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.”

“Artículo 36. Apuestas en eventos deportivos, gallísticos, caninos y similares. Son modalidades de juegos de suerte y azar en las cuales las apuestas de los jugadores están ligadas a los resultados de eventos deportivos, gallísticos, caninos y similares, tales como el marcador, el ganador o las combinaciones o aproximaciones preestablecidas. El jugador que acierte con el resultado del evento se hace acreedor a un porcentaje del monto global de las apuestas o a otro premio preestablecido.

El monto de los derechos de explotación será el determinado en el reglamento expedido por el Gobierno Nacional, por intermedio del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar.”

“Artículo 39. Empresa Industrial y Comercial del Estado. Créase la Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden nacional, denominada Empresa Territorial para la Salud, Etesa, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculada al Ministerio de Salud, cuyo objeto es la explotación como arbitrio rentístico de los juegos definidos por esta ley como novedosos, los que en la misma expresamente se le asignen y los demás cuya explotación no se atribuya a otra entidad.

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

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

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

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

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

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

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

Parágrafo. A partir de la vigencia de la presente ley se ordena la liquidación de Ecosalud S. A. para lo cual se tendrá como máximo un término de seis (6) meses. En la estructura de la nueva empresa y de acuerdo con las necesidades de la planta de personal serán vinculados los trabajadores de la actual Empresa Colombiana de Recursos para la Salud Ecosalud.”

“Artículo 40. Distribución de los recursos. La distribución de las rentas obtenidas por la Empresa Territorial para la Salud, Etesa, por concepto de la explotación de los juegos novedosos a los que se refiere el artículo 39 de la presente ley se efectuará semestralmente a los cortes de 30 de junio y 31 de diciembre de cada año, de la siguiente forma:

Ochenta por ciento (80%) para los municipios y el Distrito Capital de Bogotá. Veinte por ciento (20%) para los departamentos

El cincuenta por ciento (50%) de cada asignación se distribuirá acorde con la jurisdicción donde se generaron los derechos o regalías y el otro cincuenta por ciento (50%) acorde con los criterios de distribución de la participación de los ingresos corrientes en el caso municipal y del situado fiscal en el caso de los departamentos.”

CAPITULO VII

Declaración de los derechos de explotación

“Artículo 41. Liquidación, declaración y pago de los derechos de explotación. Sin perjuicio del anticipo, los concesionarios y los autorizados para operar juegos de suerte y azar tendrán la obligación de liquidar, declarar y pagar los derechos de explotación mensualmente ante la entidad competente para la administración del respectivo juego del monopolio o las autoridades departamentales, distritales o municipales, según el caso.

La declaración y el pago deberán realizarse dentro de los primeros diez (10) días hábiles del mes siguiente a su recaudo, y contendrá la liquidación de los derechos de explotación causados en el mes inmediatamente anterior.

La declaración se presentará en los formularios que para el efecto determine el reglamento, expedido por el Gobierno Nacional.”

CAPITULO VIII

De las transferencias al sector salud

“Artículo 42. Destinación de las rentas del monopolio al sector salud. Los recursos obtenidos por los departamentos, el Distrito Capital y municipios, como producto del monopolio de juegos de suerte y azar se destinarán para contratar con las empresas sociales del Estado o entidades públicas o privadas la prestación de los servicios de salud a la población vinculada o para la vinculación al régimen subsidiado.

Parágrafo 1°. Los recursos obtenidos, por la explotación del monopolio de juegos de suerte y

azar diferentes del lotto, la lotería preimpresa y la instantánea, se distribuirán de la siguiente manera:

- a) El ochenta por ciento (80%) para atender la oferta y la demanda en la prestación de los servicios de salud, en cada entidad territorial;
- b) El siete por ciento (7%) con destino al Fondo de Investigación en Salud;
- c) El cinco por ciento (5%) para la vinculación al régimen subsidiado contributivo para la tercera edad;
- d) El cuatro por ciento (4%) para vinculación al régimen subsidiado a los discapacitados, limitados visuales y la salud mental;
- e) El cuatro por ciento (4%) para vinculación al régimen subsidiado en salud a la población menor de 18 años no beneficiarios de los regímenes contributivos.

Los recursos que se destinen al Fondo de Investigación en Salud, se asignarán a los proyectos a través del Ministerio de Salud y Colciencias para cada departamento y el Distrito Capital.

Parágrafo 2°. Los anteriores recursos se destinarán a la oferta y a la demanda en la prestación de los servicios de salud. Se contratarán, en proporción a la oferta y la demanda de los servicios de salud, según reglamentación expedida por el Gobierno Nacional, mediante Decreto originario del Ministerio de Salud.

Parágrafo 3°. Los recursos de la lotería instantánea, la lotería preimpresa y del lotto en línea, se destinarán en primer lugar, al pago del pasivo pensional territorial del sector salud, que se viene asumiendo de acuerdo con la Ley 60 de 1993, en forma compartida. Una vez garantizados los recursos para el pago de pensiones el sector salud territorial, se destinará a la financiación de los servicios de salud en los términos establecidos en el parágrafo anterior.”

Fiscalización, control y sanciones en relación

con los derechos de explotación

(...)

“Artículo 46. Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar. Créase el Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, el cual estará integrado por los siguientes miembros:

- El Ministro de Salud, o su delegado, quien lo presidirá.
- El Ministro de Hacienda y Crédito Público, o su delegado.
- Un representante de la Federación Nacional de Gobernadores.
- Un representante de la Federación Colombiana de los Municipios.

- Un representante de las organizaciones sindicales de los trabajadores de la Salud Pública designado por los representantes legales de tales organizaciones.
- Un representante de las asociaciones médicas y paramédicas designado por los representantes legales de tales asociaciones.

A las sesiones del consejo podrá asistir como invitado cuando lo decida el consejo:

El Superintendente Nacional de Salud.

El Director Ejecutivo de la Federación Colombiana de Loterías Fedelco.

El Presidente de la Federación Colombiana de Empresarios de Juegos de Azar Feceazar.

EL Presidente de Fecoljuegos o su delegado.

Un miembro de la asociación nacional de distribuidores de loterías Andelote.

Los servidores públicos o particulares que invite el consejo, con el fin de ilustrar mejor los temas de su competencia.

El Consejo Nacional de juegos de suerte y azar estará adscrito al Ministerio de Salud.

La Secretaría técnica, será ejercida por un funcionario del Ministerio de Salud designado por el Ministro del ramo.

El Ministerio de Salud garantizará el apoyo logístico necesario para el adecuado funcionamiento del consejo nacional de juegos de suerte y azar.”

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

1. Aprobar y expedir los reglamentos y sus modificaciones de las distintas modalidades de juegos de suerte y azar.
2. Determinar los porcentajes de las utilidades que las empresas públicas operadoras de juegos de suerte y azar, podrán utilizar como reserva de capitalización y señalar los criterios generales de utilización de las mismas. Así mismo, determinar los recursos a ser utilizados por tales empresas como reservas técnicas para el pago de premios.
3. Autorizar los tipos o modalidades de juegos de suerte y azar extranjeros, que podrán venderse en Colombia, al igual que el régimen de derechos de explotación aplicables a los mismos, derechos que no podrán ser inferiores a los establecidos para juegos nacionales similares.
4. Preparar reglamentaciones de ley de régimen propio, y someterlas a consideración del Presidente de la República.
5. Emitir conceptos con carácter general y abstracto sobre la aplicación e interpretación de la

normatividad que rige la actividad monopolizada de los juegos de suerte y azar.

6. Darse su propio reglamento.

7. Las demás que le asigne la ley.”

CAPITULO X

Régimen tributario

(...)

“Artículo 49. Prohibición de gravar el monopolio. Los juegos de suerte y azar a que se refiere la presente ley no podrán ser gravados por los departamentos, distrito o municipios, con impuestos, tasas o contribuciones, fiscales o parafiscales distintos a los consagrados en la presente ley. La explotación directa o a través de terceros de los juegos de suerte y azar de que trata la presente ley no constituye hecho generador del Impuesto sobre las Ventas IVA.

Los Juegos de Suerte y Azar cuyos derechos de explotación no hayan sido establecidos en esta ley, causarán derechos de explotación equivalentes por lo menos, al diecisiete por ciento (17%) de los ingresos brutos.”

Disposiciones relativas a la eficiencia del monopolio

rentístico de juegos de suerte y azar

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

- Ingresos.
- Rentabilidad.
- Gastos de administración y operación; y
- Transferencias efectivas a los servicios de salud.

Cuando una empresa industrial y comercial del Estado o Sociedad de Capital Público Departamental (SCPD), cuyo objeto sea la explotación de cualquier modalidad de juego de suerte y azar, presente pérdidas durante tres (3) años seguidos, se presume de pleno derecho que no es viable y deberá liquidarse o enajenarse la participación estatal en ella, sin perjuicio de la intervención a la que podrá someterla la Superintendencia Nacional de Salud, una vez que la evaluación de los indicadores de gestión y eficiencia previo concepto del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar.”

“Artículo 51. Competencia para la fijación de indicadores de gestión y eficiencia. Los indicadores que han de tenerse como fundamento para calificar la gestión, eficiencia y

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

III. LA DEMANDA

Para el actor, los artículos 2º, 3º literal d), 4, 5, 6, 7, 8, 9, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 21, 22, 24, 25, 28, 29, 31, 33, 36, 39, 41, 42, 46, 47, 49, 50 y 51 acusados, vulneran los artículos 1º, 209, 287 numerales 2º y 3º, 300, 336 y 362 de la Constitución, en cuanto desconocen el principio de autonomía política y financiera de las entidades territoriales.

En criterio del demandante, el artículo 2º acusado establece con claridad que las rentas de los departamentos y municipios generadas por el monopolio de juegos de suerte y azar son rentas endógenas, con la única excepción del porcentaje destinado a la investigación en salud, que corresponde a una renta nacional. Por tal motivo, considera que el legislador no tiene la facultad de incidir en la administración financiera de tales rentas, cuya única limitación está dada por el destino de las mismas, esto es, los servicios de salud.

De otro lado, el demandante advierte que si la ley señaló a los departamentos, el Distrito Capital y los municipios como titulares de las rentas del monopolio de los juegos de suerte y azar, no puede entonces concebir la creación de una entidad descentralizada del orden nacional (ETESA), para explotar como arbitrio rentístico los “juegos novedosos” y los demás juegos no asignados expresamente (artículo 39).

A su juicio, la creación obligada de una empresa industrial y comercial del Estado para la administración de loterías o apuestas permanentes, la de una sociedad de capital público para las rifas, o la cesión a terceros de la operación de apuestas permanentes, supone la generación de costos que podrían ser innecesarios y contrarían el criterio de eficiencia en la función administrativa. Precisa también que la obligación de entregar a terceros la operación de juegos novedosos, apuestas permanentes y rifas, permite que ellos se queden con una parte de la renta, disminuyendo así los recursos para la salud.

En cuanto tiene que ver con la adscripción del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar al Ministerio de Salud (artículo 46), el actor sostiene que afecta la autonomía, pues de esta manera se intensifica el control de tutela a cargo de un ente nacional sobre un órgano que tiene naturaleza intraterritorial, regulador de la administración de recursos endógenos.

Así mismo, reitera que si la ley no puede ocuparse de regular el manejo, administración y

disposición de esta clase de rentas, mucho menos puede cederse esta facultad al Gobierno Nacional mediante reglamento, como lo prevé la ley. Concluye entonces que las siguientes disposiciones deben ser declaradas inexecutable: la parte final del artículo 2º, el párrafo 2º del artículo 12, la parte final del artículo 13, los apartes subrayados de los artículos 17, 18, 19, 20, la parte final del artículo 21, los artículos 24 y 25, el segundo inciso del artículo 33, el párrafo final del artículo 36, la última frase del artículo 41, el párrafo segundo del artículo 42, el numeral 4º del artículo 47, y los artículos 50 y 51 de la ley 643 de 2001.

Por otra parte, a juicio del actor, en virtud de la autonomía territorial el legislador no puede señalar que los recursos de las entidades territoriales únicamente serán invertidos mediante la contratación directa y restringiendo la misma a ciertas personas jurídicas (empresas sociales del Estado o entidades públicas o privadas), como lo sugiere la ley en el artículo 3º literal d). Así mismo, observa que de obligarse a las entidades a contar con cuentas especiales definidas para cada juego (artículo 6º literal c y artículo 8º), que para el actor significa cada sorteo, ellas no podrían adelantar las operaciones para obtener renta alguna.

Igualmente, considera una injerencia indebida la limitación impuesta en el artículo 7º de la ley, pues ella no puede restringir el periodo de los contratos de concesión ni de los juegos de apuestas permanentes (artículo 22), so pena de invadir el ámbito de la autonomía territorial.

De manera similar, advierte que el artículo 24 de la ley excede las facultades autorizadas por la Carta al legislador, pues llega al punto de fijar, de manera inflexible, el valor del premio para los chances de cuatro cifras (\$4500 por cada peso apostado), olvidando los avatares del mercado y otros factores como la inflación.

Para el accionante, no es proporcionado ni conforme con la razonabilidad, que el artículo 9º acusado reconozca como gastos de administración, cuando intervienen terceros, un porcentaje tan reducido como el 1% de los derechos de explotación, pues aquellos deben realizar estudios de mercadeo, publicitar el juego y ejercer funciones de fiscalización que incrementan los costos, mientras que, por el contrario, la misma ley prevé para juegos no específicamente regulados (como el denominado Lotto en línea), un 17% de los ingresos brutos como derechos de explotación.

De otro lado, el actor considera que el artículo 22, su párrafo, y los artículos 40, 49, y 58 de la ley son violatorios del artículo 13 de la Constitución.

En primer lugar, porque las normas son exigentes frente a los gastos estatales, pero guardan silencio en relación con la Cruz Roja y su lotería, cuyos recursos, además, no están destinados a los servicios de salud.

En segundo lugar, porque el artículo 22 autoriza que en los casos de Bogotá y Cundinamarca, los gastos administrativos de explotación puedan ser descontados de los ingresos sin limitación alguna, en tanto que para los demás entes territoriales dicha prohibición es taxativa según el artículo 12 de la ley.

En tercer lugar, porque la ley obliga a las empresas a transferir en forma casi inmediata los ingresos de loterías y apuestas permanentes, pues según el artículo 12 ello debe ocurrir dentro de los diez primeros días del mes siguiente, mientras que a la empresa ETESA le autoriza dicha transferencia en forma semestral y sin fijar un tope para gastos de

administración.

Finalmente, porque el artículo 49 acusado conduce a que los municipios no puedan cobrar el impuesto de industria y comercio por los ingresos que los empresarios derivan de su actividad, o a que tales recursos estén exentos del impuesto de renta. Así, según el actor, una cosa es el gravamen de los juegos y otra muy distinta la de los ingresos que los particulares obtienen de los mismos.

Según el actor, el numeral 4º del artículo 47 de la ley atribuye al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, la función de preparar reglamentaciones de ley de régimen propio y someterlas a consideración del Presidente de la República, a quien faculta la reglamentación de la ley (artículos 2, 9, 17, 18, 21, entre otros), todo lo cual despoja a los entes territoriales de una real y efectiva posibilidad de participación, reduciéndolos a meros autores de sugerencias. Advierte entonces que a la luz del artículo 336 de la Carta opera la reserva de ley y, en consecuencia, no puede el Congreso ceder al Gobierno la conducción de esta clase de juegos.

Por último, el demandante cuestiona el artículo 39 de la ley, por cuanto, en su sentir, adolece de un vicio procedimental que vulnera los artículos 1º y 157 de la Constitución. Señala que la Creación de una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, ETESA, no fue tema objeto de discusión en los tres primeros debates, pues en ellos se discutió la creación de una sociedad de capital público, integrada por los entes territoriales. Y advierte que la modificación referida fue incluida en la ponencia para el último debate por sugerencia de la ministra de Salud, siendo esta finalmente aprobada.

IV. INTERVENCIONES

1. Intervención del Ministerio de Hacienda

La ciudadana María Olga Montejó Fernández, actuando en representación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, interviene en el proceso para defender la constitucionalidad de las normas acusadas.

Comienza por señalar que la ley 643 de 2001 establece los criterios de organización, administración, control y explotación de los juegos de suerte y azar, con el fin de fortalecer los ingresos del sector salud, amparar su pasivo pensional y garantizar su viabilidad futura, todo lo cual responde al mandato constitucional asignado al Congreso, en el sentido de expedir el correspondiente régimen de monopolio. Así mismo, destaca la necesidad de establecer una legislación unificada, por cuanto, en su sentir, si cada entidad tuviera la posibilidad de regular aspectos sustantivos, habría tantos regímenes propios como entidades territoriales existen en el país.

De otro lado, la interviniente reconoce que las rentas derivadas de la explotación de los juegos de suerte y azar son rentas endógenas, de las cuales son titulares las entidades territoriales. Sin embargo, advierte que tal autonomía debe ser entendida dentro del marco de competencias asignadas y con el fin de hacer efectivos los derechos, propósito que lejos de contradecir la autonomía, se fortalece con la ley demandada.

Con referencia a la Empresa Territorial para la Salud de orden nacional, ETESA, como forma de administración y explotación de ciertos juegos de suerte y azar (artículo 39 de la ley), precisa que su composición está prevista, entre otros, por 4 representantes de los alcaldes y por 2 representantes de los gobernadores, con lo cual se desvirtúa la injerencia indebida del Gobierno Nacional.

El interviniente considera que la posibilidad de preparar reglamentaciones y emitir algunos conceptos para orientar al Gobierno Nacional, atribuida al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar (artículo 46), permite ampliar la participación de las entidades territoriales y la unificación de criterios de interpretación, pues en ellas también tienen cabida sus delegados.

Finalmente, en cuanto al cargo de vicio en la formación del artículo 39, concluye que se observó el trámite previsto en el artículo 154 de la Carta, pues si bien la denominación fue modificada, a lo largo del proyecto siempre se propuso la creación de una entidad pública del orden nacional.

El ciudadano Bernardo Alfonso Ortega Campo, obrando como representante del Ministerio de Salud, interviene en el proceso y solicita a la Corte declarar exequibles las normas demandadas.

Explica que la ley de monopolios rentísticos reconoce expresamente la titularidad que los departamentos, distritos y municipios tienen sobre las rentas de loterías tradicionales, estableciendo un sistema administrativo y operativo que permite una mayor eficiencia en la posible explotación del mercado de los juegos de suerte y azar, dentro de los criterios de transparencia, racionalidad económica y de gestión, y finalidad social prevalente. Así mismo, estima que las limitaciones previstas en la ley deben examinarse desde la óptica de la necesaria regulación jurídica para toda sociedad, sin que este hecho constituya una interferencia económica del Estado u obstaculice la libre actividad económica.

Finalmente, el interviniente precisa que si bien es cierto las entidades descentralizadas gozan de cierta autonomía para ejercer su actividad técnica y económica, no por ello puede olvidarse que son emanación del Estado y se encuentran encasilladas dentro de su estructura organizacional, más aún cuando los recursos provienen del tesoro público. En este orden de ideas, para el interviniente del Ministerio de Salud, la autonomía administrativa depende de la disposición orgánica que regula el funcionamiento del establecimiento público y no es absoluta, en tanto está sujeta a limitaciones y controles como el de tutela. En consecuencia, considera que la creación de una empresa industrial y comercial del Estado permite coordinar y controlar la prestación de servicios que deben atender los entes descentralizados, sin que su autonomía se vea disminuida.

3.- Intervención de la Superintendencia de Salud

El ciudadano James Hares Chaid Franco Gómez interviene en el proceso y, en representación de la Superintendencia de Salud, defiende la constitucionalidad de las normas acusadas.

Comienza por analizar el artículo 336 de la Carta, destacando que los juegos de suerte y azar son un monopolio, arbitrio rentístico, cuyos recursos están destinados exclusivamente a

atender los servicios de salud que debe prestar el Gobierno central en el territorio colombiano, con base en el criterio de eficiencia. Y considera que como el manejo de tales recursos tiene repercusiones en todo el ámbito nacional, su uso no puede dejarse al libre arbitrio de las políticas territoriales, ni hacerse en forma sectorizada, sino que debe ser susceptible de control y vigilancia por el Gobierno Central y el Congreso.

En segundo lugar, el interviniente justifica la creación de una Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden nacional (ETESA), ante la necesidad de ajustar el desarrollo de esta actividad económica en cabeza de un sujeto independiente del resto de la administración territorial.

De otro lado, explica que fue voluntad del legislador conceder la explotación de algunos juegos de suerte y azar (loterías, rifas y apuestas) a las entidades territoriales pero, comprendiendo que existen otros juegos novedosos susceptibles de realización en todo el territorio nacional, creó una sociedad encargada de su manejo (ETESA), con el fin de destinar tales recursos a los servicios de salud de toda la nación colombiana.

Con relación al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, el interviniente precisa que se trata de un órgano asesor, pero no de decisión, en el cual tienen cabida todos los actores involucrados en la explotación de los juegos, con el propósito de canalizar sus intereses y llevar propuestas de regulación.

Por último, el representante del Ministerio de Salud desestima que haya un trato preferencial en favor de la lotería de la Cruz Roja, por cuanto el parágrafo 1º del artículo 12 de la ley, establece que ella se rige por las disposiciones previstas para las otras loterías.

4.- Intervención de la Cruz Roja Colombiana

El ciudadano Gaspar Caballero Sierra, actuando en representación de la Sociedad Nacional de la Cruz Roja Colombiana, interviene en el proceso y solicita a la Corte declarar exequibles las normas demandadas.

Para el interviniente, el arbitrio rentístico de los juegos de suerte y azar pertenece a la Nación, razón por la cual ellas son rentas especiales, cuya administración y control corresponde directamente a la ley, pero no rentas endógenas de los departamentos y los municipios. En este sentido cuestiona el planteamiento del demandante y lo considera equivocado cuando propone que por tratarse de recursos propios, el legislador no tiene facultad de injerencia alguna.

De otro lado, explica que la ley 80 de 1993, en su artículo 24, numeral 1º, literal l), señala todo lo contrario a lo expuesto por el actor, pues esa norma dispone que las entidades estatales podrán contratar directamente cuando celebren contratos para la prestación de servicios de salud, y que lo mismo se predica en el literal m, respecto de los contratos de empresas sociales públicas o privadas. En estas condiciones, desestima el cargo formulado al respecto.

Con relación al tercer párrafo del artículo 12 de la ley, el interviniente no observa violación alguna de la Carta y, por el contrario, considera que corresponde a un desarrollo (directriz

general) de la explotación, organización y administración del monopolio. Sin embargo, apoyado en la sentencia C-897 de 1999, aclara que no todo lo que reciben las entidades por concepto de su actividad debe destinarse indiscriminadamente a la salud, pues una concepción absoluta no permitiría atender los gastos indispensables para funcionamiento o pago de impuestos, tasas y contribuciones a su cargo.

A juicio del ciudadano, se equivoca el demandante cuando sostiene que la ley establece discriminación al pretender severidad draconiana con gastos de empresas estatales, para guardar silencio con relación a la Cruz Roja y su lotería. Profundiza en este punto y señala que de conformidad con los tratados internacionales ratificados por Colombia y de otras normas nacionales (decreto 313 de 1922, ley 142 de 1937, ley 49 de 1948, decreto 4231 de 1948, ley 2 de 1964, ley 100 de 1993 y decreto 178 de 1996), la Cruz Roja es una genuina entidad prestadora de servicios de salud, encaminada al completo bienestar físico, mental y social, y no solo la ausencia de enfermedad.

Finalmente, explica que la ley demandada solamente prevé la facultad de continuar explotando la lotería tradicional autorizada desde la ley 2ª de 1964, sin que exista impedimento constitucional para ello, más aún cuando la Cruz Roja Colombiana tiene connotaciones de derecho internacional humanitario, y por sus características cumple funciones especiales de carácter público.

5.- Intervención de FASECOLDA

El ciudadano Alejandro Venegas Franco, actuando en nombre propio y en representación de la Federación de Aseguradores Colombianos "FASECOLDA", acude ante la Corte para defender la constitucionalidad de las normas acusadas.

Comienza por precisar la autonomía en el ordenamiento colombiano, como un concepto que no es unívoco y cuya definición debe elaborarse mediante un proceso de interpretación de las normas constitucionales. Sin embargo, destaca dos características esenciales: en primer lugar su naturaleza gradual y relativa, en tanto depende de las limitaciones impuestas para la gestión de sus intereses. Así mismo, indica que el mayor o menor grado de libertad tiene como fin último la consecución del bienestar general, que subyace al concepto de autonomía.

De esta manera, para el interviniente, el artículo 336 de la Carta confiere una atribución expresa y específica al Congreso de la República para que legisle, sin restricción, sobre los monopolios de juegos de suerte y azar, tal como ocurrió con las normas acusadas.

En segundo lugar, el representante de FASECOLDA estima que aún cuando el legislador otorgó la titularidad de las rentas a los departamentos y al Distrito Capital y los Municipios, las mismas no corresponden a recursos propios, ni es predicable ningún tipo de "dominio" frente a la titularidad del monopolio, sino que se trata de una simple "facultad de goce" de la renta, destinada por mandato constitucional, a los servicios de salud.

En tercer lugar, el interviniente considera que la ley 643 de 2001 utiliza la denominación de ETESA para hacer referencia a dos entes diferentes: de un lado, la empresa industrial y comercial del Estado cuyo objeto principal es la explotación de los juegos definidos en la misma ley como novedosos y aquellos cuya explotación no corresponda a otra entidad (artículo 39) y, por el otro, a una ETESA originada en la asociación de los departamentos y el

Distrito Capital, creada con el objeto de explotar los juegos promocionales en el ámbito departamental (artículo 31), sin que ello constituya un vicio de constitucionalidad.

Explica entonces que así como por regla general el legislador otorgó la titularidad de las rentas de los juegos de suerte y azar a los departamentos, el Distrito Capital o los municipios (artículo 2º de la ley), puede también radicar en otros entes diferentes, como es el caso de ETESA, la explotación de determinados juegos, pues está facultado expresamente por el artículo 336 de la Constitución.

Con referencia al Consejo de Juegos de Suerte y Azar, el interviniente advierte en la afirmación del demandante, una errada interpretación por los siguientes motivos: (i) la participación de los ministros de Salud y Hacienda y Crédito Público configura la consagración del principio de armonización de las políticas económicas del Estado y, (ii) el control de tutela y la autonomía no se excluyen, pues el primero se ejerce dentro del ámbito de la descentralización como complemento de la autonomía.

En cuarto lugar, afirma que existe una interpretación errónea frente al concepto “reserva de ley”, por cuanto dicha reserva constituye una prescripción de carácter constitucional en la que se indica que ciertas materias deben ser desarrolladas por el Congreso a través de una ley, pero no impide que una vez cumplido el mandato constitucional se transfiera al reglamento el desarrollo de los preceptos normativos.

De otro lado, en sentir del interviniente, en el acápite de “injerencia indebida en la reglamentación”, el actor esboza simples argumentos de conveniencia ajenos del ámbito de competencia del control efectuado por la Corte Constitucional. Destaca entonces la limitación temporal a los contratos de concesión, el reconocimiento de gastos de administración para el caso de explotación a través de terceros, o la determinación de los futuros contratistas, como asuntos relativos a la discrecionalidad legislativa, cuyo ejercicio no engendra vicio alguno de constitucionalidad.

Por último, advierte que la ley 643 de 2001 simplemente está reiterando lo señalado expresamente en la ley 80 de 1993 y su decreto complementario 855 de 1994, en cuanto tiene que ver con la contratación directa en materia de servicios de salud.

6.- Intervención de FECEAZAR

El ciudadano Omar Flórez Vélez, en su calidad de presidente y representante legal de la Federación Colombiana de Empresarios de Juegos de Suerte y Azar, FECEAZAR, acude ante la Corte para defender la constitucionalidad de las disposiciones demandadas.

Según su parecer, las rentas del Estado provenientes del monopolio de juegos de azar se hallan sometidas a un régimen propio, especial, autónomo y concentrado, diferenciado de las rentas comúnmente denominadas endógenas o exógenas. Sin embargo, considera que aquellas encajarían más en la modalidad de “exógenas”, por ser un ingreso otorgado y cedido mediante ley, del cual su dueño o propietario inicial era el Estado.

En este orden de ideas, afirma que la ley 643 de 2001 es producto de la orden impartida en el artículo 336 superior, y en nada limita las rentas provenientes de la explotación de los

monopolios de las entidades territoriales, sino que, por el contrario, fija quiénes serán sus titulares (la nación y las entidades territoriales por medio de cesión), lo cual es válido porque el Estado es el primer, único y exclusivo dueño del monopolio.

Por otra parte, a juicio del interviniente, es ilógico pretender que la administración y organización del monopolio estatal se realice a través de ordenanzas departamentales y acuerdos municipales como lo sugiere el actor, aunque tampoco puede rechazarse que el legislador delegue algunos aspectos.

Así mismo, indica que la operación a través de terceros corresponde a una realidad mundial de la explotación de los juegos de azar. El ciudadano explica que si bien las loterías han sido tradicionalmente operadas por el Estado, los demás juegos se entregan al sector privado para que éste pague una contraprestación (derechos de explotación), disponga de unos recursos para la entidad administradora del monopolio (gastos de administración), y aporte su maquinaria, experiencia y tecnología en los juegos de suerte y azar. Por ello considera que la ley acusada puede determinar los modos de explotar, la calidad de los operadores privados, los procedimientos de contratación o autorización y la duración misma de los contratos, siendo la ley 80 de 1993, en este último aspecto, de carácter supletoria.

En cuanto tiene que ver con el plan de premios de apuestas permanentes o chance, el interviniente explica que la ley introdujo el juego de cuatro cifras y mantuvo el de tres cifras, señalando transitoriamente un plan de premios (artículo 24), mientras el Gobierno Nacional expide uno nuevo.

Culmina su participación oponiéndose a la apreciación del demandante respecto de la imposibilidad que tendrían los municipios para exigir a los empresarios el pago de impuestos, explicando que ni las loterías ni las apuestas permanentes han sido objeto de ningún impuesto del orden territorial, no por intereses particulares, sino en razón a su actividad desempeñada y a las cargas adicionales cuando se trata de operación a través de terceros (gastos de explotación y gastos de administración). Y concluye tachando de absurda la apreciación del actor, cuando afirma que la explotación de los juegos de suerte y azar está exenta del impuesto de renta, toda vez que la norma no indicó tal exención.

V. DEL CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN.

El Procurador General de la Nación Edgardo Maya Villazón, mediante concepto No. 2603, solicita a la Corte que declare exequibles las normas acusadas, pero que limite la cosa juzgada a los cargos formulados.

Comienza por precisar que la autonomía debe entenderse dentro de la concepción de Estado Unitario, no solo con sujeción a las prescripciones constitucionales, sino también a lo que expresamente determine el legislador, quien está facultado para intervenir aún en aquellos casos en que los recursos de los entes territoriales sean clasificados como endógenos, con el fin de asegurar la uniformidad macroeconómica de la Nación. Considera que si bien la ley instituyó a los departamentos, al Distrito Capital y a los municipios como titulares de las rentas producto del monopolio de todos los juegos de suerte y azar, no por ello el legislador debía renunciar a la facultad que el Constituyente le delegó en el artículo 336 de la Carta. Por tanto, para el Ministerio Público no es de recibo el cargo por violación del principio de

autonomía territorial, más aún cuando, en su sentir, los parámetros señalados en el ley 643 de 2001 aseguran el adecuado funcionamiento de un sistema que tiene dimensión y alcance nacional.

De otro lado, la Vista Fiscal encuentra constitucionalmente válida la creación del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar como un organismo adscrito al Ministerio de Salud, toda vez que por medio del control de tutela se busca asegurar el funcionamiento adecuado y uniforme del sistema, orientar la política global, y vigilar e inspeccionar las entidades vinculadas a la explotación del arbitrio rentístico y a las prestadoras de servicios asistenciales, entre otras.

Explica entonces que las normas demandadas armonizan con la Carta, pues a los entes territoriales se les garantiza la autonomía en el manejo, administración y monopolio del arbitrio rentístico, pero con sujeción a las limitaciones que impone la ley, cuyo objetivo consiste en dar coherencia y homogeneidad al sistema.

A juicio del Procurador, la discriminación alegada frente a la Cruz Roja y a su lotería no tiene sustento alguno, toda vez que el propio artículo 12 de la ley la sujeta a las regulaciones generales allí previstas, aún cuando toma en consideración otras normas y tratados internacionales referidos a dicha organización. Esto último se justifica, en sentir del Ministerio Público, debido a la naturaleza especial y el carácter de persona jurídica sujeto de derecho internacional que tiene la Cruz Roja.

Con relación al párrafo del artículo 22 que, en su sentir, excluye únicamente al departamento de Cundinamarca y al Distrito Capital para descontar los gastos administrativos de operación, tampoco encuentra violación del derecho a la igualdad.

Explica que si bien es cierto hay un trato diferente, ello obedece también a circunstancias diversas, pues en el caso de Bogotá existe un régimen jurídico propio, con relaciones tributarias especiales, generadas por los fenómenos de conurbación y las especiales relaciones que tiene con el Departamento de Cundinamarca, en la medida que es su capital.

Así, el Ministerio Público concluye que la norma asigna a los dos entes territoriales la obligación de contribuir al funcionamiento del ente encargado del recaudo, manejo y dirección del sistema, aplicando criterios de justicia tributaria.

Así mismo, la Vista Fiscal justifica la diferencia de plazos para girar los recursos al correspondientes (artículos 12 y 40 acusados), “en razón a que los juegos novedosos son de características y mecanismos de juego diferente al de las loterías, cuyo recaudo requiere de mayor infraestructura y procedimientos especiales de recaudación dado su carácter nacional”.

Finalmente, en cuanto tiene relación con el derecho a la igualdad, tampoco observa que se desconozca este principio con la exclusión que, a su juicio, establece la ley, del impuesto de industria y comercio respecto de los juegos de suerte y azar, toda vez que el Congreso puede establecer límites a las facultades impositivas de las asambleas departamentales y concejos municipales, teniendo en cuenta la equidad y la prohibición de doble tributación.

De otro lado, el Procurador considera que cuando la ley establece algunas delegaciones al reglamento, no vulnera la Carta toda vez que el Gobierno no está fijando el régimen para la

explotación de los juegos de suerte y azar, sino únicamente lo desarrolla y hace viable, de conformidad con la atribución prevista en el artículo 189 (numeral 11) de la Constitución.

Por último, rechaza el cargo según el cual existe un vicio en la formación del artículo 39 de la ley. Así, advierte que la propuesta de crear una sociedad de capital público se mantuvo durante los cuatro debates, en el último de los cuales se precisó su naturaleza. Por lo demás, explica que la Comisión Accidental de Conciliación conformada, aceptó la modificación introducida en aquella oportunidad.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia.

1- Conforme al artículo 241 ordinal 4º de la Constitución, la Corte es competente para conocer de la constitucionalidad de los artículos acusados de la Ley 643 de 2001, ya que se trata de una demanda ciudadana en contra de normas que hacen parte de una ley de la República.

Cuestión procesal previa: señalamiento de las normas acusadas e ineptitud de la demanda.

2- Como se indicó en los antecedentes de la presente sentencia, el actor señala en su demanda que acusa “las normas que se transcriben de la Ley 643 de 2.001” y advierte expresamente lo siguiente: “subrayo los apartes que considero contrarios a la Carta Política”. Estas aclaraciones del demandante sugieren que sus acusaciones contra los distintos artículos transcritos son todas parciales. En tal contexto, el ciudadano transcribe en su escrito numerosos artículos de esa ley, y en relación con algunos de ellos, subraya específicamente las expresiones acusadas Sin embargo, en relación con otras disposiciones, como los artículos 2, 3, 4, 5, 13, 14, 15, 17, 18, 25, 28, 33, 46 y 50 de la ley, el actor se limitó a transcribirlas, pero no subrayó ningún aparte específico.

La pregunta que surge es si esa omisión configura o no un incumplimiento del requisito previsto en el numeral primero del artículo 2º del Decreto 2067 de 1991, según el cual, corresponde a todo demandante señalar concretamente las disposiciones acusadas como inconstitucionales.

3- Para responder a ese interrogante, la Corte recuerda que si bien la acción de inconstitucionalidad es pública y no está sometida a formalidades especiales, sin embargo los demandantes tienen unas cargas mínimas que cumplir para que esta Corporación pueda pronunciarse de fondo. En particular, corresponde a los actores precisar con claridad la disposición acusada y formular una acusación susceptible de ser debatida “mediante el trámite propio del control constitucional abstracto, lo cual implica que el demandante debe formular un cargo concreto, de naturaleza constitucional, contra una norma legal”¹.

4- La anterior doctrina parece implicar que la Corte debería inhibirse de pronunciarse sobre los artículos 2, 3, 4, 5, 13, 14, 15, 17, 18, 25, 28, 33, 46 y 50 de la ley, por demanda inepta, pues el actor no precisó cuáles apartes de esas disposiciones eran las demandadas, a pesar de que había anunciado que iba a proceder a subrayar los aspectos acusados, lo cual insinuaba que todos sus ataques contra los distintos artículos eran parciales.

La Corte considera que a pesar de esa incongruencia, la demanda sobre esos artículos es apta, ya que una lectura atenta del escrito permite concluir que el actor realiza una acusación general contra todas esas disposiciones, pues considera que todas ellas vulneran la autonomía territorial por cuanto implican una regulación nacional en asuntos que son de competencia exclusiva de los departamentos y municipios. En tales condiciones, es claro que, a pesar de que el actor encabezó la transcripción de las disposiciones demandadas afirmando que señalaría las partes acusadas de los distintos artículos, y que en algunos de ellos no subrayó ningún aparte, de todos modos formuló cargos globales contra esas disposiciones. Por ello, y teniendo en cuenta que en las actuaciones judiciales debe prevalecer el derecho sustancial (CP art. 228), la Corte concluye que debe entenderse que en aquellos casos en donde el demandante no subrayó ninguna parte del artículo transcrito, entonces la acusación se dirigía contra la totalidad del mismo por esos cargos globales². Procede entonces un pronunciamiento de fondo sobre los cargos del actor contra las disposiciones acusadas de la Ley 643 de 2001.

Examen del vicio en la aprobación del artículo 39.

5- Comienza la Corte por examinar la acusación dirigida contra el artículo 39 por vicios en su formación. La razón por la cual esta Corporación aborda primero ese cargo es metodológica, pues si ese examen muestra que esa disposición fue irregularmente aprobada, entonces deberá ser retirada del ordenamiento, sin necesidad de que la Corte estudie las otras acusaciones que contra esa misma disposición formuló el actor por su contenido material.

6- El demandante considera que la aprobación del artículo 39 vulnera las reglas constitucionales que rigen la formación de las leyes, y en especial los artículos 1 y 157 de la Carta. La razón, según su criterio, es que la creación de ETESA, como una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, no fue un tema objeto de discusión en los tres primeros debates parlamentarios, pues en ellos se propuso una sociedad de capital público integrada por los entes territoriales. Para la Vista Fiscal, por el contrario, el vicio no existe ya que la propuesta de una sociedad de capital público se mantuvo durante los cuatro debates, y en el último de ellos, el Congreso simplemente precisó su naturaleza.

7- Para definir si hubo o no un vicio en la aprobación de este artículo acusado y de la creación de ETESA, la Corte recuerda que el proceso legislativo está inspirado por los principios de identidad y de consecutividad³, que buscan asegurar tanto la coherencia en el contenido de los proyectos presentados, como la observancia de los debates exigidos para cada caso, con el fin de preservar el diseño bicameral del Congreso. Sin embargo, la Constitución de 1991 reconoce los riesgos de una rigurosa e inflexible aplicación del principio de identidad, y lo flexibiliza, tal y como esta Corte lo ha precisado⁴. En efecto, durante la vigencia de la anterior Carta, la doctrina y la jurisprudencia habían entendido que un proyecto debía tener idéntico contenido literal en sus cuatro debates, lo cual hacía muy difícil la aprobación de las leyes, pues cambios mínimos obligaban a rehacer los cuatro debates. La Constitución de 1991, por el contrario, admite que el Congreso introduzca cambios en los debates, sin que las discrepancias entre lo aprobado en una y otra Cámara obliguen a repetir todo el trámite, pues el artículo 161 superior prevé la posibilidad de conformar comisiones accidentales de conciliación, a fin de “salvar las diferencias de manera más ágil en el seno del mismo Congreso”⁵. Así, la Carta busca dinamizar el proceso legislativo y evita retrotraer

un proyecto hasta su primer debate⁶, a condición de que el informe rendido por la comisión accidental sea aprobado en cada una de las plenarios. La Corte ha señalado al respecto lo siguiente⁷:

“De conformidad con la anteriormente expuesto y según la jurisprudencia desarrollada, la Corte sintetiza algunas conclusiones, a saber: (i) Todo proyecto requiere, para convertirse en ley de la República, que se adelanten los debates completos e integrales señalados en la Constitución, salvo las excepciones previstas en ella misma; (ii) como es natural que en el curso de los debates parlamentarios surjan discrepancias entre una y otra cámara parlamentaria, el constituyente autorizó la introducción de modificaciones, adiciones o supresiones a los proyectos normativos; (iii) para conciliar tales discrepancias, y con el fin de dinamizar el proceso legislativo, es posible conformar comisiones accidentales encargadas de proponer textos de unificación y conciliación; (iv) las comisiones accidentales han de ser entendidas como una excepción constitucional para rescatar la esencia misma del debate parlamentario; (v) sin embargo, ellas únicamente pueden conformarse cuando existan discrepancias entre las Cámaras respecto de un proyecto; y finalmente, (vi) las modificaciones introducidas por esta vía, siempre estarán sujetas a la observancia de dos requisitos: que sean aprobadas posteriormente por las plenarios de cada una de las cámaras legislativas y, que no se altere sustancialmente el contenido del proyecto o se cambie su finalidad.”

Con estos elementos de juicio, entra la Corte a analizar el procedimiento en la formación y aprobación del artículo 39 de la ley 643 de 2001.

8- El proyecto de ley No.035 de 1999 Cámara⁸, más tarde convertido en ley 643 de 2001, previó la creación de una sociedad de capital público, con régimen de empresa industrial y comercial del Estado, para la explotación del monopolio de los juegos definidos como novedosos, de algunos expresamente asignados y de aquellos cuya explotación no fuere asignada a ninguna otra entidad (artículo 36). Esa sociedad reemplazaría a la actual empresa “ECOSALUD”, cuya liquidación era ordenada en el proyecto.

La ponencia para primer debate en Cámara fue presentada en el mismo sentido y aprobada por la Comisión Tercera Constitucional Permanente el 19 de noviembre de 1999. En ella se puntualizó que la Sociedad de Capital Público tendría carácter nacional y que ECOSALUD debía transformarse en esa sociedad⁹.

9- La ponencia para segundo debate en la Cámara de Representantes fue publicada el día 30 de noviembre de 1999 y, en relación con el artículo referente a la sociedad de capital público de carácter nacional, mantuvo el contenido del texto aprobado por la Comisión Tercera Constitucional Permanente¹⁰. En sesión plenaria del día 7 de diciembre de 1999 la Cámara aprobó el articulado propuesto¹¹, que creaba la Sociedad de Capital Público Nacional y ordenaba que la empresa ECOSALUD se transformara en esa sociedad en los seis meses siguientes a la entrada en vigor de la ley.

10- Una vez en el Senado de la República, el proyecto fue radicado con el No.214 de 2000 y su ponencia para primer debate publicada el 23 de mayo de 2000 (Gaceta No.154),

conservando el articulado referente a la creación de la Sociedad de capital público de carácter nacional, con régimen de empresa industrial y comercial del Estado.

En sesión del 14 de julio de 2000, la Comisión Tercera Constitucional Permanente del Senado aprobó la creación de la sociedad de capital público de carácter nacional¹².

11. La ponencia para plenaria en el Senado fue publicada el día 14 de septiembre de 2000 y en ella los ponentes acogieron una propuesta presentada por la Ministra de Salud, en el sentido de modificar parcialmente la estructura y la naturaleza de la entidad nacional que iría a sustituir a ECOSALUD, y que tendría como función básica manejar algunos de los juegos de suerte y azar. Los ponentes consideraron entonces que la explotación, como arbitrio rentístico, de los juegos definidos en la ley como novedosos, los expresamente asignados y los demás cuya explotación no se atribuyera a otra entidad, no debía corresponder a la Sociedad de Capital Público de carácter nacional, propuesta inicialmente, sino a la empresa industrial y comercial del Estado, ETESA. Esta nueva entidad, en vez tener como socios a los departamentos y el Distrito Capital, como lo preveía la anterior regulación, sería una empresa, con patrimonio propio y autonomía administrativa, y dirigida por un presidente y una junta directiva, formada por el Ministro de Salud y representantes de los alcaldes y los gobernadores¹³. Así mismo, la ponencia precisó que el patrimonio de ETESA estaría integrado por los bienes propiedad de ECOSALUD cuya liquidación era ordenada. Los ponentes explicaron entonces esa modificación en los siguientes términos:

“Mención especial merece la orden de liquidación de Ecosalud. Entidad centro de las más encendidas polémicas, tuvo desde su origen contradicciones insolubles. En primer lugar el hecho constatable de que los socios de ella, sus dueños, no la consideraron representante de sus intereses sino más bien su desleal competencia; en segundo lugar la entidad actúa como operadora de juegos, pero además como instancia reglamentadora del sector, por último se ha esperado de sus administradores mucho más eficiencia. En estas condiciones, existe el ambiente y el consenso general en cuanto a que el mejor camino es liquidarla. Así se pronunció la Cámara de Representantes, la comisión tercera del Senado y nosotros los ponentes proponemos al Senado que ratifique tal decisión.

Sin embargo, debemos pensar con cuidado en la entidad que la sustituya, pues si bien no podemos repetir el mismo error, tampoco podríamos crear una entidad que presa de los intereses de corto plazo no impulse de manera adecuada los juegos a su cargo. Además, y este es el un punto importante que no ha sido discutido con suficiente profundidad, de los juegos que administra actualmente Ecosalud, los titulares de la renta son los municipios quienes reciben ingresos de los mismos 50% acorde con las ventas y 50% acorde con las necesidades básicas. Esto obviamente cumple con un criterio de redistribución y equidad que es necesario mantener.

En estas condiciones, los ponentes acompañamos la propuesta presentada por la Ministra de Salud, de crear una entidad nacional que sustituya la liquidada Ecosalud. En este sentido, consideramos que crear una empresa comercial del Estado con una junta directiva compuesta por alcaldes y gobernadores, que administre exclusivamente los juegos que esta ley le otorgue, y dentro de los parámetros que aquí se definan, garantizará el manejo adecuado del monopolio de este sector, la extracción de las rentas en beneficio de sus

titulares, permitiendo a su vez un adecuado control y la redistribución racional de las rentas obtenidas”14.

Para ilustrar el punto, la Corte transcribe a continuación, de un lado, el articulado que fue aprobado por la plenaria de la Cámara de Representantes y que prácticamente fue reproducido en forma idéntica por la Comisión Permanente del Senado, y, de otro lado, el artículo propuesto a la plenaria del Senado de la República por la ponencia respectiva:

ARTICULO PROPUESTO PARA PLENARIA DEL SENADO

“Artículo 37. Sociedad de capital público para la explotación del monopolio. Corresponde a los Departamentos y al Distrito Capital la explotación, como arbitrio rentístico, de los juegos definidos por esta ley como novedosos, los que en la misma expresamente se le asignen y los demás cuya explotación no se atribuya a otra entidad.

Tales juegos solo podrán ser explotados por intermedio de una Sociedad de Capital Público Nacional (SCPN), con régimen de empresa industrial y comercial del Estado, cuyos socios serán los departamentos y el Distrito Capital. La sociedad tendrá autonomía administrativa y patrimonio independiente y su objeto social será la administración y explotación de los juegos de suerte y azar a ella asignados y todos aquellos cuya explotación no corresponda a otra entidad.

Corresponde a la Sociedad de Capital Público Nacional, SCPN, originada en la asociación de los departamentos y el Distrito Capital, para explotar el mercado nacional que se ordena crear en el presente artículo, la explotación del loto en cualquiera de sus modalidades, los juegos de apuestas en eventos deportivos, gallísticos, caninos y similares, los promocionales, los novedosos, los que en esta ley se le asigna y los demás cuya explotación no se atribuya a otra entidad.

Se exceptúan las apuestas en eventos deportivos, gallísticos, caninos o similares que se crucen en locales o establecimientos en los cuales se realice la apuesta o se obtenga señal televisiva u otra clase de señal nacional o extranjera de tales eventos. En tal caso, esta modalidad se clasifica dentro de los juegos localizados.

Artículo 38. Conformación del Capital de la Sociedad de Capital Público Administradora del Monopolio. La conformación del capital de la sociedad de Capital Público Nacional, SCPN, administradora del monopolio se efectuará con base en los siguientes elementos o criterios.

a) Una porción por partes iguales entre las entidades territoriales miembros;

b) Una porción en proporción a la población de cada entidad territorial miembro.

Las entidades territoriales asociadas definirán por mayoría simple, correspondiéndole a cada entidad un voto, el peso que se le asignarán a cada criterio.

Parágrafo 1º transitorio. En caso de que no pueda lograrse la mayoría requerida, el capital de la sociedad se conformará de la siguiente forma:

a) Treinta por ciento (30%) por partes iguales entre las entidades territoriales asociadas;

b) Setenta por ciento (70%) en proporción a la población de cada entidad territorial asociada.

Si un departamento o el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, no participara en la conformación de la Sociedad de Capital Público Nacional, SCPN, administradora del monopolio de juegos de suerte y azar, la respectiva entidad territorial no podrá participar en la administración de la sociedad y sólo tendrá derecho a recibir del monopolio por las ventas en su territorio. En cualquier momento el respectivo departamento o al Distrito Capital podrán realizar el aporte de capital a su cargo y adquirir plenos derechos como accionista. El derecho a vincularse a la sociedad no prescribe.

El monto total de los pasivos de Ecosalud deberá cubrirse con los activos o contingencias que superen el monto de los activos, la Nación asumirá dichos pasivos o contingencias.”

“Artículo 40. Empresa Industrial y Comercial del Estado. Créase la Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden nacional, denominada Empresa Territorial para la Salud, Etesa, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculada al Ministerio de Salud, cuyo objeto es la explotación como arbitrio rentístico de los juegos definidos por esta ley como novedosos, los que en la misma expresamente se le asignen y los demás cuya explotación no se atribuya a otra entidad.

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

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

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

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

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

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

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

Parágrafo. A partir de la vigencia de la presente ley se ordena la liquidación de Ecosalud S.A. para lo cual se tendrá como máximo un término de seis (6) meses. En la estructura de la nueva empresa y de acuerdo con las necesidades de la planta de personal serán vinculados los trabajadores de la actual Empresa Colombiana de Recursos para la Salud Ecosalud.”

12- El artículo propuesto ante el Senado fue aprobado en sesión plenaria adelantada los días 17 de octubre y 7 de noviembre de 2000, según consta en las Gacetas No. 433 y 452 del mismo año. Es preciso señalar que esta norma corresponde al ahora cuestionado artículo 39 de la ley 643 de 2001.

13- La anterior descripción muestra que, efectivamente, los textos aprobados por una y otra

cámara eran diferentes pues la Cámara de Representantes previó una Sociedad de Capital Público de carácter nacional, cuyos socios eran los departamentos y el Distrito Capital, mientras que el Senado creó la empresa industrial y comercial del Estado, ETESA, dirigida por un presidente y una junta directiva formada por formada por el Ministro de Salud y representantes de los alcaldes y los gobernadores. El Congreso consideró que hubo una discrepancia en el curso del debate parlamentario y para conciliar esta diferencia, junto con otras surgidas en el proceso legislativo, los presidentes de Senado y Cámara dispusieron conformar una Comisión Accidental de Conciliación.

Una vez presentados los correspondientes informes, tanto la plenaria de la Cámara de Representantes, como la plenaria del Senado, aprobaron el texto de unificación propuesto, la primera según consta en las Gacetas No.463 del 22 de noviembre de 2000 y 16 de 2001, y la segunda conforme a lo reseñado en la Gaceta No. 489 del 5 de diciembre de 2000, cumpliendo en todo caso con el respectivo quórum y las exigencias previstas en los artículos 157, 160 y 161 de la Constitución.

14- Conforme al examen precedente, la Corte concluye que los principios de identidad y consecutividad fueron observados por el Congreso en la discusión y aprobación del artículo 39 de la ley 643 de 2001.

Así, el principio de consecutividad quedó a salvo durante el procedimiento legislativo, pues las comisiones accidentales de conciliación fueron conformadas en debida forma y, con relación al artículo 39 de la ley 643 de 2001, limitaron su actuación al análisis de las discrepancias surgidas. Así mismo, los informes presentados fueron aprobados posteriormente por cada una de las plenarias, como expresamente lo prevé el artículo 161 de la Carta.

Por su parte, el principio de identidad fue respetado por cuanto los textos aprobados en los distintos debates conservan una clara unidad de materia (CP art. 158). En efecto, el articulado siempre estuvo relacionado con la creación de una entidad de capital público, con régimen de empresa industrial y comercial del Estado, que sustituiría a ECOSALUD y que estaría encargada de la administración y explotación de ciertos juegos: los novedosos, los específicamente señalados y los que no fueren asignados a otra entidad. Lo que sucedió fue que el Senado de la República precisó la naturaleza de la entidad y modificó parcialmente sus órganos de dirección, junto con el origen de su patrimonio, pero sin afectar, en todo caso, la coherencia en el contenido normativo de los proyectos presentados.

La acusación contra el artículo 39 por haber violado los principios de consecutividad e identidad carece entonces de sustento, por lo cual la Corte declarará su exequibilidad, pero limitando la cosa juzgada al cargo estudiado en esta sentencia. Esto significa que la ley queda abierta a otros cuestionamientos, no solo por su contenido material, sino también por otros vicios en su formación.

Los asuntos materiales bajo revisión

15- El actor presenta múltiples acusaciones contra numerosos artículos de la Ley 643 de 2001. Sin embargo, un análisis detenido muestra que sus ataques, desde el punto de vista material, se reducen a cuatro cargos fundamentales: (i) desconocimiento de la autonomía

política y financiera de las entidades territoriales, (ii) vulneración de la reserva de ley en el desarrollo del régimen jurídico para los monopolios rentísticos, (iii) violación de la igualdad en la regulación de los diversos juegos, y, finalmente, (iv) establecimiento de mecanismos irrazonables e ineficientes en la materia.

Esta breve descripción de las distintas acusaciones muestra que ellas están referidas a la competencia que tiene el Congreso de regular los juegos de suerte y azar como monopolio rentístico (CP art. 336). Por ello, la Corte comenzará por recordar y precisar brevemente las características de estos monopolios y el alcance de las facultades y de la libertad de configuración del Legislador en este campo, para luego entrar a estudiar los distintos cargos del demandante.

Los monopolios rentísticos en la Constitución.

16- 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 servicio¹⁵; 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 obligaciones¹⁶. Igualmente, la Constitución establece que solamente el Gobierno puede introducir y fabricar armas, municiones de guerra y explosivos, con lo cual mantiene el control sobre aquellas (C.P. artículo 223).

17- Esta Corporación ha precisado que los monopolios como arbitrios rentísticos no coinciden con la facultad que tiene el Estado para reservarse ciertas actividades estratégicas o servicios públicos prevista en el artículo 365 de la Carta, por cuanto “los procedimientos para su imposición y las finalidades que se persiguen con estas dos técnicas de derecho público son diferentes”¹⁷. Y de otro lado, estos monopolios rentísticos, a pesar de que se establecen con el propósito de aumentar los ingresos del Estado y tienen fuente legal, son distintos a los tributos. Por ello esta Corte ha explicado que al lado de los impuestos que “constituyen, por excelencia, una parte importante de los ingresos fiscales de la Nación y de las entidades territoriales”, existen también “otros tipos de ingresos con los cuales también se alimenta el fisco, como es el caso de las rentas provenientes de la explotación de los monopolios establecidos por la ley en favor del Estado o de sus entidades territoriales.”¹⁸

18- Una revisión de los antecedentes del artículo 336 de la Carta muestra que el mantenimiento de los monopolios rentísticos fue altamente cuestionado en la Asamblea Nacional Constituyente. Así, la Comisión Quinta¹⁹ propuso eliminar estos monopolios para, en su lugar, permitir la imposición de tributos sobre el consumo de los bienes y servicios correspondientes, supliendo con ello la necesidad de captar determinados recursos, pero dejando a los particulares la explotación de tales actividades. Dijo entonces la respectiva ponencia²⁰:

“En el siglo pasado y aún a comienzos del actual, era usual considerar que el establecimiento de un monopolio a favor del Estado constituía una fórmula efectiva para arbitrar recursos fiscales. La teoría económica contemporánea ha demostrado que lo mismo puede

conseguirse con la aplicación de impuestos específicos sobre el consumo de los bienes y servicios correspondientes. Más aún, la práctica en Colombia y en otros países ha demostrado con creces que esta segunda opción es claramente superior a la primera, tanto en términos de eficiencia económica como de la magnitud de recursos que puede obtener el Estado.”

La misma ponencia cuestionaba la ineficiencia, la corrupción y el exceso de burocracia de estos monopolios rentísticos en cabeza de las entidades territoriales, y concluía al respecto:

“Basta con detenerse a observar lo que ha sucedido con muchas de las licoreras departamentales, en las que el crecimiento burocrático, la ineficiencia y la corrupción han conducido a que, a tiempo que se cargan altos precios al consumidor, se obtiene un exiguo margen neto de recursos para la entidad territorial respectiva.

Esta es una herencia de los días de la Colonia que se perpetuó en las constituciones de nuestra vida republicana y que obedece a una concepción económica ya superada en la teoría y en la práctica.

Por esta razón, se propone eliminar de la Constitución la posibilidad de establecer monopolios como arbitrios rentísticos. Lo anterior no significa que en actividades como la producción de licores o los juegos de azar se permita una absoluta libertad económica, sin salvaguarda alguna de la salud pública, los dineros de los participantes en los juegos de azar y los ingresos fiscales de los departamentos”.

No obstante lo anterior, durante el debate constituyente también fueron presentados algunos proyectos que defendían el mantenimiento de los monopolios como arbitrio rentístico, por su importancia para los ingresos de ciertas entidades territoriales²¹.

19- Esta breve revisión histórica muestra que el mantenimiento de los monopolios como arbitrio rentístico generó fuertes discusiones en la Asamblea Constituyente: algunos sectores propugnaron por su eliminación, por considerar que esos ingresos podían ser obtenidos más eficientemente por medio de impuestos, y que esos monopolios eran una fuente de corrupción e incoherencia estatal, puesto que no sólo los casos de peculados eran numerosos sino que se buscaba financiar servicios como la salud y la educación a través del estímulo a la venta de licores y de juegos de azar. Otros sectores, en cambio, defendieron la institución de los monopolios rentísticos por cuanto constituían una fuente esencial de ingreso para ciertos departamentos. Luego de las amplias discusiones, la Asamblea Constituyente llegó a una solución de transacción: mantener la posibilidad de los monopolios rentísticos pero sometidos a una regulación estricta²².

20- Estos antecedentes históricos permiten comprender mejor el contenido del artículo 336 de la Carta. Así, es claro que el Constituyente autorizó los monopolios rentísticos, pero que también buscó establecer un régimen severo que evitara los problemas de corrupción e ineficiencia que se habían detectado durante la vigencia de la anterior Constitución. Por ello la Carta establece que estas actividades están sujetas a un régimen jurídico “propio”, que deberá ser desarrollado por una ley de iniciativa gubernamental. La Carta cedió entonces al legislador la facultad de crear los monopolios para que, en el curso del debate político y democrático, determinara la conveniencia y necesidad de imponerlos, así como el régimen

más adecuado y conveniente para su organización, administración, control y explotación.

Pero la propia Carta configura algunos de los elementos de ese régimen propio. De esta manera, el artículo 336 superior establece que (i) todo monopolio rentístico busca satisfacer una finalidad de interés público, (ii) debe constituir un arbitrio rentístico y (iii) es necesaria la indemnización previa a los individuos que se vean privados de su ejercicio. Además, esa misma disposición (iv) predetermina la destinación de algunas de esas rentas, (v) ordena la sanción penal de la evasión fiscal en estas actividades y (vi) obliga al Gobierno a liquidar estos monopolios si no demuestran ser eficientes. Todo esto explica pues el cuidado de la Asamblea Constituyente en la regulación de estos monopolios rentísticos.

Una vez precisados los rasgos básicos de la regulación constitucional de los monopolios rentísticos, entra entonces la Corte a examinar los cargos del demandante,

La eventual vulneración de la autonomía territorial

21- Como se señaló en los antecedentes de esta sentencia, el demandante considera que las rentas provenientes de los monopolios de juegos de suerte y azar son recursos endógenos de las entidades territoriales, puesto que así lo estableció el artículo 2º de la Ley 643 de 2001. El actor considera entonces que por tratarse de fuentes endógenas, la intervención del legislador o del gobierno nacional afecta la garantía institucional de la autonomía territorial.

Por su parte, varios intervinientes y el Ministerio Público argumentan que esas disposiciones se ajustan a la Carta, por cuanto los dineros provenientes de los juegos y rifas no son rentas endógenas de las entidades territoriales sino asuntos con dimensión y alcance nacionales, y que por ello requieren un manejo unificado.

Para otro de los intervinientes, las rentas provenientes de los monopolios rentísticos no corresponden a recursos propios de los entes territoriales, sino que constituyen una categoría especial de rentas, sometidas a un régimen propio, especial, concentrado y autónomo, que escapa a la tradicional distinción entre recursos endógenos y exógenos. Según esta interpretación, las entidades territoriales solamente tienen la facultad de “goce” de la renta, que debe estar destinada siempre a los servicios de salud.

22- Conforme a lo anterior, el problema que plantea la demanda es entonces el siguiente: ¿vulneran o no la autonomía territorial las disposiciones acusadas, al establecer un régimen nacional para el monopolio rentístico de juegos de suerte y azar? Para responder a ese interrogante, resulta necesario determinar la naturaleza de las rentas provenientes de ese monopolio. En efecto, si el actor tiene razón, y esos dineros representan recursos propios de las entidades territoriales, entonces sus cargos sobre vulneración de la autonomía territorial podrían tener sustento, pues la Corte ha señalado reiteradamente que las fuentes endógenas de financiación de las entidades territoriales “resultan, en principio, inmunes a la intervención legislativa”²³. En cambio, si esas rentas configuran recursos exógenos de los departamentos, distritos y municipios, la situación es distinta, pues las posibilidades de intervención del Legislador son mayores. Igualmente, los cargos del actor no parecerían tener muchas posibilidades de éxito si los dineros provenientes de estos monopolios no encuadran en ninguna de estas categorías de fuentes endógenas o exógenas sino que constituyen, como lo señala uno de los intervinientes, una modalidad especial de renta, sujeta a un régimen propio establecido directamente por el Legislador.

Entra pues la Corte a examinar la naturaleza de las rentas provenientes de los monopolios rentísticos.

Rentas endógenas y exógenas, régimen jurídico propio de los monopolios rentísticos, libertad de configuración del legislador y autonomía territorial.

23- La Corte ha diferenciado las fuentes de financiación con que cuentan las entidades territoriales y ha indicado que existen ciertos recursos que provienen de las transferencias de la Nación, o de la participación en ingresos del Estado, los cuales, por tener origen externo, son calificados como recursos de fuente exógena. Así mismo, ha señalado que existen otros dineros cuyo origen está en la jurisdicción de la respectiva entidad, en virtud de un esfuerzo propio, por decisión política de las autoridades locales o seccionales, o provenientes de la explotación de bienes que son de su propiedad exclusiva, todos ellos conocidos como recursos de fuente endógena²⁴. Esta distinción, como ya se señaló, cobra relevancia para efectos de determinar hasta qué punto el legislador y el gobierno pueden intervenir en la regulación, destinación y manejo de dichos recursos, sin afectar la autonomía territorial.

24- Esta Corporación ha señalado también que existen tres criterios a los cuales debe recurrir el intérprete para establecer si una fuente de financiación es endógena o exógena. El primero de ellos, el criterio formal, supone acudir al texto de la ley para identificar si ella indica expresamente cuál es la entidad titular de un tributo. El segundo, el criterio orgánico, consiste en la identificación del ente encargado de imponer la respectiva obligación tributaria. Por último, el criterio material estima que una fuente es endógena cuando las rentas que ingresan al patrimonio se recaudan integralmente en la jurisdicción y se destinan a sufragar gastos de la entidad territorial, sin que existan elementos sustantivos para considerar la renta como de carácter nacional. En caso de conflicto en la aplicación de estos criterios, o cuando puedan conducir a soluciones contradictorias, la Corte ha indicado que debe preferirse lo sustancial sobre las manifestaciones meramente formales del legislador²⁵.

25- En este orden de ideas, surgen dos interrogantes estrechamente relacionados: con base en los anteriores criterios ¿es posible clasificar los dineros provenientes de los monopolios rentísticos de los juegos de suerte y azar como rentas endógenas o exógenas de los distritos y municipios?, o por el contrario ¿escapan a esa sistematización para constituir una categoría especial de renta?

Para responder los anteriores interrogantes, la Corte recuerda que la distinción entre fuentes endógenas y exógenas de las entidades territoriales, así como los criterios para su definición, han sido construidos por la jurisprudencia especialmente cuando se trata de recursos de naturaleza tributaria. Sin embargo, en principio nada se opone a que esa doctrina se pueda aplicar también a las rentas obtenidas en la explotación de monopolios, con el fin de determinar si una regulación legal de esos recursos afecta o no la autonomía territorial.

26- En tal contexto, una norma que adquiere relevancia es el artículo 362 de la Carta, según el cual “los bienes y rentas tributarias y no tributarias o provenientes de la explotación de monopolios de las entidades territoriales, son de su propiedad exclusiva y gozan de las mismas garantías que la propiedad y renta de los particulares”. Esta disposición indica que existan monopolios que son propiedad de las entidades territoriales, y en tal caso, podría

pensarse que las rentas que provengan de dichos monopolios representan recursos endógenos de dichas entidades.

Esta conclusión se ve reforzada por algunos elementos históricos del debate sobre estas rentas en la Asamblea Constituyente, especialmente en cuanto a los monopolios de licores, tradicionalmente en cabeza de los departamentos. Así, una revisión de las discusiones sobre este punto muestra que los Constituyentes variaron la destinación de esos recursos. Inicialmente esos dineros debían ser utilizados “exclusivamente” para los servicios de salud. Luego la Asamblea consideró que sólo debían destinarse “preferentemente” a esos servicios, y esa modificación fue incorporada en el inciso 5º del artículo 336 de la Carta. Una de las razones principales invocadas para ese cambio fue la idea de “no limitar, por la Constitución, la autonomía de los departamentos”²⁶. Los Constituyentes explicaron que la destinación preferente de las rentas de licores dejaba abierta la posibilidad a que las autoridades respectivas pudieran invertir en otras áreas, cuando se suplieran las necesidades básicas e insatisfechas²⁷. Esto sugiere entonces que para ciertos Constituyentes, algunos monopolios rentísticos, en especial aquellos de licores, constituían un recurso del cual eran titulares las entidades territoriales.

27- El análisis precedente sugiere que el actor tiene razón en que las rentas provenientes de los monopolios de juegos de suerte y azar representan recursos endógenos de las entidades territoriales. Así, de un lado, conforme a la Carta, es posible que existan monopolios rentísticos de propiedad de dichas entidades (CP art. 362). Y, de otro lado, el artículo 2 de la Ley 643 de 2001 establece explícitamente que los departamentos, los municipios y el Distrito Capital son los titulares de las rentas del monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar, con excepción de los dineros destinados a investigación en salud, los cuales pertenecen a la Nación. Además, los debates de esta ley sugieren igualmente que el Congreso deseó que esos monopolios fueran propiedad de las entidades territoriales. Así, al presentar el correspondiente proyecto, el Ministro de Hacienda señaló que éste “asigna expresamente la titularidad del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar a los departamentos, distritos y municipios, superando de forma definitiva una vieja controversia entre éstos y la Nación.”²⁸

Por consiguiente, conforme a un criterio formal, parecería que los ingresos provenientes del monopolio de juegos de suerte y azar constituyen recursos endógenos de esas entidades territoriales, frente a los cuales el poder de injerencia del Legislador se encuentra fuertemente limitado, en virtud del principio de autonomía territorial (CP arts 1 y 287).

28- Un estudio más detallado muestra que la anterior conclusión es sin embargo equivocada. Y es que no puede perderse de vista que, por expreso mandato constitucional (CP art. 336), la organización, control y explotación de los monopolios rentísticos está sometida a un “régimen propio”, fijado por la ley. Esta disposición constitucional tiene varias implicaciones.

De un lado, la Constitución atribuye al Legislador la regulación general del régimen de estos monopolios. Esto significa que corresponde a una autoridad nacional, el Congreso, establecer no sólo qué tipos de actividades constituyen o no monopolios rentísticos sino también el régimen jurídico que rige la organización, control y explotación de esas

actividades.

En segundo término, el artículo 336 también establece que el Gobierno, que es autoridad nacional, deberá enajenar o liquidará las empresas monopolísticas del Estado cuando no cumplan los requisitos de eficiencia, en los términos que determine la ley.

Finalmente, ese mismo artículo indica que la ley debe señalar un “régimen propio” para esas actividades, expresión que no puede pasar inadvertida al intérprete. Ahora bien, esta Corte, en anterior ocasión, había señalado que por “régimen propio” debe entenderse una regulación de los monopolios rentísticos, que sea conveniente y apropiada, tomando en cuenta las características específicas de esas actividades²⁹, a lo cual debe agregarse la necesidad de tomar en consideración el destino de las rentas obtenidas, así como las demás previsiones y limitaciones constitucionalmente señaladas. En tales circunstancias, si el Legislador considera que lo más conveniente es atribuir la titularidad de esos monopolios a las entidades territoriales, entonces puede hacerlo. Pero igualmente puede el Congreso señalar que se trata de un recurso nacional, tal y como precisamente lo hicieron las Leyes 10 de 1990 y 100 de 1993, que declararon que eran arbitrio rentístico de la Nación “la explotación monopólica, en beneficio del sector salud, de las modalidades de juegos de suerte y azar diferentes de las loterías y apuestas permanentes existentes y de las rifas menores” (Ley 100 art. 285). Pero también podría el Congreso concluir que la regulación más adecuada de un monopolio rentístico implica un diseño de esas rentas que escape a la distinción entre recursos endógenos y exógenos; en tal evento, bien podría el Legislador adoptar un diseño de ese tipo, ya que dicha regulación constituiría el “régimen propio” que la Carta ordena establecer. En todo caso, no por ello puede afirmarse que para la adopción de ese régimen se requiera de una ley especial, pues la previsión constitucional solamente exige una regulación que compagine con la naturaleza de un determinado monopolio, más no de una ley de especial jerarquía. Así, nada en la Carta se opone a que la ley utilice en este campo un esquema similar al señalado en la Carta en materia de regalías (CP arts 360 y 361)³⁰, y confiera entonces a las entidades territoriales un derecho exclusivo a beneficiarse de ciertas rentas provenientes de monopolios rentísticos, pero conforme a las orientaciones establecidas por la propia ley o por otras autoridades nacionales.

29- Estos mandatos del artículo 336 muestran que la Carta ha establecido que, en principio, debe existir una regulación especial de alcance nacional de los monopolios rentísticos, sin perjuicio de que la propia ley, en desarrollo del principio autonómico (CP art. 1), pueda distribuir competencias y asignar funciones para la regulación de algunos aspectos de esas actividades a las entidades territoriales, tal y como esta Corte ya lo ha aceptado. En efecto, esta Corporación resaltó que la Carta establece la autonomía de las entidades territoriales y autoriza al Congreso a “conferir atribuciones especiales a las Asambleas departamentales” (CP art. 150), por lo cual es claro que el hecho de “que la ley fije el régimen propio de los monopolios rentísticos, no implica en manera alguna que no pueda delegar en las Asambleas aspectos como el relativo al valor de los sorteos de las loterías”³¹. Sin embargo, esa posibilidad de que la ley pueda asignar a las entidades territoriales ciertos aspectos puntuales de la regulación de los monopolios rentísticos, no niega, sino que por el contrario confirma, que la Carta confirió al Legislador la responsabilidad esencial en el diseño del régimen propio que debe gobernar a los monopolios rentísticos, obviamente dentro del marco de los lineamientos establecidos por la Constitución, y en especial por el artículo 336

superior. Por ello ha dicho al respecto esta Corte:

“El tema de los monopolios rentísticos guarda, en el punto que se examina, cierta similitud con la facultad que se le reconoce a las entidades territoriales para imponer contribuciones, sujetándose en todo caso a los dictados de la ley que crea o que simplemente autoriza esas contribuciones; sujeción a los marcos legales que resguarda el principio de legalidad e indica, a la vez, que esas entidades territoriales pese a gozar de la aludida facultad carecen de la soberanía fiscal, situación que, mutatis mutandis, es predicable tratándose del monopolio que ahora se examina, debido a que la ley lo autoriza, correspondiéndole a los departamentos proveer a su aplicación concreta sólo en atención a la ley que los autoriza para monopolizar la producción del alcohol imponible, competencia ésta que no coloca los atributos propios de la soberanía en cabeza de los departamentos”. 32.

30- En tales circunstancias, la protección que el artículo 362 de la Carta confiere a las rentas de los monopolios de las entidades territoriales, cuando el legislador les atribuya la titularidad de algunas de ellas, recae sobre los recursos que efectivamente se obtienen. Esto significa que una vez han ingresado esos dineros al patrimonio de la entidad territorial, no podría la ley, salvo los casos excepcionales previstos por la propia Carta, despojar al departamento o al municipio respectivo de esos recursos para trasladarlos a la Nación. Pero eso no significa que esa renta proveniente de un monopolio de la entidad territorial escape a la regulación legal y sea de disposición plena por las entidades territoriales, pues no sólo corresponde a la ley fijar el régimen propio de dichos monopolios (CP art. 366) sino que, además, la propia Carta determina ciertos elementos de ese régimen. Pero es más: esos dineros, en la medida en que tienen la protección propia de la propiedad privada, quedan también sujetos a sus cargas y limitaciones, como lo prevé el artículo 58 de la Carta.

Finalmente, la Corte destaca que la atribución a una entidad territorial de una renta derivada de uno de estos monopolios no excluye el respeto al principio democrático y a la competencia funcional del Congreso, quien en determinado momento puede introducir modificaciones, restricciones, o incluso suprimir la titularidad de las rentas o de la explotación de aquellos, de manera análoga a como opera en el ámbito tributario. Y es que esta Corte tiene bien establecido que la protección constitucional de las rentas tributarias de las entidades territoriales, prevista por el artículo 362 superior, “no implica que la facultad de recaudar el mencionado tributo ingrese al patrimonio de la respectiva entidad y, por lo tanto, el Congreso quede inhabilitado para derogar o modificar el mencionado régimen legal”³³. En tales circunstancias, si el Congreso puede derogar un tributo territorial, sin violar el artículo 362 de la Carta que protege las rentas tributarias de las entidades territoriales, es necesario concluir que, mutatis mutandi, también puede la ley suprimir un monopolio rentístico territorial o trasladarlo a la Nación, sin desconocer la protección constitucional de las rentas no tributarias prevista por esa mismo artículo constitucional. Un ejemplo de esta facultad se encuentra en el artículo 336 de la Carta, que ordena al Gobierno enajenar o liquidar empresas monopolísticas del Estado, cuando no cumplan los requisitos de eficiencia previstos en la ley, tal y como fue explicado por la Corte³⁴ con ocasión de una demanda presentada contra el artículo 14 de la ley 617 de 2000.

31- En síntesis, la Corte considera que, por tratarse de un régimen propio, la Constitución confiere al legislador una amplia facultad de regulación en materia de monopolios rentísticos,

pudiendo ceder o no la titularidad de algunas rentas (o la explotación de monopolios) a las entidades territoriales, e imponer las limitaciones, condicionamientos o exigencias que estime necesarias, todo ello sin perjuicio de la facultad de estas últimas de disponer de los recursos obtenidos en la explotación de sus monopolios, y siempre y cuando se destinen a los fines para los cuales fueron previstos. Por ello, resulta erróneo afirmar que constitucionalmente las entidades territoriales gozan de amplia autonomía política y financiera en cuanto a la explotación de los monopolios rentísticos se refiere. Sobre el particular, en reciente sentencia, esta Corte indicó lo siguiente:

“En efecto, tratándose de recursos públicos, como ciertamente lo son los generados por las rentas monopolizadas, corresponde a la ley determinar dentro de un amplio margen de apreciación las modalidades y las características de las mismas cualquiera sea la forma de gestión que se adopte -directa, indirecta, mediante terceros- y señalar la mejor manera para la obtención de las rentas que propicien la adecuada prestación de servicios públicos que como los de salud están tan íntimamente relacionados con las necesidades insatisfechas de la población (C.P., arts. 1, 2 y 365)” 35

32- Por todo lo anterior, la Corte considera que el actor yerra al afirmar que, en la medida en que la ley atribuyó la titularidad de las rentas del monopolio de los juegos de suerte y azar a los departamentos, municipios y al Distrito Capital, entonces esos dineros configuran un recurso endógeno de las entidades territoriales. En efecto, por las razones que se señalaron en los fundamentos anteriores de esta sentencia, debe entenderse que el artículo 2 de la Ley 643 de 2001 confiere a esas entidades territoriales un derecho a beneficiarse de esos recursos y una protección constitucional de los dineros una vez han sido recaudados y asignados (CP art. 362), pero en manera alguna les atribuye una competencia normativa para diseñar el régimen de explotación de esos monopolios, que corresponde al Legislador (CP art. 336), sin perjuicio de que éste pueda deferir ciertos aspectos de esta regulación en las entidades territoriales, como ya se explicó. Por ello, ese mismo artículo 2 de la Ley 643 de 2001 es cuidadoso en señalar que ese “monopolio rentístico de juegos de suerte y azar será ejercido de conformidad con lo dispuesto en la presente ley”, lo cual confirma que no se trata de recursos endógenos de los cuáles puedan disponer libremente las entidades territoriales.

33- El estudio precedente es entonces suficiente para concluir que carece de sustento la acusación genérica formulada por el actor contra los artículos 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 21, 22, 24, 25, 28, 29, 31, 33, 36, 39, 41, 42, 46, 47, 49, 50 y 51 de la ley 643 de 2001 por desconocer la autonomía territorial. En efecto, la solicitud de inexecutable de estas disposiciones se fundamenta en la supuesta naturaleza endógena de las rentas provenientes de la explotación del monopolio de juegos de suerte y azar, que impediría que el Congreso determinara la organización, administración, control y explotación de dichos monopolios. Sin embargo, como quedó expuesto anteriormente, dicha apreciación es equivocada, toda vez que los dineros producto de la explotación de los monopolios rentísticos corresponden a una categoría especial de recursos, sujeta a un régimen propio, donde existe un amplio margen de configuración en cabeza del legislador.

34- Como se ha visto, el actor formula cargos generales contra las disposiciones anteriormente mencionadas pero no cuestiona en concreto la regulación contenida en ellas, y

la Corte ha encontrado que esa acusación general no tiene fundamento. Procede entonces en el presente caso limitar el alcance de la cosa juzgada. En efecto, conforme a reiterada jurisprudencia, no corresponde a la Corte estudiar officiosamente la constitucionalidad de las leyes ordinarias sino examinar las normas específicas que sean demandadas por los ciudadanos (CP art. 241). Por ello, cuando existe una acusación general, por razones materiales o de procedimiento, contra un cuerpo normativo, pero no un ataque individualizado contra cada uno de los apartes que lo integran, la vía procedente es limitar el alcance de la cosa juzgada constitucional, en caso de que la acusación no prospere. En tales eventos, debe la Corte declarar la constitucionalidad de la disposición pero precisando que la cosa juzgada es relativa, por cuanto sólo opera por los motivos analizados en la sentencia³⁶. Por tal motivo, los artículos 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 21, 22, 24, 25, 28, 29, 31, 33, 36, 39, 41, 42, 46, 47, 49, 50 y 51 de la ley 643 de 2001 serán declarados exequibles, pero únicamente en relación con el cargo del actor estudiado en esta sentencia. Esto significa que la Corte declarará que esas disposiciones no vulneran la Carta, en la medida en que las rentas provenientes de estos monopolios rentísticos no son recursos endógenos de las entidades territoriales y, por tal motivo, no desconocen la autonomía financiera de esas entidades. Esta decisión obviamente no excluye que alguna de las regulaciones concretas contenidas en esos artículos pueda ser posteriormente demandada por vulnerar otros aspectos de la autonomía territorial, o por vulnerar otros principios o reglas constitucionales.

35- Fuera de ese cargo general contra esos artículos por violar la autonomía territorial, el demandante considera que ciertos apartes y regulaciones específicas desconocen no solo las competencias propias de las entidades territoriales sino que también son inconstitucionales por establecer regulaciones irrazonables e ineficientes o violar la reserva de ley. Entra entonces la Corte a estudiar las acusaciones dirigidas contra esos contenidos específicos de los artículos demandados.

Reglamentación gubernamental de los monopolios rentísticos de juegos de suerte y azar, autonomía territorial y reserva de ley.

36- El actor acusa varios apartes de los artículos de la Ley 643 de 2001 que establecen que el Gobierno reglamentará ciertos aspectos de los monopolios rentísticos de los juegos de suerte y azar. Según su parecer, esas autorizaciones son inconstitucionales por dos razones: De un lado, porque desconocen la autonomía territorial, pues no puede una autoridad nacional regular el manejo, administración y disposición de las rentas obtenidas en la explotación de los monopolios de juegos de suerte y azar, por cuanto esos dineros son recursos endógenos de los departamentos y municipios. De otro lado, el demandante considera que todas esas remisiones a la reglamentación del Gobierno Nacional vulneran la reserva de ley, pues se trata de asuntos que deben ser directamente abordados por el Congreso, sin que puedan ser asignados a una autoridad administrativa. Entra pues esta Corporación a examinar los anteriores cargos.

37- El estudio adelantado en los fundamentos anteriores de esta sentencia sobre la naturaleza de los dineros provenientes de los monopolios de juegos de suerte y azar es suficiente para desechar la acusación por desconocimiento de la autonomía territorial. En efecto, como se mostró, aunque las entidades territoriales se benefician de esos recursos,

ellos no son una fuente de financiación endógena de los departamentos, distritos y municipios, y por ello bien puede la ley, sin vulnerar la autonomía territorial, atribuir a una autoridad nacional, como el Gobierno, la definición de ciertos aspectos de la explotación y manejo de esos dineros.

38- El cargo sobre violación de reserva de ley plantea una discusión distinta. Así, es claro que, por las razones largamente desarrolladas en esta sentencia, las autoridades nacionales pueden regular la explotación y manejo de las rentas provenientes de los juegos de suerte y azar. El problema es entonces si la atribución de facultades reglamentarias al Gobierno por los apartes acusados desconoce el reparto constitucional de competencias entre la ley y el reglamento en este campo. Para resolver ese interrogante, la Corte comenzará por recordar muy brevemente el sentido de la llamada reserva de ley, para luego determinar su alcance en relación con los monopolios rentísticos y, con esos elementos, estudiar el cargo planteado.

39- En numerosas ocasiones, esta Corte ha resaltado la importancia de la reserva de ley, y ha señalado que ésta “es una institución jurídica, de raigambre constitucional, que protege el principio democrático, al obligar al legislador a regular aquellas materias que el constituyente decidió que fueran desarrolladas en una ley”³⁷. La reserva de ley impone entonces “un límite tanto al poder legislativo como al ejecutivo. A aquel, impidiendo que delegue sus potestades en otro órgano, y a éste, evitando que se pronuncie sobre materias que, como se dijo, deben ser materia de ley”. En tal contexto, el actor acierta en señalar que es inconstitucional que una ley autorice a una autoridad administrativa para reglamentar materias que, por mandato superior, gozan de reserva de ley.

40- En relación con los monopolios rentísticos, la Carta, y en especial, el artículo 336 superior, delimitan una reserva legal de ciertos aspectos. Así, corresponde al Legislador establecer cuáles son los monopolios que son arbitrio rentístico y fijar el régimen propio a que están sometidos el control, la organización, la administración y la explotación de dichos monopolios (CP art. 336). Igualmente, el Legislador deberá definir las condiciones y los términos en los cuales el Gobierno enajenará o liquidará las empresas monopolísticas del Estado y otorgará a terceros el desarrollo de su actividad por no cumplir requisitos de eficiencia (CP art. 336).

Esta reserva legal de ciertos aspectos de la regulación de los monopolios rentísticos es natural y explicable, puesto que, como esta Corte lo ha resaltado, un monopolio legal representa una excepción a la iniciativa privada y a la libertad de empresa, ya que autoriza al Estado para el ejercicio de ciertas actividades, en tanto las prohíbe, en principio, a los particulares. Por ello, “en razón de ese carácter restrictivo de ciertos ámbitos de la libertad, el Constituyente reservó al Congreso el establecimiento de los monopolios.³⁸”. Ha dicho al respecto esta Corporación:

“Ahora bien: el establecimiento y desarrollo de un monopolio estatal implica la separación de los particulares del ejercicio de las actividades respectivas, en lo cual se advierte un límite a la libertad de empresa, al derecho a la libre competencia económica y al derecho de propiedad, límite que afecta el contenido esencial de la libertad y de los derechos aludidos, razón por la cual esa reserva al sector público debe llevarse a cabo por ley que expida el

Congreso de la República”

Según se desprende de la regulación constitucional y del carácter de límite a la libertad de empresa, al derecho a la libre competencia económica y al derecho de propiedad que entrañan los monopolios estatales; las disposiciones que los establecen y el régimen propio al que se refiere el artículo 336, deben contenerse en una ley, en sentido formal, ubicable en la categoría de las ordinarias 39.

Sin embargo, esta Corte también ha destacado que la reserva de ley de la regulación de los monopolios no es total, y por ello no excluye que existan materias cuya regulación pueda ser atribuida a las autoridades administrativas del orden nacional o territorial. Así, la sentencia C-338 de 1997, MP Jorge Arango Mejía, declaró la constitucionalidad del artículo 195 del decreto ley 1222 de 1986, según el cual “las Asambleas Departamentales pueden limitar el valor de cada sorteo de las loterías oficiales”. La Corte precisó que el hecho de “que la ley fije el régimen propio de los monopolios rentísticos, no implica en manera alguna que no pueda delegar en las Asambleas aspectos como el relativo al valor de los sorteos de las loterías”. Ese criterio fue reiterado por la sentencia C-256 de 1998, MP Fabio Morón Díaz, que autorizaba a los departamentos a “monopolizar la producción del alcohol imponible”. Dijo explícitamente esa sentencia “que el establecimiento de los monopolios rentísticos y la fijación de su régimen por la ley no impide la delegación de algunos aspectos”.

41- La Corte reitera los anteriores criterios, según los cuáles la reserva legal sobre el establecimiento de los monopolios rentísticos y la fijación de su régimen propio no impide que algunos aspectos de la regulación de esas actividades, que no fueron desarrollados ni tuvieron reserva de ley, puedan entonces ser reglamentadas por la autoridad administrativa. Y es que, insiste la Corte, a la ley corresponde obligatoriamente “fijar” el régimen propio al que están sometidos “la organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos”. Pero eso no significa que la ley deba necesariamente agotar todo el contenido de esta regulación, pues a ella corresponde únicamente “fijar” ese régimen, esto es, delimitar y estabilizar su alcance, estableciendo los elementos normativos básicos que definen la organización, administración, control y explotación de estas actividades. En tal contexto, la ley simplemente reafirma la posibilidad que tiene el Gobierno para definir, en virtud de la potestad reglamentaria, algunos elementos puntuales, técnicos y cambiantes del régimen. Esa expresa intención no es inconstitucional, pues por tratarse de una ley de naturaleza ordinaria, el legislador simplemente reconoce las atribuciones constitucionales del Gobierno.

42- Conforme a lo anterior, la Corte concluye que el actor yerra al sostener que toda la regulación de los monopolios rentísticos tiene reserva legal. Su cargo general contra las expresiones de los distintos artículos que hablan de reglamentación gubernamental carece entonces de sustento, pues la facultad de determinar ciertos aspectos de la organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos no es per se inconstitucional, sino que, por el contrario, es la propia Carta la que autoriza el reparto competencial y funcional. En consecuencia, para determinar la vulneración de la reserva legal, será necesario analizar no solo qué aspectos concretos fueron encomendados por el Legislador, sino también a quién fueron asignados.

Conforme a lo anterior, es posible que algunos elementos puntuales de la reglamentación, asignados al Gobierno en la Ley 643 de 2001, puedan tener reserva legal por referirse, por ejemplo, a la fijación del régimen propio de este monopolio rentístico. En esos casos, los apartes de la ley serían inexecutable. Sin embargo, el actor en ningún momento concreta su acusación de por qué una atribución específica contenida en un artículo determinado vulnera la reserva legal, ya que todo su argumento está construido sobre la idea de que la ley no podía conferir al reglamento la posibilidad de regular ningún aspecto de los monopolios rentísticos, tesis que ha resultado equivocada. En tal contexto, como el demandante no precisa por qué las distintas menciones efectuadas por la Ley 643 de 2001 a la reglamentación gubernamental vulneran la reserva legal, no es deber de esta Corte examinar concretamente cada uno de esos apartes, pues frente a ellos no existe realmente cargo constitucional. La Corte recuerda que a ella no le corresponde estudiar oficiosamente la constitucionalidad de las leyes ordinarias sino examinar las normas específicas que sean debidamente demandadas por los ciudadanos (CP art. 241). Y demanda en debida forma implica presencia de un cargo constitucional concreto contra el contenido normativo específico acusado.

43- Como se ha visto, nuevamente el actor formula un cargo general contra numerosos apartes de las disposiciones acusadas de la Ley 643 de 2001 pero no cuestiona en concreto el contenido normativo de los distintos apartes. Así mismo, la Corte ha encontrado que esa acusación general no tiene fundamento y, por las mismas razones señaladas en el fundamento 34 de esta sentencia, lo procedente es declarar la exequibilidad de esas disposiciones pero limitando la cosa juzgada. En consecuencia, la Corte declarará que las disposiciones acusadas no vulneran la Carta, en la medida en que no es cierto que la ley no pueda asignar competencias al Gobierno para la reglamentación de ciertos aspectos del régimen de este monopolio rentístico, algunos de los cuales se derivan de la propia naturaleza de la ley. Esta decisión obviamente no excluye que alguna de las facultades contenidas en esos artículos pueda ser posteriormente demandada por desconocer específicamente la reserva legal, o por vulnerar otros principios o reglas constitucionales.

La creación del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar y su función asesora en materia reglamentaria.

44- El análisis precedente es relevante para examinar el cargo dirigido contra la creación del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, previsto en el artículo 46 de la ley, y en especial contra la función que le adscribe el artículo 47 ordinal 4º de “preparar reglamentaciones de ley de régimen propio y someterlas a consideración del Presidente de la República”. Según el demandante, ese organismo y esa facultad intensifican el control de tutela sobre las entidades territoriales, afectando su autonomía.

45- La Corte considera que ese cargo no es de recibo pues, como se ha visto, la base de la acusación del demandante es su argumento, según el cual, los ingresos provenientes de las rentas del monopolio de juegos de suerte y azar son recursos endógenos de las entidades territoriales. Esa tesis no es cierta. En tal contexto, y teniendo en cuenta la amplia libertad del Congreso en esta materia, nada se opone a que la ley cree un organismo asesor del Gobierno central, orientado a la unificación de criterios, el planeamiento de políticas generales y la determinación de ciertos parámetros funcionales.

Es más, contrariamente a lo sostenido por el actor, el diseño de esta entidad no responde a una concepción centralista, ya que permite ampliar la participación de las entidades territoriales, pues de él también hacen parte los representantes departamentales y municipales. En efecto, conforme a la disposición acusada, ese consejo está integrado por (i) el Ministro de Salud, o su delegado, quien lo preside, (ii) el Ministro de Hacienda y Crédito Público, o su delegado, (iii) un representante de la Federación Nacional de Gobernadores, (iii) un representante de la Federación Colombiana de los Municipios, (iv) un representante de las organizaciones sindicales de los trabajadores de la Salud Pública designado por los representantes legales de tales organizaciones, y (v) un representante de las asociaciones médicas y paramédicas designado por los representantes legales de tales asociaciones. Además, a sus sesiones podrán asistir como invitados, si así lo decide el consejo, (i) el Superintendente Nacional de Salud, (ii) el Director Ejecutivo de la Federación Colombiana de Loterías Fedelco, (iii) el Presidente de la Federación Colombiana de Empresarios de Juegos de Azar Feceazar, (iv) el Presidente de Fecoljuegos o su delegado, (v) un miembro de la asociación nacional de distribuidores de loterías Andelote, y (vi) los servidores públicos o particulares que invite el consejo, con el fin de ilustrar mejor los temas de su competencia.

Todo lo anterior muestra que la norma acusada quiso conferir a esa entidad una composición y una dinámica pluralista, de tal manera que en ella pudieran participar representantes de los órganos nacionales vinculados a la problemática de este monopolio, de las entidades territoriales, y de asociaciones con intereses en el sector. La Corte concluye entonces no sólo que el cargo del actor carece de sustento sino que, además, la creación y regulación de ese Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar es expresión de las facultades del Congreso para crear entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica (CP art. 150 ord 7), y para, con una amplia libertad y margen de apreciación, fijar el régimen propio de los monopolios rentísticos (CP art. 336). La Corte declarará entonces la exequibilidad del artículo 46 acusado.

46- Igualmente, respecto de la acusación contra el numeral 4º del artículo 47 de la ley, la Corte destaca que no corresponde a una función decisoria, sino de asesoría y coordinación, que armoniza con el esquema propuesto por el legislador, pues el Consejo no expide las reglamentaciones sino que las prepara y las somete a consideración del Presidente de la República. En tales circunstancias, ese numeral acusado también será declarado exequible.

La creación de ETESA.

47- El estudio adelantado en los fundamentos anteriores permite abordar el cargo material del actor contra la creación de la empresa industrial y comercial del Estado ETESA. Según el demandante, el establecimiento de una entidad del orden nacional para la administración de determinados juegos no sólo desconoce la autonomía territorial sino que además aumenta los costos y afecta la eficiencia en la función administrativa.

48- La Corte considera que ese cuestionamiento no es de recibo pues, como se ha largamente explicado, la base de la acusación del actor es que todos los ingresos provenientes de los juegos de suerte y azar son un recurso endógeno de las entidades territoriales, que no puede ser regulado por el Congreso, lo cual no es cierto. Por ende, nada en la Carta se opone a que la disposición acusada prevea que una entidad nacional maneje

determinados juegos, mientras confiere a las entidades territoriales el manejo de otros juegos. Y es que existen diversas modalidades de juegos de suerte y azar, algunos susceptibles de realización en todo el territorio nacional, por lo cual es posible que la ley atribuya a una entidad nacional su manejo. Esa regulación no puede entonces ser atacada por vulnerar en sí misma la eficiencia, pues es razonable suponer que ese tipo de juegos nacionales puede ser manejado en forma más adecuada por una empresa de alcance nacional, que por las distintas entidades territoriales. Y es que precisamente, según lo señaló la correspondiente exposición de motivos, una de las finalidades de esta ley fue que la “administración y explotación del monopolio de las diversas modalidades de juego la realice la entidad territorial con mejores condiciones para hacerlo”⁴⁰, por lo cual la regulación prevé que los juegos locales sean manejados por las entidades territoriales, mientras que la gestión de los juegos nacionales o complejos, por novedosos, es conferida a ETESA. En efecto, la Ley 643 de 2001 le atribuye a esa empresa nacional la explotación de los juegos definidos en la ley como novedosos, los que no se atribuyen a otras entidades, y otros que le son expresamente conferidos por distintos artículos, como los juegos promocionales en el ámbito nacional, como lo señala el artículo 31.

De otro lado, la Corte precisa que gran parte de la titularidad de las rentas de los juegos asignados a la ETESA continúa asignada a los departamentos, el Distrito Capital y los municipios, a quienes serán transferidos los recursos de conformidad con las previsiones del artículo 40 de la ley. En efecto, esa disposición ordena que las rentas de esa empresa por la explotación de los juegos novedosos sean distribuidas en un 80% a los municipios y al Distrito Capital y un 20 % a los departamentos. En consecuencia, la titularidad de esas rentas se mantiene en las entidades territoriales, pero la administración y explotación de algunos juegos se reserva a una empresa nacional específica (ETESA), lo cual no vulnera ninguna cláusula constitucional.

Por último, como bien lo señala un interviniente, el diseño de la empresa tampoco responde a concepciones centralistas, pues el artículo 39 acusado señala que la junta directiva de ETESA estará conformada, entre otros, por cuatro (4) representantes de los alcaldes designados por la Federación Colombiana de Municipios, y por dos (2) representantes de los gobernadores, designados por la Conferencia Nacional de Gobernadores. Todo ello permite concluir que, contrario a lo afirmado por el actor, la norma busca asegurar la adecuada participación de las entidades territoriales en el manejo de esta modalidad de monopolios de juegos de suerte y azar.

La Corte declarará entonces la exequibilidad del mencionado artículo 39 de la Ley 643 de 2001.

50- Los anteriores argumentos también son suficientes para desechar los cargos dirigidos contra el aparte acusado del artículo 31, según el cual “los juegos promocionales del nivel departamental y municipal serán explotados y autorizados por la Sociedad de Capital Público Departamental (SCPD).” Repitiendo prácticamente la acusación contra la creación de ETESA, el demandante considera que esa expresión vulnera la autonomía territorial y afecta la eficiencia de estos monopolios. Ahora bien, conforme al artículo 14 de la ley, las Sociedades de Capital Público Departamental (SCPD) son creadas por la asociación de varios departamentos y/o el Distrito Capital. La participación en estas sociedades debe ser

autorizada por la Asamblea Departamental o el Concejo Distrital, a iniciativa del gobernador o alcalde, según el caso. Estas empresas y sociedades deberán tener personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, y su objeto social es la administración y operación de la lotería tradicional o de billetes, y de los demás juegos de su competencia asignados por la propia ley. En tal contexto, y conforme a los criterios desarrollados en los fundamentos anteriores de esta sentencia, nada se opone a que la ley atribuya el manejo de ciertos juegos a una entidad pública distinta a las entidades territoriales, puesto que esas rentas no son recursos endógenos de los departamentos y municipios. Y en este caso, resulta razonable que la ley establezca un reparto territorial del manejo de estos juegos promocionales, y atribuya a ETESA la explotación y autorización de los juegos nacionales, mientras que reserva a estas sociedades de capital público departamental (SCPD) la explotación y autorización de los juegos departamentales y municipales. La expresión acusada de ese artículo 31 será entonces declarada exequible.

La regulación de la contratación para la realización de rifas y juegos de azar, la autonomía territorial y la eficiencia.

51- El demandante acusa numerosos apartes de distintos artículos que regulan las formas y requisitos de contratación en este monopolio rentístico, pues considera que esa normatividad afecta la autonomía territorial y el principio de eficiencia, en la medida en que, según su parecer, esas regulaciones incrementan innecesariamente los costos, permiten apropiaciones privadas de esas rentas, y limitan la libertad de las entidades territoriales. Por ejemplo, argumenta el actor que el Legislador no puede señalar que los recursos de las entidades territoriales únicamente serán invertidos mediante la contratación con ciertas personas jurídicas, ya que ese mandato desconoce la autonomía de las entidades territoriales. Igualmente considera que la cesión a terceros de la operación de apuestas permanentes supone la generación de costos que podrían ser innecesarios. En ese mismo contexto, también señala que la obligación de entregar a terceros la operación de juegos novedosos, apuestas permanentes y rifas, permite que ellos se queden con una parte de la renta, disminuyendo así los recursos para la salud. Así mismo, observa que de obligarse a las entidades a contar con cuentas especiales definidas para cada juego (artículo 6º literal c y artículo 8º), que para el actor significa cada sorteo, ellas no podrían adelantar las operaciones para obtener renta alguna. Igualmente, considera una injerencia indebida la limitación impuesta en el artículo 7º de la ley, pues ella no puede restringir el periodo de los contratos de concesión ni de los juegos de apuestas permanentes (artículo 22), so pena de invadir el ámbito de la autonomía territorial.

52- La Corte considera que para estudiar las anteriores acusaciones es necesario distinguir entre la titularidad de las rentas, siempre asignada a los departamentos, el Distrito Capital y los municipios, y la titularidad para explotar los juegos, conferida a ciertas entidades específicas. Así, la ley considera que la explotación directa solamente puede hacerse por intermedio de empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades de economía mixta o sociedades de capital público establecidas en la ley para tal fin (artículo 6º). Y señala que la explotación de loterías tradicionales, así como la explotación directa de los juegos de apuestas permanentes o chance corresponde a los departamentos y al Distrito Capital, por intermedio de las empresas industriales y comerciales del Estado del orden departamental o distrital, o de las Sociedades de capital público departamentales o distritales (artículos 12, 14

y 22). En el mismo sentido advierte que los juegos promocionales del nivel departamental y municipal serán explotados y autorizados por la Sociedad de Capital Público Departamental (artículo 31).

A pesar de lo anterior, en todos los casos la ley también autoriza la explotación por intermedio de terceros o en forma asociada, tal y como lo establece el artículo 7º de la ley.

53- La Corte considera que bien puede el Legislador recurrir a distintas modalidades de desarrollo de estos monopolios rentísticos, pues la Carta confiere al Congreso una amplia libertad de configuración en este campo, tal y como esta Corte lo ha destacado en recientes decisiones. Así, la sentencia C-1108, MP Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra, señaló que “en la medida en que es la propia ley la que establece el monopolio, el legislador cuenta con un amplio margen de apreciación para el efecto, dentro de parámetros de razonabilidad y proporcionalidad”. Y, por su parte, la sentencia C-1114, MP Alvaro Tafur Galvis, destacó esa amplia libertad de configuración del Legislador en los siguientes términos:

“Bien habría podido el legislador, como lo ha hecho de tiempo atrás con otros juegos de suerte y azar, atribuir la gestión de las rifas a organismos estatales; no obstante ha señalado que sin perjuicio de la titularidad de la renta en cabeza de entidades públicas (entidades territoriales y una entidad nacional) la gestión de las rifas se efectúe siempre a través de terceros (particulares) en virtud de autorización de los organismos titulares. Es decir que los particulares si pueden gestionar las rifas, pero en las condiciones que señale la ley, que lo será la de régimen propio de los juegos de suerte y azar conforme al inciso 3 del artículo 336 de la Constitución Política. No sobra reiterar al respecto que la gestión y explotación de dichos juegos no se ubica dentro del ámbito de la libertad económica y la iniciativa privada (Cfr. Sentencia C-291 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y que de todos modos, antes y después de la Ley 643 de 2001, la gestión de las rifas por los particulares ha estado sujeta al otorgamiento de autorizaciones que en su esencia son temporales, por parte de las autoridades competentes”.

En tales circunstancias, es claro que la ley, a quien corresponde en principio reglamentar los monopolios, puede establecer distintas modalidades de desarrollo de estas actividades. Esto además pone en evidencia que, lejos de vulnerar la autonomía territorial, las normas acusadas confieren a los entes territoriales un abanico de opciones para que, atendiendo los criterios que estimen pertinentes, de manera libre y voluntaria determinen cuál de esas modalidades prefieren. Por ello, esta Corporación considera que la imposición de algunos requisitos para la explotación directa de algunos juegos, como la conformación de ciertas empresas, no significa vulneración de la autonomía territorial, ni desconocimiento del principio de eficiencia, puesto que no sólo se trata de temas que corresponde regular al Congreso, sino que, además, la propia ley señala los criterios de eficiencia a los cuales están sujetas estas empresas y que condicionan su viabilidad (artículos 50 y 51). Y frente a la operatividad de los juegos de suerte y azar mediante terceros, es la propia Constitución la que autoriza a los particulares su ejercicio, no solo en forma genérica, como derivado de la libertad de empresa (CP art. 333), sino, además, de manera especial en la práctica monopolística del Estado (CP art. 336). En todo caso, resulta claro que la titularidad de la práctica se mantiene en cabeza del Estado, quien por intermedio de la ley faculta a las

entidades territoriales para adoptar o no esta modalidad de explotación.

54- Por todo lo anterior, la Corte considera que no es de recibo el argumento del demandante, según el cual la ley no podía establecer condicionamientos contractuales ni procedimientos específicos, sino simplemente garantizar la estabilidad macroeconómica y la destinación específica de las rentas al sector salud, pues de lo contrario vulneraría la autonomía territorial. En efecto, como ya se precisó en esta sentencia, las entidades territoriales tienen derecho a disfrutar las rentas obtenidas por la explotación de los monopolios de suerte y azar, pero esas entidades tienen que ajustarse a los lineamientos del legislador por cuanto estableció el régimen propio de los monopolios y, en particular, deberán destinarlas a los servicios de salud de conformidad con las orientaciones establecidas en la ley. Pues bien, aún cuando la ley establece algunas restricciones, que en principio parecerían limitar la autonomía, lo cierto es que éstas tan solo constituyen parámetros generales que aseguran la utilización efectiva de los recursos, pero dejan en manos de las entidades la posibilidad de acudir a diferentes esquemas de contratación, que armonizan con el resto del ordenamiento, especialmente con la ley 80 de 1993. De cualquier manera, cuando la ley refiere que deberá contratarse directamente con ciertas entidades, no significa que puedan excluirse los principios de transparencia, economía y selección objetiva, ni desatenderse los principios orientadores de la función administrativa (CP art. 209).

55- En tal contexto, la Corte considera que tampoco es de recibo la acusación según la cual los ingresos para la salud resultan menguados ante la actividad de terceros pues, dentro de la libertad de configuración atribuida al legislador, se contempla el pago de algunos derechos de explotación correspondientes, en últimas, a las rentas de dicha actividad. Además, según lo explicado en la jurisprudencia de esta Corporación, no todo aquello que las entidades territoriales reciben por concepto de monopolios rentísticos ha de estar, indefectiblemente, destinado a la salud puesto que, “en estricto sentido, la renta del monopolio está constituida por los ingresos que percibe el titular del mismo, una vez deducidos los costos y cargos de administración”⁴¹. En otra oportunidad la Corte precisó lo siguiente⁴²:

“Tampoco puede sostenerse la tesis de que absolutamente todo lo que tales entidades reciban por concepto de su actividad deba destinarse indiscriminadamente a la salud. Una concepción absoluta de esa destinación llevaría al absurdo de que no les sería permitido atender, con los recursos provenientes de su objeto, los gastos indispensables para su propio funcionamiento o para el pago de los impuestos, tasas y contribuciones a su cargo. Obsérvese, por ejemplo, cómo en reciente sentencia de esta Corte se ha dejado en claro que, según la Constitución, los sujetos pasivos del impuesto sobre tiquetes, boletas y billetes de rifas y apuestas, que son precisamente instrumentos para la explotación de juegos de suerte y azar, son los empresarios que organizan tales eventos, es decir, quienes explotan el monopolio correspondiente (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-537 del 23 de noviembre de 1995. M.P.: Dr. Hernando Herrera Vergara).”

56- Por último, la Corte también destaca que muchos de los cargos del actor sobre la supuesta ineficiencia o rigidez de la ley demandada se fundan en interpretaciones equivocadas o descontextualizadas de las disposiciones acusadas. Así, el demandante argumenta que el artículo 24 de la ley excede las facultades autorizadas por la Carta al legislador, pues llega al punto de fijar, de manera inflexible, el valor del premio para los

chances de cuatro cifras (\$4500 por cada peso apostado), lo cual desconoce los avatares del mercado y otros factores como la inflación. No obstante, el demandante omite hacer referencia a la transitoriedad de la medida, pues el artículo 24 establece que esa regulación opera hasta tanto el Gobierno Nacional expida el correspondiente plan de premios del juego de apuestas permanentes o chance.

57- Por todo lo anterior, la Corte concluye que los cargos del actor contra esas expresiones por vulnerar el principio de eficiencia y la autonomía territorial (CP arts 209 y 287) carecen de todo sustento, por lo cual esos apartes acusados serán declarados exequibles. Por las razones señaladas en los fundamentos 34 y 43, la Corte limitará el alcance de la cosa juzgada.

Las acusaciones por vulneración del principio de igualdad.

58- Como se señaló en el resumen de la demanda, el actor acusa varias disposiciones por establecer regulaciones discriminatorias, que afectan la igualdad.

Los intervinientes y el Ministerio Público consideran que todos esos cargos carecen de sustento, no sólo porque el demandante desconoce la libertad que tiene el Legislador en la regulación de los monopolios rentísticos sino además porque se basan en interpretaciones equivocadas del sentido y alcance de las disposiciones impugnadas.

Corresponde entonces a la Corte examinar si los apartes acusados por violar la igualdad son o no realmente discriminatorios. Para resolver ese interrogante, esta Corporación comenzará por recordar muy brevemente la relación que existe entre la libertad del Legislador en la regulación de los monopolios rentísticos y el alcance del juicio de igualdad en esta materia, para luego examinar específicamente las distintas acusaciones del demandante.

El control judicial de igualdad y la libertad de configuración del Legislador en la regulación de los monopolios rentísticos.

59- El control judicial del respeto de la igualdad de trato es una operación compleja, por cuanto el análisis realizado por el juez, cuando ejerce el control, en cierta forma se superpone a unas consideraciones sobre la igualdad realizadas previamente por el Legislador o por la autoridad administrativa cuando expidieron el acto sujeto a control. En efecto, al expedir el acto, la autoridad política juzgó que para obtener un objetivo era válido establecer una determinada diferenciación. Esto significa que para esa autoridad, esa diferenciación no es discriminatoria. Posteriormente, al examinar la constitucionalidad de esa regulación, debe el juez estudiar si esa apreciación de la autoridad respeta o no la igualdad de trato, según la cual debe tratarse de manera igual aquello que es igual, y en forma distinta a las personas y situaciones que son distintas.

El gran problema para aplicar esa máxima es que, como lo han destacado en forma insistente los filósofos⁴³ y lo ha reconocido esta Corte, no existen en sí mismas situaciones o personas que sean totalmente iguales o totalmente distintas. Y eso es así porque ninguna situación ni persona es totalmente igual a otra, pues si lo fuera, sería la misma situación y la misma persona; y, en ese mismo contexto, ninguna situación es totalmente distinta, pues siempre existen algunos rasgos comunes entre los eventos más diversos, como puede ser al

menos el hecho de que son eventos, o entre las personas, como es el hecho de tener ciertos rasgos comunes. En tales circunstancias, las desigualdades o igualdades entre las personas o las situaciones no son nunca absolutas sino siempre parciales, esto es, desigualdades o igualdades desde cierto punto de vista. Por ejemplo, supongamos que hay dos jugadores de baloncesto, Juan, que es colombiano y Pedro, que es venezolano, y el primero ha cometido un crimen. Sus situaciones son entonces iguales pues ambos son deportistas y latinoamericanos. Pero sus situaciones son también distintas, en la medida en que tienen nacionalidades diversas y uno de ellos ha cometido un hecho punible.

60- Conforme a lo anterior, para precisar si el trato diferente a dos grupos de situaciones o personas desconoce o no la igualdad es necesario establecer un criterio o *tertium comparationis* a partir del cual se pueda determinar si las situaciones o las personas son o no iguales. Ahora bien, es obvio que ese criterio no puede ser arbitrario sino que debe ser relevante, de acuerdo a la finalidad misma que persigue el trato normativo que se analiza. Así, no podría, por ejemplo, Juan alegar que se violó la igualdad porque él fue condenado penalmente, mientras que Pedro no, y ambos son deportistas, pues es obvio que esa identidad entre ellos en ese aspecto, no es relevante para determinar si se les debe imponer o no sanción criminal. Igualmente, no podría exigir Pedro que se le dejara votar en Colombia como Juan, alegando que ambos son deportistas, por lo cual tienen los mismos derechos, pues lo relevante en este caso es que sólo uno de ellos es nacional colombiano, y por eso bien puede el ordenamiento restringirle al otro el derecho al voto.

61- El anterior análisis ya permite precisar un poco más el alcance de la igualdad, en los siguientes términos: este principio exige que deben ser tratadas de la misma forma dos situaciones que sean iguales, desde un punto de vista o *tertium comparationis*, que sea relevante, de acuerdo a la finalidad perseguida por la norma, o por la autoridad política. El problema que subsiste, en materia de control judicial del respeto a la igualdad es que los jueces deben evaluar si el trato diferente llevado a cabo por el órgano político se funda o no en situaciones diferentes. Ahora bien, es obvio que al adelantar ese trato diferente, la autoridad política utilizó algún criterio para diferenciar las situaciones y las personas. Por consiguiente, el juez entra a evaluar si ese criterio invocado por la ley es o no relevante y válido para diferenciar las situaciones. En el fondo, el escrutinio judicial de la igualdad es un juicio judicial de igualdad que se superpone a un juicio político previo adelantado por la autoridad política. Sin embargo, la dificultad es que, al hacer tal análisis, el juez podrá, en cualquier caso, incurrir en dos vicios extremos, igualmente perjudiciales: la inocuidad del derecho a la igualdad o su dominio absoluto sobre los otros principios y valores constitucionales.

Así, siempre podría el juez considerar que el criterio de diferenciación invocado por la autoridad política es relevante, y que por ende, la autoridad política podía establecer el trato distinto. Pero también puede la igualdad tornarse un derecho "imperial", que es capaz de acabar con la totalidad del ordenamiento jurídico, pues frente a cualquier trato distinto, podría el juez invocar un criterio igualador que supuestamente exigiría un trato igual.

62- El anterior análisis muestra que una de las grandes dificultades en el control del respeto a la igualdad es hasta qué punto debe el juez respetar el criterio de diferenciación usado por las autoridades políticas, a fin de evitar un análisis demasiado estricto, que podría aniquilar el

ordenamiento legal, o por el contrario adelantar un escrutinio demasiado respetuoso del legislador, que vacíe de eficacia este derecho. La única forma de superar esa dificultad es modular la intensidad del juicio de igualdad, teniendo en cuenta el grado de libertad de que goza la autoridad política. Esto conduce a una regla elemental pero trascendental, que podría ser formulada así: entre mayor es la libertad de configuración del legislador en una materia, más deferente debe ser el control constitucional del respeto de la igualdad, mientras que ese escrutinio judicial debe ser más riguroso cuando el Legislador utiliza criterios o regula esferas en donde su margen de apreciación ha sido restringido por la propia Constitución.

63- La necesaria modulación del juicio de igualdad y su relación con el grado de libertad de configuración de la autoridad política ha sido reconocida por esta Corte en innumerables ocasiones. Así, la sentencia C-093 de 2001, MP Alejandro Martínez Caballero, señaló al respecto:

“En aquellos campos en donde la Carta confiere a las mayorías políticas, representadas en el Congreso, una amplia libertad de apreciación y configuración, entonces el escrutinio judicial debe ser más dúctil, a fin de no afectar la discrecionalidad legislativa, que la propia Constitución protege. En estos eventos, y por paradójico que parezca, el estricto respeto de la Carta exige un escrutinio judicial suave, que sea respetuoso de la libertad política del Congreso, a fin de que el juez constitucional no invada las competencias propias del Legislador.

Por el contrario, en aquellos asuntos en que la Carta limita la discrecionalidad del Congreso, la intervención y control del juez constitucional debe ser mayor, a fin de respetar el diseño establecido por la Constitución. En esas situaciones, el escrutinio judicial debe entonces ser más estricto, por cuanto la Carta así lo exige.

Conforme a lo anterior, la severidad del control judicial se encuentra inversamente relacionada con el grado de libertad de configuración por parte del legislador. Así, si se trata de ámbitos en donde el Congreso goza de una amplia discrecionalidad de regulación, entonces el control judicial debe ser menos intenso, precisamente para que el juez no anule la libertad del Legislador. En cambio, en aquellos campos en donde la Constitución limita la discrecionalidad del Congreso, la injerencia del juez constitucional es mayor y el control constitucional debe ser más estricto”.

Por su parte, la reciente sentencia C-673 de 2001, MP Manuel José Cepeda Espinosa, Fundamento 7.2 reiteró ese criterio, en los siguientes términos:

“La intensidad leve como punto de partida del test de razonabilidad tiene como fundamento el principio democrático, así como la presunción de constitucionalidad que existe sobre las decisiones legislativas. La aplicación ordinaria de un test leve en el análisis de razonabilidad tiene como finalidad exigir que el legislador no adopte decisiones arbitrarias y caprichosas sino fundadas en un mínimo de racionalidad.

(...)

Aunque el test de razonabilidad leve es el ordinario, cuando existen razones de peso que ameriten un control más estricto se ha aumentado su intensidad al evaluar la

constitucionalidad de una medida. En principio el legislador goza de una amplia potestad de configuración. No obstante, las limitaciones constitucionales impuestas al legislador en determinadas materias en la propia Constitución justifican en determinados casos la aplicación de un test de mayor intensidad.”.

64- Las anteriores consideraciones son suficientes para concluir que en el presente caso procede un escrutinio flexible de igualdad pues, como se ha señalado insistentemente en esta sentencia, la Carta ha conferido al Congreso una amplia libertad para configurar los monopolios rentísticos. Así, la reciente sentencia C-1108 de 2001, MP Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra tuvo que estudiar si violaba o no la igualdad que la ley estableciera derechos de explotación distintos para las apuestas sobre carreras hípcas foráneas, según si dicha explotación era o no llevada a cabo por operadores de apuestas hípcas nacionales. La Corte comenzó su análisis por precisar lo siguiente:

“A juicio de la Corte, para determinar si este trato diferente tiene o no un fundamento objetivo y razonable, es necesario acudir a un juicio de razonabilidad y proporcionalidad integrado con un criterio flexible de escrutinio, dada la naturaleza del asunto. En efecto, de conformidad con la jurisprudencia, en materias económicas la amplia libertad de configuración del legislador impone al juez constitucional llevar a cabo un test de igualdad de baja intensidad, el cual puede integrarse con un examen que determine si el legislador, al establecer el trato desigual, buscó un objetivo constitucionalmente válido y utilizó para ello un medio indispensable, adecuado y estrictamente proporcionado.”

Con los anteriores criterios, entra la Corte a examinar los distintos cargos del demandante por violación de la igualdad.

Derechos de explotación, gastos de administración según juegos, y principio de igualdad.

65- Según el actor, el artículo 9º es violatorio de la igualdad pues establece como gastos de administración, cuando intervienen terceros, un porcentaje reducido de 1% de los derechos de explotación, mientras que, por el contrario, la misma ley prevé, para juegos no específicamente regulados (como el denominado Lotto en línea), un 17% de los ingresos brutos como derechos de explotación.

66- De un lado, tal y como la Corte lo señaló, la Constitución autoriza una regulación diferente de los distintos juegos de suerte y azar, ya que éstos tienen características distintas. Así lo señaló con claridad la sentencia C-1114 de 2001, MP Alvaro Tafur Galvis, que tuvo que analizar si desconocía o no la igualdad que la ley estableciera regímenes distintos para diversos juegos. Dijo entonces la Corte:

“Si bien es cierto que podría afirmarse que tanto los particulares que gestionan las rifas o venden las boletas para participar en ellas, como quienes gestionan el juego de apuestas permanentes y expenden los formularios para la participación en éstos desarrollan una misma actividad, pues tanto las rifas como las apuestas permanentes (chance) son juegos de suerte y azar, es lo cierto que conforme a la ley, hoy la 643 de 2001, de régimen propio de tales juegos, la estructuración de los mismos es diferente y por ello el régimen económico de cada uno tiene particularidades frente al otro, así como el sistema de acceso a la gestión del juego”.

Esta diversa regulación de los distintos juegos no es entonces en sí misma discriminatoria ya que, dentro de la amplia libertad de que goza en este campo, bien puede el Legislador considerar que las diferencias entre los sorteos justifican el establecimiento de reglas que no sean uniformes. El punto fue expresamente debatido en el seno del Congreso y uno de los ponentes explicó la conveniencia de adoptar un régimen diferenciado, con las siguientes palabras:

“También es distinto cada modalidad de juegos de suerte y azar, porque la estructura de los costos de cada uno es diferente. No es lo mismo la estructura de costos de las loterías que la estructura de costos de las apuestas permanentes, y no es la misma ni la una ni la otra de los juegos localizados y tampoco es lo mismo de las rifas promocionales, etc. Por eso la tarifa única general del 17% es una tarifa simplista, sin estudiar el punto de vista de los costos. Ejemplo: la hípica reparte el 75% o el 80% en premios; las apuestas permanentes según datos que manejan algunos expertos en la materia, es del 50% en premios; las loterías del 40.5% en premios; por lo tanto los costos no son iguales. Los gastos de comercialización son el 25% y, los gastos de administración el 10%⁴⁴”.

67- De otro lado, los derechos de explotación y los gastos de administración son conceptos diversos. Así, como ya lo explicó esta Corte⁴⁵, la Ley 643 de 2001 autoriza que este monopolio rentístico sea operado en ciertos juegos por terceros, y en tal caso, la renta del monopolio son los derechos de explotación, previstos anticipadamente por la ley, y que deben ser transferidos a los servicios de salud por el operador. Estos derechos son entonces distintos de los costos de administración en que incurre el operador, a los cuales la ley fija también un límite. No hay pues ninguna razón, ni conceptual ni constitucional, por la cual los costos de administración señalados por la ley para un tipo de juego deban ser iguales a los derechos de explotación previstos para otros sorteos.

Por todo lo anterior, el cargo del actor contra el artículo 9º carece de todo sustento.

68- La distinción precedente entre derechos de explotación y gastos administrativos permite examinar también el cargo contra el aparte acusado del parágrafo del artículo 22. Según el actor, esa disposición autoriza que en los casos de Bogotá y Cundinamarca, los gastos administrativos de explotación puedan ser descontados de los ingresos, sin limitación alguna, mientras que para los demás entes territoriales, el artículo 12 establece la prohibición taxativa de realizar ese descuento. Ese trato diferente es, según el demandante, discriminatorio. Por el contrario, la Vista Fiscal considera que esa diferencia de trato se justifica debido a las especiales relaciones que tiene Bogotá con el departamento de Cundinamarca. Entra pues la Corte a examinar si el aparte acusado del artículo 22 es o no discriminatorio, para lo cual comienza por precisar el alcance de esa disposición y su relación con el artículo 12, pues el cargo de igualdad está estructurado sobre la comparación de esas dos disposiciones.

69-. El artículo 12 regula las loterías, que son directamente explotadas por el Distrito Capital y por los departamentos. En tal contexto, el inciso tercero prohíbe que los derechos de explotación sean utilizados para cubrir los gastos de administración en que incurran esas entidades territoriales, que es una forma de proteger los recursos de salud y asegurar la

eficiencia en el manejo de las loterías. Por su parte, el artículo el artículo 22 se refiere a otro tipo de juego: las llamadas apuestas permanentes o chance, que pueden también ser operadas por los particulares. El párrafo acusado señala entonces la manera como debe hacerse el reparto de los ingresos provenientes del chance realizado en Bogotá y Cundinamarca, y establece que éstos continuarán distribuyéndose en un setenta por ciento (70%) para el Fondo Financiero de Salud de Bogotá y el treinta por ciento (30%) para el Fondo Departamental de Salud de Cundinamarca, “descontados los gastos administrativos de la explotación.”. Para comprender el sentido de esa expresión, es necesario tener en cuenta que el artículo 9º de la ley establece que si el juego es operado por terceros, deberá reconocerse a la entidad administradora del monopolio unos gastos administrativos. La expresión acusada está entonces simplemente recordando que en el caso del chance en Bogotá y Cundinamarca, las entidades administradoras tienen derecho a esos gastos administrativos, que deben ser descontados antes de que se realice el traslado a los respectivos fondos de salud.

La Corte considera que en este caso, nuevamente la acusación se funda en un equívoco conceptual, pues las disposiciones regulan cosas distintas. Además, el actor desconoce la libertad del Legislador para regular de manera diversa las distintas modalidades de juego. El cargo será entonces desechado.

70- Según el actor, la ley obliga a las empresas a transferir en forma casi inmediata los ingresos de loterías y apuestas permanentes, pues según el artículo 12, ello debe ocurrir dentro de los diez primeros días del mes siguiente a la realización del sorteo, mientras que a la empresa ETESA le autoriza dicha transferencia en forma semestral, y sin fijar un tope para gastos de administración.

La Corte considera que nuevamente el cargo de la igualdad debe ser desestimado, por estar fundado en una asimilación indebida. En efecto, el artículo 12 se refiere a la transferencia que deben hacer a los fondos de salud las entidades territoriales que explotan las loterías. Por su parte, el artículo 40 regula un fenómeno diverso pues se trata de la distribución de los recursos que debe hacer ETESA a cada una de las entidades territoriales, quienes son las beneficiarias de esas rentas. No existe pues ninguna razón por la cual la ley obligatoriamente debía establecer un plazo idéntico para esas operaciones, que tienen lógicas y dinámicas diversas.

71- Por todas estas razones, la Corte concluye que los ataques del demandante contra las anteriores normas, por violar la igualdad, no son de recibo, pues desconocen la libertad del Legislador en este campo y se fundan en interpretaciones erradas de la ley acusada. Las normas serán declaradas exequibles pero, por las razones señaladas en los fundamentos 34 y 43, la Corte limitará el alcance de la cosa juzgada constitucional. Esto significa que esas expresiones serán declaradas constitucionales, por cuanto el ataque de igualdad del actor carecía de todo fundamento, pero ese pronunciamiento no excluye que algunos de esos mandatos pueda ser posteriormente demandado por desconocer, por otras razones, la igualdad, o por vulnerar otros principios o reglas constitucionales.

El mantenimiento de la lotería de la Cruz Roja, el principio de igualdad y el régimen de monopolios rentísticos.

72- El actor considera que el primer párrafo del artículo 12 de la ley acusada es discriminatorio, pues mientras que la ley es exigente frente a los gastos de las entidades estatales que manejan loterías, guarda silencio en relación con la Cruz Roja y su lotería. Además, según su parecer, los recursos de esta lotería no están obligatoriamente destinados a los servicios de salud, por lo cual el párrafo desconoce la destinación específica que les consagra la Carta.

Algunos intervinientes y el Ministerio Público consideran que el cargo no tiene sustento, pues el propio párrafo acusado establece que esa lotería debe sujetarse a las disposiciones previstas en la ley, y el trato especial en favor de la Cruz Roja se justifica por la naturaleza particular de esa organización. Entra pues la Corte a examinar si el mantenimiento de la lotería de la Cruz Roja configura o no un trato discriminatorio.

73- En primer lugar, es necesario advertir que la Sociedad Nacional de la Cruz Roja Colombiana obtuvo su reconocimiento como persona jurídica mediante la resolución ejecutiva del 22 de febrero de 1916, habiendo sido reformada en los años 1928, 1988 y 1993, con las correspondientes aprobaciones gubernamentales⁴⁶. Se constituye como una asociación sin ánimo de lucro y que, según sus estatutos, hace parte del Movimiento Internacional de la Cruz Roja⁴⁷ y de la Media Luna Roja, de conformidad con las Resoluciones adoptadas por la Conferencia de Ginebra de 1863, los Convenios de Ginebra de 1949, así como sus protocolos adicionales de 1977 a los cuales adhirió y ratificó el Estado colombiano⁴⁸.

La Cruz Roja Colombiana es también auxiliar del Servicio de Sanidad del Ejército (decreto 313 de 1922), ostenta reconocimiento oficial como Institución Nacional de Asistencia Pública (ley 142 de 1937), y está encargada de establecer y coordinar el “Socorro Nacional en caso de Calamidad Pública” (ley 49 de 1948). Por su parte, la misión humanitaria que desempeña consiste, entre otros, en “prevenir y aliviar el sufrimiento de los seres humanos en todas las circunstancias, así como proteger la vida y la salud (...)”.⁴⁹

Ahora bien, tomando en consideración las precisiones introducidas por la Constitución de 1991, especialmente en cuanto al régimen de monopolios de loterías y la destinación exclusiva de sus recursos, el Decreto 178 de 1996 señaló expresamente lo siguiente:

“Artículo 1º.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 336 de la Constitución Política, las rentas obtenidas por la explotación de la Lotería de la Sociedad de la Cruz Roja Colombiana, estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud que ella misma presta de conformidad con los tratados y convenios internacionales, las leyes 142 de 1937, 49 de 1948, como a sus restantes finalidades de orden humanitario y social, preestablecidas en la ley 2ª de 1964, y demás disposiciones legales y reglamentarias hasta ahora existentes con relación a la referida entidad, y en sus propios estatutos” (Subrayado fuera de texto)

A su vez, el artículo segundo del mismo decreto considera que debe entenderse por salud, “el estado completo de bienestar físico, mental y social y no solo la ausencia de enfermedad”.

74- De esta manera, la Corte coincide con los intervinientes y con el Ministerio Público en que el demandante no interpreta adecuadamente la disposición acusada. En efecto, es claro que

el párrafo acusado autoriza a la Cruz Roja a que siga explotando su lotería tradicional, pero expresamente la sujeta a los mandatos de la propia ley, ya que señala que “la explotación, operación y demás aspectos de los mismos se regirán por las disposiciones establecidas en la presente ley, y en las normas legales y tratados internacionales que se refieren a la organización y funcionamiento de la Sociedad Nacional de la Cruz Roja Colombiana.”

Además, este trato en favor de la Cruz Roja no configura una regulación discriminatoria. En efecto, recordando que la ley tiene una amplia libertad de configuración en ese campo, bien puede el Congreso reconocer las características particulares que tiene la organización de la Cruz Roja, y permitirle entonces que mantenga la explotación de su lotería, sin que esa decisión desconozca la destinación de estos recursos, pues, como bien lo indica uno de los intervinientes y la Vista Fiscal, la Cruz Roja es una genuina entidad prestadora de servicios de salud, encaminada al bienestar físico, mental y social de las personas.

El análisis precedente muestra que la Cruz Roja es una especial entidad de utilidad común que presta servicios de salud, lo cual justifica la autorización para continuar explotando su lotería tradicional, pero sin que por este hecho se haga extensiva la facultad a cualquier entidad de carácter privado pues, insiste la Corte, es esa especial naturaleza la que autoriza la excepción legal. Sin embargo, ante la estricta previsión constitucional en cuanto a la destinación de los recursos, y a pesar de que la Cruz Roja Colombiana es una institución de utilidad común, la Corte considera necesario condicionar la constitucionalidad de la norma acusada, bajo el entendido que las rentas obtenidas en la explotación de su lotería estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud que se atiendan por esa entidad, pues de lo contrario se estaría desconociendo el mandato del inciso 4º del artículo 336 Superior.

La prohibición de gravar el monopolio rentístico y el principio de igualdad.

75- Entra por último la Corte a examinar la acusación contra el aparte demandado del artículo 49, según el cual, los juegos de suerte y azar regulados por esta ley 643 de 2001 “no podrán ser gravados por los departamentos, distrito o municipios, con impuestos, tasas o contribuciones, fiscales o parafiscales distintos a los consagrados en la presente ley”. Según el actor, esa norma interfiere con la autonomía municipal y es discriminatoria, pues conduce a que los municipios no puedan cobrar el impuesto de industria y comercio por los ingresos que los empresarios derivan de su actividad.

76- La Corte considera que el anterior cargo no es de recibo, pues en ya en anteriores oportunidades esta Corporación había concluido que la ley puede limitar la posibilidad de que las entidades territoriales graven los monopolios rentísticos. De un lado, las sentencias C-573 de 1995 y C-587 de 1995 analizaron la objeción según la cual estos monopolios de juegos de suerte y azar no pueden ser gravados por ninguna contribución fiscal, por cuanto la imposición de un impuesto implicaría una desviación de estos dineros hacia actividades distintas a la salud, mientras que la Carta ordena que las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud (CP art. 336). La Corte concluyó que esa objeción no era de recibo, y que esas actividades podrían ser gravadas. Dijo entonces esta Corporación:

“La norma plasmada en el artículo 336 de la Constitución debe interpretarse de manera razonable, por lo cual resulta inadmisibles sostener que toda entidad cuyo objeto sea la

explotación de los juegos de suerte y azar, por el hecho de que las rentas obtenidas de esa actividad estén exclusivamente destinadas a los servicios de salud, deba forzosamente estar exenta del pago de impuestos a nivel nacional, departamental, distrital o municipal. Tal beneficio no se deduce de la norma constitucional, que no consagra exención alguna y que se limita, dentro de un criterio acorde con los postulados del Estado Social de Derecho, a canalizar los ingresos que se perciban por el aludido concepto hacia uno de los fines prioritarios en la orientación de la economía, cual es el de satisfacer las apremiantes necesidades de salud de los colombianos.

Debe recordarse, por otra parte, que la Constitución ha dejado en cabeza del legislador -el Congreso de la República, por iniciativa del Gobierno- y de las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales, en sus respectivos ámbitos de competencia, la facultad de definir los casos de exención en cuanto al cobro de tributos (artículos 150, numeral 12; 154; 300, numeral 4; 313, numeral 4, y 294 de la Constitución). A tales organismos la Carta Política no les ha impuesto la obligación de exonerar de tributos a las personas jurídicas que explotan monopolios, como los de suerte y azar y de licores, o de plasmar excepciones a su favor en cuanto a la obligación genérica, a todos exigida según el artículo 95, numeral 9, de la Constitución, de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de los conceptos de justicia y equidad.⁵¹

Por consiguiente, en principio es posible que los juegos de renta y azar sean gravados. Por su parte, la sentencia C-521 de 1997, MP José Gregorio Hernández Galindo, estudió si la prohibición de que las entidades territoriales gravaran los juegos de suerte y azar vulneraba o no la autonomía territorial, y en especial el mandato según el cual la ley no puede conceder exenciones ni tratamientos preferenciales en relación con los tributos de propiedad de las entidades territoriales (CP art. 294). La Corte concluyó que esa prohibición legal no afectaba la autonomía territorial ni desconocía el artículo 294 superior, pues ese precepto alude “a tributos ya existentes y no tiene el alcance de inhibir al Congreso de la República para señalar los límites dentro de los cuales pueden las entidades territoriales ejercer hacia el futuro su poder impositivo”. Dijo entonces la Corte:

“El concepto de exención, como el de tratamiento preferencial, prohibidos al Congreso por el artículo 294 de la Carta, implican el reconocimiento de que ya existen unos gravámenes de propiedad de las entidades territoriales, respecto de los cuales, mediante tales modalidades - y eso es lo proscrito por la Constitución-, se pretende excluir a instituciones o personas, con menoscabo de los patrimonios de aquéllas, tal como lo destacó la transcrita jurisprudencia de esta Corte. Pero dichos conceptos no son aplicables cuando de lo que se trata es de fijar, de manera general y abstracta, los linderos de la actividad impositiva a nivel territorial, como corresponde a la ley, según la Constitución.

Las disposiciones examinadas parten de la base de que la actividad de juegos y apuestas ya está gravada, en virtud de normas hace tiempo establecidas que fueron declaradas exequibles por esta Corte (Sentencia C-537 del 23 de noviembre de 1995. M.P.: Dr. Hernando Herrera Vergara), y lo que buscan, en razón del destino que se da a las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar (exclusivamente servicios de salud, según el artículo 336 C.P.), es que las entidades territoriales, dentro de una política tributaria general que corresponde trazar al legislador, no creen nuevos impuestos sobre ella.

Tal restricción no implica exención ni tratamiento preferencial alguno sobre impuestos ya creados, de propiedad de las entidades territoriales, sino la unificación del esquema tributario, lo cual encaja dentro de la indicada atribución legislativa”.

Las doctrinas desarrolladas en las sentencias citadas son plenamente aplicables al presente caso y, en consecuencia, son suficientes para concluir que el aparte acusado del artículo 49 no vulnera la Carta, por lo cual éste será declarado exequible.

VII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero: Declarar EXEQUIBLES los artículos 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 21, 22, 24, 25, 28, 29, 31, 33, 36, 39, 41, 42, 46, 47, 49, 50 y 51 de la ley 643, pero únicamente en relación con los cargos del actor formulados y analizados por la Corte, conforme a los señalado en los fundamentos 34 (no vulneración de la autonomía financiera de las entidades territoriales) y 43 (no desconocimiento de la reserva de ley) de la parte motiva de esta sentencia.

Segundo: Declarar EXEQUIBLE el artículo 39 de la ley 643 de 2001, mediante el cual se creó la Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden Nacional denominada Empresa Territorial para la Salud ETESA, en cuanto a la acusación de haber sido quebrantado el principio de identidad y consecutividad en su trámite, en virtud de que la materia a que él se refiere fue objeto de discusión durante su trámite en el Congreso de la República

Tercero: Declarar EXEQUIBLES el artículo 39 de la ley 643 de 2001 respecto de su contenido material, bajo la consideración de que no se quebranta la autonomía de las entidades territoriales por la creación mediante ley de la Empresa Territorial para la Salud ETESA, como industrial y comercial del Estado del orden nacional, vinculada al Ministerio de Salud.

Cuarto: Declarar EXEQUIBLES el artículo 46 y el numeral 4º del artículo 47, así como la expresión acusada del artículo 31 de la ley 643 de 2001, que literalmente dice: “los juegos promocionales del nivel departamental y municipal serán explotados y autorizados por la Sociedad de Capital Público Departamental (SCPD)” y la expresión acusada del artículo 49 de esa misma ley, que literalmente dice: “Los juegos de suerte y azar a que se refiere la presente ley no podrán ser gravados por los departamentos, distrito o municipios, con impuestos, tasas o contribuciones, fiscales o parafiscales distintos a los consagrados en la presente ley.”

Quinto: Declarar EXEQUIBLES, en relación con el cargo por presunto quebranto de la reserva de ley, conforme a los señalado en el fundamento 43 de esta sentencia, los siguientes apartes:

a) El aparte acusado del artículo 19 de la ley 643 de 2001, que literalmente dice: “El Gobierno Nacional fijará el cronograma correspondiente”.

b) El aparte acusado del artículo 21 de la ley 643 de 2001, que literalmente dice: “de acuerdo con un plan de premios predefinido y autorizado por el Gobierno Nacional mediante decreto reglamentario”.

c) El aparte acusado del artículo 22 de la ley 643 de 2001, que literalmente dice: “expedido por el Gobierno Nacional”.

d) El aparte acusado del inciso primero del artículo 24 de la ley 643 de 200, que literalmente dice: “Plan de premios. El Gobierno Nacional fijará la estructura del plan de premios del juego de apuestas permanentes o chance que regirá en todo el país y señalará la rentabilidad mínima de este juego atendiendo si fuera del caso diferencias regionales”..

e) El aparte acusado del artículo 36 de la ley 643 de 2001, que literalmente dice: “por el Gobierno Nacional”.

f) El aparte acusado del artículo 41 de la ley 643 de 2001, que literalmente dice: “por el Gobierno Nacional”.

g) El aparte acusado del artículo 51 de la ley 643 de 2001, que literalmente dice: “por el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Salud”.

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:

a) La expresión “de cada juego” del literal c) del artículo 6º de la ley 643 de 2001.

b) La expresión “jurídicas”, del inciso primero del artículo 7º de la ley 643 de 2001 y la expresión “no podrá ser inferior de tres (3) años ni exceder de cinco (5) años”, del inciso 3º del mismo artículo.

c) el aparte acusado del artículo 8º de la ley 643 de 2001, que literalmente dice: “consignados en cuenta especial para tal fin”

d) Los apartes acusados del artículo 22 de la ley 643 de 2001, que literalmente dicen: “directamente por intermedio de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado operadoras de loterías”, “solo se podrá operar el juego de apuestas permanentes o chance, a través de terceros” y “por un plazo de cinco (5) años”.

e) El inciso primero del artículo 29 de la ley 643 de 2001.

f) El aparte acusado del artículo 42 de la ley 643 de 2001, que literalmente dice: “se destinarán para contratar”.

Séptimo: Declarar EXEQUIBLES, pero únicamente en relación con el cargo de presunta vulneración del derecho a la igualdad, conforme a lo señalado en el fundamento 71 de la sentencia, los siguientes apartes:

a) El aparte acusado del artículo 8º de la ley 643 de 2001, que literalmente dice: “diez (10) días hábiles del mes siguiente a su recaudo”.

b) El aparte acusado del artículo 9º de la ley 643 de 2001, que literalmente dice: “no superior al uno por ciento (1%) de los derechos de explotación”.

c) El inciso tercero del artículo 12 de la ley 643 de 2001.

d) El aparte acusado del artículo 22 de la ley 643 de 2001, que literalmente dice: “descontados los gastos administrativos de explotación”.

e) El aparte acusado del artículo 40 de la ley 643 de 2001, que literalmente dice: “se efectuará semestralmente a los cortes de 30 de junio y 31 de diciembre de cada año”.

Octavo: Declarar EXEQUIBLE el primer párrafo del artículo 12 de la ley 643 de 2001, en el cual se dispone que la Cruz Roja Colombiana podrá seguir explotando su lotería, conforme a las regulaciones establecidas en esta ley y en las normas legales y tratados internacionales que se refieren a la organización y funcionamiento de la Sociedad Nacional de la Cruz Roja Colombiana, en cuanto es una institución de utilidad común, de naturaleza especial, y bajo el entendido de que las rentas obtenidas en su explotación estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud que se atiendan por esa entidad, conforme a lo dispuesto por el inciso 4º del artículo 336 de la Constitución.

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

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

RODRIGO UPRIMNY YEPES

Magistrado (E)

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Sentencia C-447 de 1997. MP Alejandro Martínez Caballero, Fundamento 3.

2 Con ocasión de la Sentencia C-540 de 2001 MP. Jaime Córdoba Triviño, la Corte analizó el cargo global formulado contra la ley 617 de 2000, por haber sido aprobada en primer debate en la comisión primera y no en la comisión cuarta de cada Cámara. Así mismo, en la Sentencia C-646 de 2001 MP. Manuel José Cepeda, la Corte declaró la exequibilidad de las leyes 599 y 600 de 2000, por considerar que el Fiscal General de la Nación tenía competencia para presentar los respectivos proyectos de ley, pues ellos hacían parte del diseño de la política criminal del Estado

3 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-222 de 1997 MP. José Gregorio Hernández Galindo, C-702 de 1999 MP. Fabio Morón Díaz, C-922 de 2000 MP. Antonio Barrera Carbonell y C-198 de 2001 MP. Alejandro Martínez Caballero, entre otras.

4 Ver, entre otras, la sentencia C-922 de 2000, C-1488 de 2000 y C-737 de 2001.

5 Corte Constitucional, Sentencia C-008 de 1995 MP. José Gregorio Hernández Galindo.

6 En el mismo sentido pueden consultarse las Sentencias C-167 de 1993 MP. Carlos Gaviria Díaz, C-367 de 1995 MP. Carlos Gaviria Díaz, C-1488 de 2000 MP. Martha Victoria Sáchica y C-500 de 2001 MP. Alvaro Tafur Galvis.

7 Corte Constitucional, Sentencia C-198 de 2001 MP. Alejandro Martínez Caballero.

8 La exposición de motivos y el proyecto fueron publicados en la Gaceta del Congreso No. 244 de 1999.

9 Gaceta del Congreso No.493 de 1999, pág.5 (artículo 37). Ver Acta No 07 de noviembre 19 de 1999, publicada en la Gaceta del Congreso No. 129 de 2000.

10 Gaceta del Congreso No.492 del 30 de noviembre de 1999

11 El texto definitivo aprobado fue publicado en la Gaceta No. 565 del 21 de diciembre de 1999 y el Acta de la Sesión fue publicada en la Gaceta No.597 del 28 de diciembre del mismo

año.

12 Ver artículo 40 del proyecto. El texto aprobado fue publicado en la Gaceta No. 420 del 17 de octubre de 2000.

13 Gaceta del Congreso No.371 del 14 de septiembre de 2000. En la página 2 se acoge la propuesta, y en la página 9 se incluye en el artículo 40 del proyecto.

14 Ibídem, pag 2.

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

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

17 Corte Constitucional, Sentencia C-318 de 1994 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. En el mismo sentido ver la Sentencia C-407 de 1997 MP. Alejandro Martínez Caballero.

18 Corte Constitucional, Sentencia C-149 de 1997 MP. Antonio Barrera Carbonell.

19 Ponencia: Régimen Económico. Libertad de empresa, competencia económica, monopolios e intervención del Estado. Ponentes: Iván Marulanda, Guillermo Perry, Jaime Benítez, Tulio Cuevas, Angelino Garzón y Guillermo Guerrero.

20 Gaceta Constitucional No.80 de Mayo 23 de 1991, pág.21

21 Gaceta Constitucional No.80 de Mayo 23 de 1991, pág.22

22 Ver la transcripción de antecedentes del artículo 336 de la Carta. Base de datos de la Asamblea Nacional Constituyente. Presidencia de la República, Consejería para el desarrollo de la Constitución.

23 Sentencia C-827 de 1999. MP Sentencia C-827 de 1999 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. En el mismo sentido, ver la Sentencia C-579 de 2001 MP. Eduardo Montealegre Lynett.

24 Ver, entre otras, las sentencias C-219 de 1997 y C-897 de 1999.

26 Transcripción de antecedentes del artículo 336 de la Carta, Sesión plenaria de julio 2 de 1991, pág. 2. Base de datos de la Asamblea Nacional Constituyente. Presidencia de la República, Consejería para el desarrollo de la Constitución.

27 Ibídem, pág.8

28 Ver Gaceta del Congreso, No 244, 10 de agosto de 1999, p 13.

29 Ver sentencia C-475 de 1994. MP Jorge Arango Mejía, Consideración Segunda.

30 Para una explicación detallada del funcionamiento de ese régimen, ver Corte Constitucional. Sentencia C-221 de 1997, MP Alejandro Martínez Caballero, fundamentos 11 y ss.

31 Ver sentencia C-338 de 1997. MP Jorge Arango Mejía, Consideración Tercera. En el mismo

sentido, ver sentencia C-256 de 1998. MP Fabio Morón Díaz.

32 En la Sentencia C-256 de 1998 MP. Fabio Morón Díaz En el mismo sentido pueden consultarse las Sentencias C-219 de 1997 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-579 de 2001 MP. Eduardo Montealegre Lynett.

33 Sentencia C-720 de 1999, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, fundamento 8. En el mismo sentido, ver sentencia C-219 de 1997.

34 Sentencia C-540 de 2001 MP. Jaime Córdoba Triviño.

35 Sentencia C-1114 de 2001. MP. Alvaro Tafur Galvis.

36 Ver, entre otras, C-527/94, C-055/94, C-318 de 1995, C-126 de 1998 y C-876 de 2000.

37 Sentencia C-570 de 1997. MP Carlos Gaviria Días, consideración VI.4.2.

38 Sentencia C-256 de 1998. MP Fabio Morón Díaz.

39 Sentencia C-313 de 1994. MP Carlos Gaviria Díaz, Fundamento

40 Ver Gaceta del Congreso, No 244, 10 de agosto de 1999, p 13

41 Corte Constitucional, Sentencia 1108 de 2001 MP. Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra.

42 Sentencia C-587 de 1995 MP. José Gregorio Hernández Galindo.

43 Sobre este punto, ver, entre muchos otros, Norberto Bobbio. "Eguali e diversi" en Elogio della mitezza e altri scritti morali. Milano, Linea d'ombra, 1994, pp 158 y ss. Igualmente, ver Robert Alexy. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp 384 y ss.

44 Intervención del Representante Oscar Darío Pérez. Gaceta del Congreso No. 597. Martes 18 de diciembre de 1999, p 17.

45 Ver sentencia C-1108 de 2001. MP. Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra. Consideración 2.3.

46 Resolución del Ministerios de Gobierno del 6 de noviembre de 1928, Resolución 11792 del 12 de agosto de 1988 y 001682 de marzo 9 de 1993, estas últimas expedidas por el Ministerio Nacional.

47 La Cruz Roja Internacional tiene sus orígenes en la Conferencia de Ginebra llevada a cabo el 26 de octubre de 1863, cuando Henri Dunant, apoyado por Gustavo Moynier, promueve la creación de un organismo compuesto por enfermeros voluntarios de los ejércitos en campaña, y dirigido a socorrer los heridos en combate. Sobre el particular ver: Alfred Verdross, Derecho Internacional Público, Aguilar, 6ª edición, Madrid, 1982. También puede consultarse a Delio Jaramillo Arbeláez, Derecho Internacional Humanitario, tomo I, Bogotá, 1975.

48 Mediante el Decreto 1610 de 1990, ratificado por la ley 11 de 1992, el Estado colombiano aprobó el Protocolo I, adicional a los Convenios de Ginebra. Igualmente, mediante la ley 171 de 1994 se aprobó el Protocolo II. Respecto del Protocolo I, ver la Sentencia C-088 de 1993 MP. Ciro Angarita Barón y con relación al Protocolo II, ver la Sentencia C-225 de 1995 MP. Alejandro Martínez Caballero

49 Estatutos de la Sociedad Nacional de la Cruz Roja Colombiana, artículo 3º.

50 Ley 2 de 1964, artículo 2º.

51 Sentencia C-587 de 1995. MP José Gregorio Hernández Galindo