

Sentencia C-169/04

JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-Exclusión de algunos sorteos promocionales y rifas

MONOPOLIO RENTISTICO DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-Origen y características/MONOPOLIO RENTISTICO DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-Condiciones y efectos

MONOPOLIO-Finalidad de establecimiento

Esta Corporación ha entendido que solo podrá establecerse un monopolio con el propósito de generar rentas para una entidad del Estado, para fines de interés público o social; así las cosas, se excluye la posibilidad de que los particulares exploten por cuenta propia la actividad sobre la cual recae el monopolio. Entonces, “por un lado de la actividad monopolizada quedan excluidos los particulares, por otro, el monopolio que se establezca por la ley solo puede obrar a favor del Estado sin que resulte posible de acuerdo con la Constitución, el establecimiento de monopolios legales a favor de particulares”.

MONOPOLIO-Creación, organización y funcionamiento corresponde a la ley

La jurisprudencia, a partir del texto constitucional vigente ha hecho énfasis en que la creación, organización y funcionamiento de los monopolios corresponde a la ley. En ese sentido entonces, a partir de las formulaciones constitucionales corresponderá con exclusividad al legislador no solo el establecimiento de un específico arbitrio rentístico con carácter monopolístico con fines de interés social o público sino también la determinación de las reglas a las que debe sujetarse el Estado en el recaudo, manejo, administración de las respectivas rentas. Por ello debe la Corte reiterar, que la Constitución de manera directa no crea los arbitrios rentísticos monopolísticos sino que señala las reglas básicas que ha de atender el legislador para crear en cada caso el monopolio rentístico y, según sean las características del mismo, sujetarlo a las finalidades y condiciones básicas que señala la Constitución.

MONOPOLIO RENTISTICO-Alcance de la expresión “régimen propio”

MONOPOLIO RENTISTICO-No previsión en disposición constitucional de régimen normativo superior al que pueda establecerse en una ley ordinaria/MONOPOLIO RENTISTICO DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-No previsión en disposición constitucional de régimen normativo superior

al que pueda establecerse en una ley ordinaria

En la disposición constitucional no se ha previsto un régimen normativo jerárquicamente superior al que pueda establecerse por una ley ordinaria. En efecto, no se trata en este caso de un régimen que tuviese el rango de Ley Orgánica, menos, de Ley Estatutaria y, por tanto, la Ley 643 de 2001 que fija el régimen propio del monopolio de juego de suerte y azar solo denota un tratamiento adecuado a las características de los juegos de suerte y azar, fijación que hace el legislador dentro del marco de su potestad legislativa teniendo solo en cuenta los límites y condicionamientos explícitos contenidos en el artículo 336.

MONOPOLIO RENTISTICO DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-Establecimiento comprende potestad legislativa de excluir actividades y rentas

Establecido que el Constituyente no ha creado directamente el monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar debe aceptarse constitucionalmente que dentro de la potestad que asiste al legislador para señalar cuáles juegos de suerte y azar están sometidos al régimen “propio” determinado por él mismo, va ínsita la potestad de definir en forma negativa qué actividades no constituyen juegos de suerte y azar para efectos del régimen propio del monopolio rentístico. En ese orden de ideas, bien puede la ley excluir de ese régimen propio ciertas actividades en cuanto ellas no reúnan las características que dentro del régimen propio el mismo legislador ha señalado para los juegos de suerte y azar que configuran el monopolio rentístico.

MONOPOLIO RENTISTICO-Destinación señalada por Constituyente para algunas de las rentas no afecta potestad legislativa sobre determinación de específicas actividades y rentas

La destinación señalada por el Constituyente para algunas de las rentas que el legislador resuelva monopolizar, no afecta la amplia potestad de éste en cuanto a la determinación de las específicas actividades y rentas. Solo que si el legislador resuelve monopolizar ciertas actividades debe sujetarse a la previsión constitucional en cuanto a la finalidad a que han de destinarse las respectivas rentas.

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MONOPOLIO RENTISTICO DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-Alcance respecto a inclusión o exclusión

La Corte ha de reiterar lo señalado en su Sentencia C-1070 de 2002 a propósito del margen de configuración que asiste al legislador para reglamentar el monopolio de juegos de suerte y azar: “este amplio margen de configuración se manifiesta en términos concretos en que basta con que el legislador observe algún criterio objetivo para que pueda incluir en el monopolio de suerte y azar los juegos que estime convenientes”. A contrario sensu ha de considerarse que basta con que el legislador observe algún criterio objetivo para excluir del dicho monopolio algunos sorteos o juegos, que en principio pudieran considerarse como integrantes del monopolio.

MONOPOLIO RENTISTICO-No creación directa de manera específica por la Constitución/MONOPOLIO RENTISTICO-Creación legislativa

La Constitución no crea directamente de manera específica los monopolios rentísticos sino que deja al legislador la creación de los mismos, además del señalamiento del régimen propio a que se refiere el inciso tercero del mismo artículo 336 y que comprende la organización, administración, control y explotación de los monopolios.

MONOPOLIO RENTISTICO DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-Potestad legislativa de exclusión de actividades

La Constitución prevé que constituido un monopolio de suerte y azar, las rentas que se obtengan en ejercicio del mismo, estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud. Pero la creación corresponde con exclusividad a la ley y al legislador asiste un margen de apreciación para determinar qué características específicas deben tener las actividades de suerte y azar que considera deben formar parte del monopolio. Y en esa potestad de determinación va ínsita la potestad de exclusión de las actividades que considere no deben formar parte del monopolio rentístico destinado a los servicios de salud.

MONOPOLIO RENTISTICO DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-Exclusiones no referidas a una persona determinada/MONOPOLIO RENTISTICO DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-Exclusiones referidas a juegos no lucrativo profesional con un fin lícito y asociadas a un beneficio común/MONOPOLIO RENTISTICO DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-Exclusiones condicionadas a su realización directa por las entidades

MONOPOLIO RENTISTICO DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-Exclusión de sorteos promocionales

de comerciantes e industriales para promocionar sus ventas

MONOPOLIO RENTISTICO DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-Exclusión de rifas para el financiamiento del cuerpo de bomberos

MONOPOLIO RENTISTICO DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-Exclusión de juegos promocionales de las beneficencias departamentales

MONOPOLIO RENTISTICO DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-Exclusión de sorteos de las sociedades de capitalización realizados directamente

Referencia: expediente D-4758

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 5° (parcial) de la Ley 643 de 2001 “por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar”.

Actor: Julio César López Espinosa

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá D. C., dos (2) de marzo de dos mil cuatro (2004).

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Julio César López Espinosa, demandó la inconstitucionalidad el artículo 5° (parcial) de la Ley 643 de 2001 “por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar”.

Mediante auto del 6 de agosto de 2003, el Magistrado Sustanciador admitió la demanda, dispuso correr traslado de la misma al Procurador General de la Nación para que rindiera el

concepto de rigor, ordenó fijar en lista la norma acusada para asegurar la intervención ciudadana, así como comunicar la iniciación del proceso al Señor Presidente de la República, al Presidente del Congreso, así como también al Ministro de la Protección Social y al Ministro de Hacienda y Crédito Público, a la Superintendencia Nacional de Salud, a fin de que, de estimarlo oportuno, conceptuaran sobre la constitucionalidad de la norma acusada.

Igualmente se invitó a participar en este proceso a la Federación de Loterías de Colombia - FEDELCO-, a la Federación Nacional de Comerciantes -FENALCO-, y a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, para que si lo consideraban oportuno, intervinieran mediante escrito en este proceso.

Cumplidos los trámites ya relacionados, propios de esta clase de procesos, y previo el concepto del Señor Procurador General de la Nación, procede la Corte a decidir sobre la demanda de la referencia.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación, se transcribe el texto de la disposición acusada:

“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 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 competiciones 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.”

I. LA DEMANDA

* El inciso 1º del artículo 336 de la Constitución Política definió el monopolio de juegos de suerte y azar como una actividad de arbitrio rentístico y de interés público y social, es decir, que los dividendos o la renta que con los juegos se genere no podrá tener una destinación específica diferente a la que señala la Constitución Política.

En la medida en que la norma acusada excluye parcialmente de la aplicación de la ley de régimen propio los juegos promocionales definidos por el artículo 31 de la Ley y los sorteos o rifas definidas en el artículo 27 de la misma incurre en una violación directa de la preceptiva constitucional porque no se incluyen dentro de una ley de régimen propio, y éstos juegos no cancelan los derechos de explotación que tienen destinación para la salud; es decir, con la exclusión de los juegos promocionales y rifas se está autorizando que estos sectores económicos realicen juegos lucrativos como lo son las cédulas de capitalización que generan rendimientos para estas sociedades o que los comerciantes e industriales realicen promociones e incrementen sus ventas sin que el sector salud reciba beneficio alguno por el pago que debe hacerse por estos juegos conforme lo señala la Ley 643 de 2001.

* Para el demandante las excepciones en mención no guardan justificación alguna que les permita un trato preferente o integral frente a otro tipo de personas o actividades económicas que quieran realizar este tipo de explotación sobre los ingresos brutos para el caso de las rifas y el 14% de derechos de explotación del valor total del plan de premios para los juegos promocionales, rentas que tienen destinación exclusiva para el sector salud.

* Si bien los particulares, mediante autorización, son las personas habilitadas para la operación a través de terceros de las rifas, y los sorteos promocionales según el artículo 31 de la mencionada ley son rifas, es lo cierto que el artículo 336 no los autoriza para que las utilidades que con estos juegos se generen no cancelen los derechos de explotación

señalados en la Ley 643, lo que desnaturaliza el monopolio fiscal creado para transferir rentas al sector salud; los particulares pueden percibir una remuneración por desarrollar una actividad monopolizada pero no pueden distribuir la renta o utilidad generada con el monopolio de juegos, por lo que excluir de la ley del régimen propio los mencionados juegos de azar para los sectores enunciados constituye una autorización para que existan juegos de suerte y azar en Colombia con carácter lucrativo que no generan renta para el sector salud por concepto de derechos de explotación porque no existe otra norma de rango legal como lo señala el artículo 333 de la Constitución que imponga carga o tributo por comercializar o explotar estos juegos de suerte y azar.

* De otra parte señala, que la exclusión del régimen propio de las rifas y juegos promocionales que realicen los comerciantes, industriales, las beneficencias departamentales, los cuerpos de bomberos, las sociedades de capitalización comporta la exoneración de cancelar el 14% de derechos de explotación de la venta renta bruta para el caso de las rifas y el 14% del valor del plan de premios para los juegos promocionales, lo que viola el principio de igualdad pues la ley reglamentó de manera diferente dos juegos para quienes ejercen una actividad comercial, industrial, de beneficencias o capitalización frente a otras personas que realizan rifas y juegos promocionales que deben cumplir con la ley de régimen propio de juegos de azar y cancelar unos derechos de explotación del 14% con destinación para la salud y unos gastos administrativos por la autorización del juego, cuantificados.

Lo anterior, por cuanto, a su juicio, no existen criterios diferenciados que permitan señalar un trato desigual en el pago de los derechos de explotación para las rifas y juegos promocionales a un grupo de personas; no se cumplen los criterios de razonabilidad de la diferenciación y la proporcionalidad de los medios incorporados en la norma, porque cualquier modalidad de juegos de azar que pretenda comercializar o explotar un particular, por ser una actividad económica monopolizada por el Estado, deberá cancelar derechos de explotación con destinación al sector salud tal como lo señala el artículo 336 de la Constitución.

Así las cosas, para el demandante, un grupo de personas como son los comerciantes recibe

un trato desigual diferente al pago de los derechos de explotación encontrándose en iguales circunstancias que una empresa industrial o comercial de carácter departamental que explota y comercializa el juego de lotería tradicional (artículo 11 de la Ley 643), pues esta última deberá cancelar como renta al sector salud el 12% de los ingresos brutos, adicional a los excedentes (artículo 6° Ley 643 de 2001), fuera de cancelar estas rentas, si desea realizar un juego promocional para impulsar las ventas de la lotería tradicional que comercializa, deberá cancelar el 14% del plan de premios de esta promoción, cuando por el juego de lotería ya pagó rentas al sector salud.

IV. INTERVENCIONES

1. Intervención de la Federación de Loterías y Entidades Públicas de Juegos de Suerte y Azar de Colombia -FEDELCO-.

La Doctora Luz Marina Restrepo Trejos, Directora Ejecutiva y Representante Legal de la Federación de Loterías y Entidades Públicas de Juegos de Suerte y Azar de Colombia - FEDELCO- interviene en este proceso y en oficio FNL-00482-03 y solicita la inexecutable de la norma demandada.

Al respecto expresa las consideraciones que se sintetizan enseguida:

* En primer término señala que sin duda, conforme a los incisos 1º y 3º del artículo 336 de la Constitución, el ejercicio de la competencia legislativa comprende una facultad discrecional del Congreso de la República para determinar cuáles actividades deberán establecerse como un monopolio de arbitrio rentístico con finalidades de interés público o social y que de conformidad con las mencionadas prescripciones constitucionales corresponde a dicho órgano fijar mediante la expedición de una ley de iniciativa gubernamental el régimen propio que en esta materia debe regular los aspectos concernientes a su organización, administración, control y explotación.

* Empero, dentro del amplio margen dispositivo que asiste al órgano legislativo existen dos actividades a las que el mismo constituyente atribuyó la categoría monopolística cuales son las de suerte y azar y la de licores (incisos 4 y 5º el artículo 336 de la Constitución) y por ello resulta manifiesto que esas áreas de la actividad económica son las únicas que por declaración constitucional expresa no pueden ser objeto de un tratamiento legal que desconozca su naturaleza monopólica. Sí así no fuera señala la interviniente, el estatuto superior se había abstenido de calificar a dichas actividades como monopolios dejando en libertad al Congreso para disponer si las mismas deben o no establecerse como tales y en esa hipótesis estaría facultado para diferenciar qué modalidades y personas podrían excluirse del régimen que gobierna tales asuntos.

- En ese orden de ideas, concluye, que toda actividad que concurra en los ejercicios monopolísticos de suerte y azar y licores debe someterse al régimen propio que los disciplina “sin que le sea permitido al legislador sustraer de esa regulación a determinados sujetos, cuyas conductas por sus características y particularidades necesariamente se encuentran subsumidas en esa esfera monopolizada”.

Por lo anterior, entonces, al excluir la norma acusada de su ámbito de aplicación a diversas personas y actividades resulta contrariando el mandato superior que en forma precisa e inequívoca dispone la existencia de los monopolios de suerte y azar, toda vez que si el constituyente ha hecho esa declaración no pudo hacerla con pretensión distinta de señalar que en todo acto que por su naturaleza fuera de suerte y azar con vocación lucrativa de la cual pudiera obtener un arbitrio rentístico en beneficio del servicio público de salud, debe estar regulado y sometido al régimen que gobierna la materia, sin excepción alguna. En consecuencia, a juicio de la interviniente, no existe fundamento para considerar como actividades no comprendidas dentro de “los monopolios de suerte y azar” a los sorteos que realizan los comerciantes o los industriales para impulsar sus ventas, a las rifas para el financiamiento del cuerpo de bomberos, a los juegos promocionales de las Beneficencias Departamentales y a los sorteos de las sociedades de capitalización, como quiera que sin duda alguna estos poseen la condición determinante y distintiva de la suerte y del azar, de modo que sustraerlos de la aplicación del régimen propio comporta una transgresión del orden constitucional que no hizo distinciones ni dejó planteada la posibilidad de que el legislador discrecionalmente, determinara cuáles actividades de ese tipo podrían ser susceptibles de exclusión o de un tratamiento preferencial, como por cierto lo hace la

disposición acusada.

* Igualmente, a juicio de la interviniente, al excluirse del ámbito legal del régimen propio a los mencionados sorteos, rifas y juegos, se contraría la finalidad de interés público y social que el artículo 336 le asignó al instituto monopolístico como quiera que la realización de aquellos y la utilidad que esta reporta no contribuye a la provisión de renta para los planes, programas y servicios de salud y por el contrario beneficia el patrimonio de los particulares en detrimento de los recursos que la Carta Política obliga a destinar a ese preciso objeto. En apoyo de sus apreciaciones cita providencias de esta Corporación como las sentencias C-457 y C-587 de 1995 y C-1070 de 2002.

* En cuanto a la inconstitucionalidad por violación del artículo 13 de la Constitución señala que la diferencia que hace el artículo 5° de la Ley 643 entre las rifas y juegos que realizan las entidades de lotería, los particulares que gestionan los juegos de apuestas permanentes, por una parte, y, por otra, las que realizan los comerciantes, industriales e instituciones de beneficencias o sociedades de capitalización y el consiguiente tratamiento distinto, no es constitucionalmente válida porque no es factible predicar un estado o circunstancia de inferioridad fáctica o jurídica que legítimamente correspondía al legislador remediar a través de la expedición de una norma de contenido igual o similar a la de las disposiciones demandadas.

La interviniente recuerda las orientaciones de esta Corte en materia de igualdad en especial las contenidas en las sentencias C-530 de 1993 y enfatiza que no existe ningún factor que permita establecer una condición de inferioridad o una situación de hecho notoriamente desfavorable que, en el ámbito de los juegos de suerte y azar coloque a los comerciantes, industriales, beneficencias y sociedades de capitalización dentro de unas circunstancias excluyentes y provechosas con relación a los demás agentes económicos que participan de la actividad monopolizada y por ello las previsiones de la norma demandada dejan de atender el fundamento de la justicia distributiva “que reconoce los desequilibrios que se presentan en la realidad de la vida social” debido a que ninguna de las actividades o personas que esa disposición privilegia se encuentra en notable desequilibrio respecto a los demás sujetos que explotan, administran y operan juegos de suerte y azar. Por eso resulta

contrario a la Constitución el favorecimiento de aquellos que se encuentran bajo las mismas o similares condiciones de índole general que pueden predicarse de los particulares o de los entes del Estado a los que les es aplicable el régimen estatuido en la Ley 643 de 2001.

* A juicio de la interviniente, y siguiendo su línea de pensamiento sobre la materia, también resulta inconstitucional la expresión “operadores de juegos localizados” no señalada en la demanda a pesar de que tales términos se encuentran incluidos en el aparte normativo demandado pues al excluirse de la aplicación del régimen propio de los juegos de suerte y azar a los sorteos promocionales que realizan esas personas se vulneran los citados mandatos superiores por cuanto de tal excepción pueden predicarse los mismos argumentos de inconstitucionalidad que se han formulado contra las demás expresiones objetadas.

2. Intervención de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

La Academia Colombiana de Jurisprudencia mediante escrito presentado por el miembro de esa Corporación, Doctor Hernán Alejandro Olano García, interviene en el proceso y solicita que no se acceda a la pretensión de inconstitucionalidad formulada por el demandante. Luego de hacer un recuento del tratamiento normativo de los monopolios como arbitrios rentísticos desde la Constitución de 1886 con la reforma del Acto Legislativo número 3 del 1910 y de la disposición de la Ley 10 de 1990 trae a colación diversos pronunciamientos de esta Corte sobre la materia y señala que las rifas a que se refiere la disposición acusada “son las menores sobre las cuales no se estableció el arbitrio rentístico monopólico. Por consiguiente, no son objeto de la restricción constitucional en lo referente a su organización, administración, control y explotación, aunque la evasión que pueda causarse con las mismas no debe ser tal que imponga al Estado una grave carga para que con ella llegue a incumplir sus obligaciones sociales”.

Señala que si bien la sentencia C-587 de 1995 citada por el demandante dice que: “Cuando la ley crea un monopolio, debe hacerlo, por expreso mandato constitucional (artículo 336 C.P.) como arbitrio rentístico, es decir, con la finalidad única de obtener recursos para el fisco, lo cual excluye de plano toda posibilidad de que se repartan utilidades a particulares así sea parcialmente, pues con ello se desvirtuaría por completo la específica y perentoria exigencia del constituyente”, no considera que la exclusión que fija el artículo 5° de la Ley

643 de 2001 vulnera el derecho a la igualdad que también alega el accionante.

Concluye que la exclusión del ámbito de la Ley 643 de los sorteos promocionales que realicen los comerciantes o los industriales para impulsar las 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 por estas entidades por no ser servicios estrictamente indispensables de acuerdo de la mención expresa y clara de la citada ley.

3. Intervención de la Federación Nacional de Comerciantes -FENALCO-.

El Doctor Sabas Pretelt de la Vega, Presidente de la Federación Nacional de Comerciantes -Fenalco- en respuesta a la invitación que formulara la Corte participa en el proceso y solicita se declare la constitucionalidad de la disposición acusada.

De antemano señala que los sorteos promocionales gratuitos para el consumidor, que realizan los comerciantes (predicable de igual forma de los industriales) para incentivar sus ventas, no constituyen en estricto sentido una explotación económica del monopolio de suerte y azar en cabeza del Estado sino que hacen parte de las promociones, descuentos y rebajas que ofrece el comerciante al consumidor como herramienta para afrontar la reñida competencia económica y cuyo beneficio en últimas recibe el consumidor por lo cual se ubica precisamente dentro de las ofertas e incentivos que forman parte de la defensa al consumidor y sus regulaciones.

Para el interviniente es importante destacar la gratuidad de tales incentivos para el consumidor no solo por no generarse el pago de suma alguna por parte de éste como contraprestación a su participación en los mismos, sino por cuanto el comerciante no traslada el valor del producto sorteado al precio de los otros artículos pues perdería toda razón de ser el desarrollar esta estrategia de ventas ya que al incrementar el precio de los bienes y servicios que vende quedaría en una situación de desventaja frente a sus competidores, que es lo que precisamente se pretende afrontar con esta herramienta.

En ese orden de ideas señala que en lo que respecta a los sorteos promocionales carecería de toda razonabilidad y proporcionabilidad otorgarles el carácter de explotación del monopolio estatal sobre juegos de suerte y azar, no solo por no constituir en esencia un

reflejo del mismo, sino por lo que ello implicaba para el comerciante que ofrecía un mecanismo cuyo beneficiario último era el consumidor final: “tramitar una autorización para cada sorteo promocional y cancelar unos derechos de explotación, que en este caso además, no podrían predicarse de un “ingreso” sino de un gasto, pues, como se señaló, no se cobra contraprestación económica al consumidor por acceder a tales incentivos, por lo cual su realización representa un gasto directo para el comerciante.”

De otra parte pone de presente que de acuerdo con las Leyes 10 de 1990 y 100 de 1993 y disposiciones anteriores, los juegos de suerte y azar declarados como monopolio rentístico aludían a aquellos de carácter oneroso, mientras que los juegos y sorteos llamados promocionales por el propio carácter de gratuidad no generaban el cobro de derechos de explotación. No obstante, mediante decisiones de Ecosalud se impuso la obligación del pago de derechos de explotación de los juegos, concursos y sorteos promocionales de carácter gratuito el cual se fijó inicialmente en el 1% del valor del premio y luego se incrementó por la misma vía el 10% y desde el año 1999 estableció que debía cancelarse el 17% sobre el valor del premio incluyendo el Iva, además de exigir que cualquiera fuera el artículo promocionado o su valor, e independientemente del lugar del país donde se ofreciera el incentivo, el comerciante debía tramitar su autorización, previo el cumplimiento de innumerables requisitos que la propia entidad establecía, ante la sede única de la entidad que operaba en Bogotá.

En ese sentido, asevera, que en ejercicio de su amplia potestad de configuración del monopolio rentístico estatal que le otorga el artículo 336 de la Carta Política, el legislador consideró que la naturaleza y particularidades de los citados sorteos promocionales realizados con el fin de incentivar sus ventas ameritaban su exclusión de lo que consideró explotación del monopolio estatal sobre los juegos de suerte y azar; exclusión contenida en el artículo 5° de la Ley 643 que no desconoce los artículos 336 y 13 de la Carta Política.

En torno de las violaciones en que a juicio del demandante incurre la disposición demandada, luego de recordar pasajes de la sentencia C-1191 de 2001 de esta Corporación, expresa que la norma demandada no viola el artículo 336 de la Constitución por establecer un listado de actividades excluidas del régimen del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar cuando precisamente tal mandato constitucional le otorga amplia facultades para establecer y regular los monopolios, las cuales por definición incluyen tanto las de fijar las actividades

sujetas como las excluidas del régimen.

Así mismo señala que la preceptiva constitucional únicamente está indicando que las rentas que se obtengan en virtud de las actividades que el legislador en ejercicio de su facultad de configuración de monopolios, defina como explotación de los juegos de suerte y azar objeto del monopolio rentístico deben tener una destinación exclusiva a la salud. “Difícilmente puede colegirse de tal texto que aquellas actividades que en desarrollo del mismo artículo 336 excluya al legislador del régimen monopólico son inconstitucionales por no destinarse los recursos de su ejercicio al sector salud, pues sería evidentemente absurda la contradicción”.

Con referencia específica a los sorteos promocionales que realizan comerciantes e industriales para incentivar sus ventas y que son el objeto principal de referencia en la intervención del gremio, señala que el demandante malentende las particularidades de dichos sorteos promocionales pues presupone, contrariamente a la naturaleza de los mismos que tienen carácter oneroso y que generan una utilidad para el comerciante que los realiza.

En ese orden de ideas hace énfasis en las características de dichos sorteos promocionales:

1. El beneficiario directo de tales sorteos es el consumidor final quien accede a ellos gratuitamente, sin pagarle al comerciante ninguna contraprestación económica por los mismos y sin que el comerciante reciba un ingreso correlativo por su realización, de tal forma que el valor del sorteo promocional constituye un gasto y no un ingreso para el comerciante.

- 2.- Tales sorteos hacen parte de los usos comerciales para afrontar la reñida competencia y que se encuentran englobados dentro del concepto de promociones al consumidor del cual hacen parte los descuentos, rebajas, obsequios especiales y sorteos promocionales.

- 3.- La finalidad de “incentivar las ventas” que preside su realización, es el cometido que inspira al comerciante pero cuya concreción de resultado es solo potencial verbigracia, la realización de un sorteo promocional per se no apareja como consecuencia certera que se

presentará un correlativo incremento de las ventas, más aún cuando la totalidad de comerciantes realizan de manera constante y simultánea incentivos promocionales dirigidos a un universo finito de consumidores, que deben entrar a compartir con un número cada vez más grande y eficiente de competidores.

4.- Aún en el evento en que se configurara la finalidad deseada de incentivar las ventas y que tal resultado pudiere correlacionarse con el sorteo promocional, ello no implica que tal circunstancia genere utilidad predicable de la realización del mismo pues como se indicó la rentabilidad del comercio es bastante precaria y los valores agregados que se ofrecen al consumidor se prestan a costa del margen mismo.

Finalmente, en relación con la vulneración al principio de igualdad, el interviniente, con apoyo en las sentencias C-1191, 1108 y 1114 de 2001 de esta Corporación señala que las circunstancias de que el Inciso Segundo del artículo 5° y el artículo 31 de la Ley 643 consideren sometidos al monopolio de juegos de suerte y azar con el consiguiente pago de derechos de explotación los juegos promocionales en general, no implica que carezca de legitimidad a la luz de la Carta Política la exclusión contenida en el artículo 5° idem en relación con los sorteos promocionales que realizan los comerciantes e industriales para incentivar sus ventas.

Al respecto señala que si bien lo razonable sería que todos los juegos promocionales por su carácter esencialmente gratuito estuviesen excluidos del régimen de monopolio estatal sobre los juegos de suerte y azar, en la medida en que no comportan una explotación económica por carecer de onerosidad para sus participantes, “para el caso que nos ocupa la exclusión consagrada por el legislador se circunscribe a los sorteos promocionales que se realicen por comerciantes e industriales con la finalidad de incentivar sus ventas, de tal forma que la exclusión tiene por fin reconocer que se trata de herramientas que dentro de su ejercicio profesional realizan los empresarios para competir en la reñida concurrencia económica moderna y que se dirigen a beneficiar al consumidor como parte de las promociones que se ofertan sin que para ello incurra el consumidor en el pago de contraprestación económica”.

Precisamente para el interviniente, además del carácter gratuito para los participantes los sorteos promocionales que realizan los comerciantes y los industriales para incentivar sus ventas tienen condiciones diferenciales que soportan el tratamiento legal por cuanto estas

herramientas, dirigidas al consumidor como parte de los incentivos promocionales, se ofrecen por quienes se ocupan profesionalmente de la actividad mercantil, entendiendo por tal, la enajenación de bienes y servicios. Así las cosas, dice, que los sorteos promocionales que realizan los comerciantes para incentivar sus ventas difícilmente podrían considerarse como un ejercicio del monopolio de los juegos de suerte y azar del Estado pues no tienen por objeto la explotación de un juego de suerte y azar sino que se trata de un mecanismo que al lado de los descuentos, rebajas y ofertas se sitúa en el campo de los incentivos promocionales que realizan los comerciantes en beneficio del consumidor.

En apoyo del anterior aserto, el interviniente cita disposiciones similares a la que es objeto de análisis en el presente proceso, de las legislaciones de España, de Chile, de Méjico, de Venezuela, y recuerda, cómo en el caso de nuestro país, el propio Estatuto para la Defensa del Consumidor reconoce dentro de los incentivos al consumidor el ofrecimiento de sorteos y consagra directrices en cuanto a la propaganda comercial con incentivos (artículos 16, 31 y 32 del Decreto-Ley 3466 de 1982).

Por ultimo el interviniente señala que “en cuanto a los señalamientos del demandante respecto de los casos en que considera justificada la excepción de no cancelar derechos de explotación que a su modo de ver deberían limitarse a las empresas de chance, rifas y juegos localizados y no a los comerciantes e industriales que no se dedican a la comercialización de juegos de suerte y azar, se abstiene el gremio de pronunciarse sobre ésta apreciación personal y respetable pero que en ningún modo conduce a sustentar un cargo de violación a la Constitución Nacional en su artículo 13”.

4. Intervención de la Federación de Aseguradores Colombianos -Fasecolca -.

El Doctor Juan Pablo Cárdenas Mejía actuando como apoderado de la Federación de Aseguradores Colombianos -Fasecolda-, mediante apoderado interviene en el proceso y solicita que se declare exequible la disposición acusada.

Al respecto como razones de la defensa señala las siguientes:

En torno de la violación del artículo 336 de la Constitución Política invocada por el demandante, pone de presente que la disposición constitucional en cita, contrario a lo que afirma el actor, no estableció directamente un monopolio sobre los juegos de suerte y azar,

sino que facultó al legislador para establecerlo.

En esa medida es el legislador el que debe establecer si hay o no monopolio y en la misma medida cuáles actividades cubre.

En esta materia el legislador tiene un amplio poder de configuración como en general lo tiene en diversas materias económicas. Cita en respaldo de sus aseveraciones varias providencias de esta Corte en especial las sentencias C-265 de 1994 y C-1108 de 2001, para señalar que de esta manera las decisiones del legislador solo serán inconstitucionales cuando vulneren derechos fundamentales o sean manifiestamente irrazonables o desproporcionadas.

Con referencia específica a la disposición acusada observa que la misma no es ni irracional ni desproporcionada y que las exclusiones que en ella se establecen no se refieren a una persona determinada sino a ciertos tipos de juegos - que no tienen carácter lucrativo- como a sorteos realizados por determinada categoría de personas. Por consiguiente, no se trata en estos casos de que el legislador haya reservado el monopolio a favor de una persona particular lo que obviamente sería contrario a la Carta.

Sobre las exclusiones de las sociedades de capitalización de los sorteos que realizan los comerciantes e industriales para impulsar las ventas, señala como razones tenidas en cuenta por el legislador, el carácter accesorio de dichas promociones respecto de una actividad principal que es industrial o comercial y que las sociedades capitalizadoras realizan ellas mismas los sorteos en los planes de capitalización. Destaca al respecto, cómo dichos sorteos han sido parte de la estructura de los contratos de capitalización desde cuando las sociedades de capitalización se regularon por primera vez. En ese orden de ideas trae a colación las disposiciones de la Ley 66 de 1947 y las reglas del artículo Orgánico del Sistema Financiero sobre los sorteos en los contratos de capitalización para aseverar que desde su organización las sociedades de capitalización tenían previsto en su objeto la posibilidad de realizar sorteos de amortización para permitir el reembolso anticipado. Estos sorteos, señala, son pues parte fundamental de la actividad de capitalización y como toda actividad de las sociedades de capitalización está sujeta al control de la Superintendencia Bancaria la cual aprueba los diferentes elementos técnicos en los cuales se funda el sistema, como son los planes y proyectos de contratos, las bases técnicas, las formulas para el cálculo de las cuotas, reservas, los sorteos de amortización, etc.

Así mismo el interviniente pone de presente que los sorteos que realizan las sociedades de capitalización tienen un contenido diferente al que realizan los operadores que explotan juegos de suerte y azar. En ese sentido destaca que las actividades que desarrollan las capitalizadoras no pueden considerarse un juego, ya que el juego es un “contrato en virtud del cual cada jugador se compromete en caso de que pierda, a pagar al ganador cierta suma de dinero u otra cosa que constituye el premio de la partida. La apuesta es con contrato por el que dos personas, que tienen concepto distinto de un suceso pasado o futuro, que ambas ignoran, se comprometen a pagar una cantidad o especie una a otra, según que se realice o se haya realizado dicho suceso. (Arturo Alessandri. Manuel Somarriva. Derecho Civil Tomo IV. Numero 1203 ed. Nascimento 1942)”.

También destaca que no todo contrato que implique una contingencia de ganancia o pérdida es un juego o apuesta pues dicha característica es propia de todos los contratos aleatorios de los cuales el juego o la apuesta es sólo una de sus especies. (artículo 1.498 del Código Civil). A su juicio, esta precisión es importante porque sin duda existen actividades especulativas que implican una posibilidad de ganancia o de pérdida a favor de terceros, pero que, sin embargo, no son un juego pues carecen del carácter recreativo de éste. Es el caso por ejemplo de las opciones en la Bolsa las cuales pueden implicar contingencias de ganancia o pérdida, de acuerdo con la evolución del mercado pero que no constituyen un juego.

El juego supone un ejercicio recreativo en el cual cada jugador se compromete a pagar a favor del ganador cierta suma de dinero u otra cosa (al respecto cita concepto del 5 de febrero de 1996 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado). Por su parte “la capitalización no constituye un juego de suerte y azar pues no se orienta a fines recreativos sino a la formación de un capital a base de ahorro, ni involucra contingencia de pérdida” (con cita de concepto de la Superintendencia Bancaria de 30 de abril de 1996 y concepto del Consejo de Estado del 15 de agosto de 1996).

Con base en los anteriores asertos señala que es claro que la actividad de las capitalizadoras es sustancialmente distinta de aquellas que se encuentran naturalmente cobijadas por el monopolio de juegos de suerte y azar lo que justifica que el legislador no la hubiere incluido en dicho monopolio, además expresa como quiera que una parte de la estructura de los contratos de capitalización desde 1947 es la posibilidad de que existan amortizaciones en virtud de sorteos, el incorporar dichos sorteos dentro del régimen del monopolio hubiera

implicado privar a las capitalizadoras de una actividad económica lícita que les ha sido reconocida por el ordenamiento y por lo mismo implicaría pagar una indemnización para que el monopolio pudiera serles aplicado, tal y como lo precisó en su oportunidad la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 9 de abril de 1991 y lo establece hoy claramente el artículo 336 de la Constitución.

Así mismo señala que en la medida en que los sorteos de amortización anticipada forman parte del contrato de capitalización, el legislador al regular el monopolio del juego de suerte y azar consideró que debía excluirse dicha actividad, como una medida de fomento del ahorro lo cual es perfectamente posible de acuerdo con la jurisprudencia que él mismo transcribe en su estudio.

En relación con la violación del artículo 13 de la Carta con apoyo en las sentencias C-806 de 2001 y C-563 de 1997 y C-670 de 2002 expresa que en el caso que se analiza no se presenta ninguno de los criterios que la Corte ha señalado para un test estricto de igualdad, ya que no se limita el goce de un derecho constitucional; tampoco se utiliza uno de los criterios prohibidos por el artículo 13 de la Carta y así mismo no se trata de un caso en que exista un mandato especial de igualdad y menos aún, se trata de un caso de debilidad manifiesta.

En el caso concreto - señala el interviniente - es evidente que existe una diferencia entre los comerciantes e industriales que realizan sorteos para impulsar sus ventas y quienes explotan los juegos de suerte y azar, así como entre estos últimos y las sociedades de capitalización, toda vez que en el primer caso, se trata de una actividad accesoria cuyo propósito es apoyar otra, en tanto que en el segundo caso, el juego es el objeto principal de la actividad; y así mismo existen diferencias entre las sociedades de capitalización y las demás personas que están sujetas al régimen de monopolio de juegos de suerte y azar, pues las sociedades de capitalización desarrollan una actividad financiera que involucra la captación de ahorro y por ello las mismas requieren autorización del Estado de acuerdo con el artículo 365 de la Constitución Política. Además, las sociedades de capitalización realizan dentro de dichas actividades sorteos dentro de los contratos de captación de ahorro, es decir, la diferencia entre las sociedades de capitalización y los demás sujetos resulta de una parte del propio trato constitucional que la Carta consagra para las entidades financieras el cual se traduce en los casos de las sociedades de capitalización en la sujeción a una regulación estricta en

materia de su constitución, la formación de reservas, la inversión de las mismas, y la vigilancia y control por parte la Superintendencia Bancaria de los diversos aspectos del funcionamiento de las sociedades.

Finalmente el mecanismo utilizado por el legislador para lograr dicho propósito es proporcional pues el mismo consiste en excluir del monopolio los sorteos de los comerciantes e industriales y a las sociedades de capitalización que en sus contratos, de acuerdo con la ley prevén sorteos. Si en la estructura del contrato de capitalización se contemplan sorteos, la forma racional de impedir que se causaran tropiezos a dicha actividad era estableciendo que los mismos no formaban parte del monopolio.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Señor Procurador General de la Nación allegó el concepto número 3363, del 29 de septiembre del presente año, en el cual solicita que se declare la exequibilidad del artículo 5° (parcial) de la Ley 643 de 2001.

Al respecto señala el Señor Procurador que en el presente proceso se debe determinar si la norma demandada al excluir del ámbito de aplicación de la Ley 643 de 2001, los sorteos promocionales que realizan los comerciantes o los industriales para impulsar las 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 por estas entidades, vulnera los artículos 13 y 336 Superiores en tanto excluye unos sorteos de la obligación de cancelar los derechos de explotación sin justificación alguna.

En desarrollo del problema planteado y para llegar a la conclusión de que la Corte debe declarar la exequibilidad de la disposición acusada, recuerda de antemano el contenido y alcance del artículo 336 de la Constitución y señala que éste no estableció un monopolio directo sobre los juegos de suerte y azar, sino que autorizó al legislador para establecerlo y en desarrollo de tales facultades el Congreso de la República goza de amplias facultades de configuración normativa, como en general la tiene para las materias económicas y en virtud de ellas puede definir el alcance y tipología de las actividades que desarrollan juegos de suerte y azar, para organizarlos y administrarlos en forma de monopolio del Estado como arbitrio rentístico.

Recuerda, a propósito, la jurisprudencia de esta Corporación conforme a la cual el legislador goza de un amplio margen al establecer los monopolios para determinar su contenido y alcance y que sus decisiones solo serán inconstitucionales cuando vulneren derechos fundamentales o sean manifiestamente irrazonales o desproporcionadas.

Teniendo en cuenta esas orientaciones jurisprudenciales señala que las exclusiones contenidas en el artículo 5° de la Ley 643 no resultan violatorias de los artículos 13 y 336 constitucionales pues ellas no se refieren a una persona determinada, sino a ciertos tipos de juegos que no son de carácter lucrativo profesional, es decir, no son de carácter permanente y van asociadas a un beneficio común o porque siendo permanentes tienen un fin lícito permitido por la Constitución. Así - expresa el Ministerio Público- si se trata de las promociones que realizan los comerciantes o industriales estos no tienen por propósito desarrollar un juego de suerte o azar de carácter permanente, sino crear un estímulo esporádico u ocasional como estrategia para impulsar sus ventas, que es razonable si se tiene en cuenta que el objetivo principal es el de que los empresario aumenten su flujo de caja, fomenten el desarrollo empresarial, la creación de empleo tanto directo como indirecto. La medida es proporcional, en tanto que el aumento de las ventas genera de acuerdo a su cuantía otro tipo de ingresos impositivos del Estado de tal manera que si bien deja de obtener renta como consecuencia de la cancelación de los derechos de explotación por otra parte el Estado estabiliza sus ingresos con la obtención de otros tributos de acuerdo a otros hechos generadores de cargas impositivas.

Entonces, el legislador actuó de conformidad con lo previsto en el artículo 336 de la Constitución Política que le dio facultades para señalar el régimen propio para la organización, funcionamiento, control y explotación de los monopolios rentísticos de los juegos de suerte y azar, y por ello la Ley 643 de 2001 es una ley expedida por el Congreso de la República cuya iniciativa legislativa es de carácter gubernamental en donde éste gozaba de amplias facultades de configuración normativa, teniendo en cuenta que sus límites son los principios de proporcionalidad y razonabilidad, y es por ello, que ese es el test que debe superar la decisión del legislador al determinar cuáles juegos están sometidos a la obligación de cancelar renta al Estado y cuáles están excluidos.

Así las cosas la norma demandada al exonerar los juegos a que hace referencia tiene en cuenta el fin que se persigue con el sorteo y se trata de los promocionales para promover

las ventas de los comerciantes e industriales, es razonable que éstos estén exonerados del deber de cancelar renta ya que estos no tienen un fin lucrativo en sí mismos sino que son estrategias de venta con el fin de que los comerciantes e industriales realicen posicionamiento de los productos en el mercado, que por su carácter no son de manera permanente sino de manera transitoria u ocasional. Así mismo se observa que los mencionados sorteos promocionales no son parte del objeto social de la persona jurídica que se dedica a la actividad comercial o industrial como tampoco de la actividad principal a la que se dedica la persona natural, sino que constituye una especie de estímulo que hace la ley a quien se dedica a crear empresa, a promover la industria y el comercio, al crecimiento, económico y a la generación de empleo.

A juicio del Ministerio Público, el que las rifas para el financiamiento del cuerpo de bomberos estén exentas de cancelar derechos de explotación es justificado pues aunque se trata de una actividad que pueda ser permanente, transitoria u ocasional, no es menos cierto, que el fin de sus utilidades es el de generar recursos para financiar actividades que benefician a la comunidad en general y de utilidad común en desarrollo del principio constitucional de solidaridad pues el cuerpo de bomberos presta un servicio de asistencia humanitaria a los miembros o sectores de la comunidad que se encuentren en situaciones de ayuda o socorro de tal manera que los destinatarios de los servicios son personas indeterminadas pero en un momento preciso determinables.

Ahora bien, para el Ministerio Público esta última exclusión está conforme con las disposiciones constitucionales siempre que los sorteos se realicen y operen directamente por ellos ya que si se acepta que terceros del mercado con fines lucrativos operen juegos y apuestas en convenios con los cuerpos de bomberos, en donde estos reciban solo un porcentaje y otro el particular operador, sería contrario al principio de razonabilidad proporcionalidad y al artículo 336 constitucional ya que de esta manera al beneficiarse un particular con esta forma de asociación sería una forma de evadir la obligación de la cancelación de los derechos de explotación pues es evidente que estos juegos y apuestas no son monopolio del cuerpo de bomberos y no tienen capacidad para enajenar derechos de concesiones a terceros.

También encuentra el Ministerio Público que los juegos promocionales de las beneficencias departamentales tienen justificación constitucional en tanto son juegos cuya utilidad es para

la misma beneficencia y su destinación también es de utilidad común y que en el evento en que autoricen la explotación de la actividad monopólica por concesión, los concesionarios deben ser personas en donde la destinación de las utilidades no tengan fines lucrativos y su destinación sea de utilidad común, porque si el fin es privado o particular habría que pensar que están excluidos y en consecuencia deberían cancelar los derechos de explotación de conformidad con la Ley 643 de 2001.

En relación con la exención de los sorteos de las sociedades de capitalización que solo podrán ser realizadas y operados directamente por estas entidades, el Ministerio Público encuentra que el legislador en la norma demandada estima procedente exonerarlas del pago de los derechos de renta por la explotación de la actividad de juegos de suerte y azar, con el fin de estimular el ahorro mediante la constitución en cualquier forma de capitales determinados a cambio de desembolsos únicos o periódicos con reembolsos anticipados o definitivos al vencimiento del plazo a través de sorteos, cuyas bases deben ser definidas y cuya actividad regulada por la Superintendencia Bancaria.

Recuerda que conforme al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero las sociedades de capitalización son instituciones financieras cuyo objeto consiste en estimular el ahorro mediante la constitución en cualquier forma de capitales determinados, a cambio de desembolsos únicos o periódicos con posibilidad o sin ella de reembolsos anticipados por medio de sorteos y que los sorteos en los contratos de capitalización son regulados por el mismo Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que prevé que en estos no podrán concederse premios cuyo valor no esté contemplado en el cálculo de la cuota; que ningún título podrá participar en más de un sorteo por mes, que el suscriptor favorecido después de recibir el premio podrá conservar en el contrato o terminado con derecho al correspondiente valor del rescate y que cada sorteo no podrá ser superior al valor que le correspondería al título a su vencimiento.

Así las cosas, entonces, - concluye el Ministerio Público- que el legislador en ejercicio de su amplia configuración normativa excluyó los sorteos que realizan las sociedades de capitalización de la obligación de cancelar los derechos de explotación a la actividad monopólica, en razón a que ella constituye un estímulo al ahorro en el que el contratista no tiene posibilidades de perder y las utilidades de la capitalización no dependen del azar sino del rendimiento financiero que generen los recursos que captan como cuotas del plan

escogido, y de otra parte, en razón a que las características de este sorteo no se enmarcan dentro de lo que se consideran juegos de suerte y azar.

Por último el concepto del Señor Procurador pone de presente que la disposición demandada tampoco vulnera el derecho a la igualdad de trato prevista en el artículo 13 constitucional pues en el caso que ocupa la Corte encuentra justificación, pues los sorteos promocionales que realicen los comerciantes o industriales buscan promover una actividad lícita como es el desarrollo empresarial y permitir el desarrollo de los derechos a la libre empresa, iniciativa privada y libre competencia, el cuerpo de bomberos se justifica en la medida que realiza una actividad de ayuda y socorro en virtud del principio de solidaridad y cuyos destinatarios son toda la comunidad; los juegos promocionales de las beneficencias departamentales, en tanto las utilidades persiguen una finalidad de actividad común y las de los sorteos de las sociedades de capitalización en tanto no constituyen actividades de juegos de suerte y azar, además de perseguir una finalidad lícita y constitucional como la de estimular el ahorro.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4° de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir, definitivamente, sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, pues la disposición acusada se contiene en una ley de la República.

2. La materia sujeta a examen

Teniendo en cuenta la relación que se ha hecho tanto de la demanda como de las intervenciones y del Concepto del Señor Procurador General de la Nación se tiene lo siguiente:

Para el demandante la disposición acusada debe ser declarada inexecutable pues resulta violatoria de normas constitucionales, específicamente de las contenidas en los artículos 13 y 336, pues en ella, al prever que a algunos sorteos no les son aplicables las disposiciones de la propia Ley 643 se estarían estableciendo excepciones no previstas en la Constitución ni autorizadas por ésta pues los juegos de suerte y azar configuran monopolio constitucional

cuyos recursos deben ser aplicados, sin excepción, a la salud. Así mismo se genera un trato desigual frente a otros operadores de juegos de suerte y azar que sí están obligados a pagar impuestos sobre la misma actividad.

Para la Federación de Loterías de Colombia -FEDELCO-, la disposición acusada debe ser declarada inexecutable pues si bien el legislador goza de atribución discrecional para determinar las actividades que deben establecerse como un monopolio rentístico con finalidades de interés público y social y fijar, mediante ley de iniciativa gubernamental, el régimen propio de su organización, administración, control y explotación, es lo cierto que existen dos actividades a las que el mismo constituyente atribuyó la categoría monopolística, las de suerte y azar y la de licores, de tal manera que esas áreas de la actividad económica no pueden ser objeto de un tratamiento legal que desconozca su naturaleza y las excluya del régimen propio de los monopolios. En consecuencia el tratamiento que da a las entidades a que ella se refiere resulta lesivo del principio de igualdad ya que impone exigencias y condiciones desiguales a quienes se hallan en igual situación pues se encuentran en la misma posibilidad y en similares e idénticas circunstancias que las demás personas públicas y privadas para observar las normas, asumir las cargas y cumplir los deberes prescritos por la Ley 643 de 2001.

Para la Academia Colombiana de Jurisprudencia, la Federación Nacional de Comerciantes- FENALCO- y la Federación de Aseguradores Colombianos- FASECOLDA-, la disposición demandada no solo no resulta contraria a la Constitución sino que significa ajustado y adecuado desarrollo de los mandatos contenidos en el artículo 336 de la Constitución pues este contiene una amplia atribución al legislador para que determine las actividades que configuran el monopolio y las que no lo configuran y por ende deben estar excluidas de la ley de régimen propio (que es lo que precisamente dispone el artículo 5° de la Ley 643 en la parte acusada). Así mismo señalan que en lo referente de manera específica a las rifas promocionales, que con el exclusivo fin de incentivar sus ventas pueden realizar los comerciantes y los industriales y a los sorteos de capitalización que pueden realizar las sociedades de capitalización y que forman parte de los elementos técnicos del contrato de capitalización cuya determinación corresponde al legislador, el tratamiento exceptivo resulta razonable y proporcionado teniendo en cuenta los parámetros que sobre el particular ha señalado la propia jurisprudencia de esta Corte.

Finalmente, para el Señor Procurador General de la Nación el artículo 5° de la Ley 643 en lo acusado resulta ajustado a la Constitución pues, de una parte, las exclusiones que en ella se ordenan no se refieren a una persona determinada sino a ciertos tipos de juegos que no son de carácter lucrativo profesional es decir no son de carácter permanente y van asociadas a un beneficio común, o porque siendo permanentes tienen un fin lícito permitido por la Constitución Política; de otra parte, los sorteos promocionales que realicen los comerciantes o industriales buscan promover una actividad lícita como es el desarrollo empresarial y permitir el desarrollo de los derechos a la libre empresa, iniciativa privada y libre competencia, el cuerpo de bomberos se justifica en la medida que realiza una actividad de ayuda y socorro en virtud del principio de solidaridad y cuyos destinatarios son toda la comunidad; los juegos promocionales de las beneficencias departamentales, en tanto las utilidades persiguen una finalidad de actividad común, y las de los sorteos de las sociedades de capitalización en tanto no constituyen actividades de juegos de suerte y azar, además de perseguir una finalidad lícita y constitucional como la de estimular el ahorro.

Entonces, la Corte deberá determinar si el contenido acusado del artículo 5° de la Ley 643 de 2001 en cuanto excluye del régimen previsto en esa misma ley a los sorteos promocionales que realicen 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, resulta contrario a las reglas constitucionales y en especial a las invocadas por el demandante esto es los artículos 336 y 13.

Con tal propósito la Corte deberá recordar previamente el marco constitucional que rige lo relativo al establecimiento de monopolios como arbitrios rentísticos y en consecuencia la naturaleza y mayor o menor amplitud de las atribuciones que asisten al legislador en la materia.

3. La proyección y alcance del artículo 336 de la Constitución y la regulación de los monopolios rentísticos por el legislador.

La jurisprudencia constitucional se ha ocupado en varias ocasiones sobre el tema de los monopolios de suerte y azar y ha tenido oportunidad de recordar el origen del mismo, sus características, condiciones de funcionamiento y efectos jurídicos y administrativos.

En ese orden de ideas cabe recordar que tradicionalmente la ley prohibía los juegos de suerte y azar con excepción, en principio, de las loterías cuyas rentas se destinaban a actividades de asistencia y salud públicas (Ley 64 de 1923).¹

Así mismo es pertinente señalar que sucesivas leyes organizaron el monopolio de los juegos de suerte y azar como arbitrio rentístico del Estado en desarrollo del artículo 39 de la Constitución anterior. Entre ellas cabe mencionar la Ley 10 de 1990 cuyo artículo 42 dispuso: “Declárase como arbitrio rentístico de la Nación la explotación monopólica, en beneficio del sector salud, de todas las modalidades de juegos de suerte y azar, diferentes de las loterías y apuestas permanentes existentes”.

Como también da cuenta la jurisprudencia de esta Corte en varias de sus sentencias, en especial la Sentencia C-1191 de 2001 M.P. Doctor Rodrigo Uprimny, conforme al artículo 336 de la Constitución “ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico con una finalidad de interés público y social y en virtud de la ley.”²

En ese orden de ideas, esta Corporación ha entendido que solo podrá establecerse un monopolio con el propósito de generar rentas para una entidad del Estado, para fines de interés público o social; así las cosas, se excluye la posibilidad de que los particulares exploten por cuenta propia la actividad sobre la cual recae el monopolio. Entonces, “por un lado de la actividad monopolizada quedan excluidos los particulares, por otro, el monopolio que se establezca por la ley solo puede obrar a favor del Estado sin que resulte posible de acuerdo con la Constitución, el establecimiento de monopolios legales a favor de particulares”.³

También la jurisprudencia, a partir del texto constitucional vigente ha hecho énfasis en que la creación, organización y funcionamiento de los monopolios corresponde a la ley. En ese sentido entonces, a partir de las formulaciones constitucionales corresponderá con exclusividad al legislador no solo el establecimiento de un específico arbitrio rentístico con carácter monopolístico con fines de interés social o público sino también la determinación de las reglas a las que debe sujetarse el Estado en el recaudo, manejo, administración de las respectivas rentas.

Por ello debe la Corte reiterar, en coincidencia con algunos de los intervinientes y el concepto del Señor Procurador, que la Constitución de manera directa no crea los arbitrios rentísticos

monopolísticos sino que señala las reglas básicas que ha de atender el legislador para crear en cada caso el monopolio rentístico y, según sean las características del mismo, sujetarlo a las finalidades y condiciones básicas que señala la Constitución.

En este orden de ideas es pertinente reiterar, como lo ha dicho la Corte, que en el artículo 336 se encuentran unos lineamientos básicos que siguiendo la Sentencia C-11914 de 2001, son los siguientes:

“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.”

Es pertinente destacar también, que la jurisprudencia constitucional ha señalado qué ha de entenderse por el “régimen propio” llamado a regular de acuerdo con el inciso 3º del artículo 336 de la Constitución lo relativo al recaudo, manejo, administración y destinación de los monopolios rentísticos que establezca la ley.

En ese sentido en la Sentencia C-1191 del 15 de noviembre de 2001 con reiteración de pronunciamientos anteriores de la Corporación se enfatizó que el artículo 336 de la Constitución “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 actividades⁵, 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)⁶, 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”⁷.

Es claro, entonces, que en la disposición constitucional no se ha previsto un régimen normativo jerárquicamente superior al que pueda establecerse por una ley ordinaria. En efecto, no se trata en este caso de un régimen que tuviese el rango de Ley Orgánica, menos, de Ley Estatutaria y, por tanto, la Ley 643 de 2001 que fija el régimen propio del monopolio de juego de suerte y azar solo denota un tratamiento adecuado a las características de los juegos de suerte y azar, fijación que hace el legislador dentro del marco de su potestad legislativa teniendo solo en cuenta los límites y condicionamientos explícitos contenidos en el artículo 336 y del que ya se ha dado cuenta mediante las citas jurisprudenciales anteriores.

4. El establecimiento del monopolio rentístico comprende la potestad de excluir del mismo actividades y rentas

Ahora bien, establecido que el Constituyente no ha creado directamente el monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar debe aceptarse constitucionalmente que dentro de la potestad que asiste al legislador para señalar cuáles juegos de suerte y azar están sometidos al régimen “propio” determinado por él mismo, va ínsita la potestad de definir en forma negativa qué actividades no constituyen juegos de suerte y azar para efectos del régimen propio del monopolio rentístico.

En ese orden de ideas, bien puede la ley excluir de ese régimen propio ciertas actividades en cuanto ellas no reúnan las características que dentro del régimen propio el mismo legislador ha señalado para los juegos de suerte y azar que configuran el monopolio rentístico.

En este punto, la Corte llama la atención en cuanto a que la destinación señalada por el Constituyente para algunas de las rentas que el legislador resuelva monopolizar, no afecta la amplia potestad de éste en cuanto a la determinación de las específicas actividades y rentas. Solo que si el legislador resuelve monopolizar ciertas actividades debe sujetarse a la previsión constitucional en cuanto a la finalidad a que han de destinarse las respectivas rentas. Esto es lo que sucede, tratándose precisamente de las rentas que generen las actividades que como juegos de suerte y azar haya resuelto monopolizar el legislador. Tal como surge del explícito texto del artículo 336 de la Constitución, cuando se expresa que “ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley” y que “las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud” (incisos primero y cuarto).

La Corte ha de reiterar lo señalado en su Sentencia C-1070 de 2002 a propósito del margen de configuración que asiste al legislador para reglamentar el monopolio de juegos de suerte y azar: “este amplio margen de configuración se manifiesta en términos concretos en que basta con que el legislador observe algún criterio objetivo para que pueda incluir en el monopolio de suerte y azar los juegos que estime convenientes”. A contrario sensu ha de considerarse que basta con que el legislador observe algún criterio objetivo para excluir del

dicho monopolio algunos sorteos o juegos, que en principio pudieran considerarse como integrantes del monopolio.

Teniendo en cuenta las anteriores precisiones debe entonces la Corte ocuparse de establecer si se cumplen o no los requisitos para que las exclusiones que ha hecho la ley a través de la disposición acusada estén o no conformes con la Constitución.

Por lo anterior y de acuerdo con los cargos enunciados por el demandante deberá establecerse si esas exclusiones son contrarias o no al principio de igualdad. En efecto, el demandante expresa que ellas resultan contrarias al principio de igualdad por cuanto permiten un tratamiento favorable, sin que existan las condiciones constitucionales para ello, a ciertas empresas y entidades que desarrollan juegos de suerte y azar.

Sobre el particular la Corte debe entonces, en ejercicio del control de constitucionalidad, reparar en las limitaciones y condicionamientos constitucionales que encauzan el ejercicio de la potestad legislativa. Como en casos similares al presente, entonces la Corte deberá establecer si las exclusiones previstas en el artículo acusado resultan o no razonables.

Para tal efecto la Corte recordará de una parte, que la Ley de Régimen Propio de los Juegos de Suerte y Azar prohíbe algunos juegos y señala unas prácticas no autorizadas, y de otra parte, también es pertinente recordar los lineamientos que en la citada ley se señalan en relación con las rifas por ser esta modalidad de juego la que puede servir de apropiado referente para establecer si las rifas y sorteos a que se refiere el segmento normativo acusado del artículo 5° de la Ley 643 de 2001 corresponden a esa categoría o revisten ciertas particularidades que impiden asimilarlas a las rifas y sorteos que habida cuenta de sus características deben formar parte del monopolio de los dichos juegos de suerte y azar.

En ese orden de ideas el artículo 4° de la ley señala que 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; que 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 del cobro de los derechos de explotación e impuestos que se hayan causado:

“Están prohibidas en todo el territorio nacional, de manera especial, las siguientes prácticas:

a. El ofrecimiento o venta de juegos de suerte y azar a menores de edad y a personas que padezcan enfermedades mentales que hayan sido declaradas interdictas judicialmente;

a. La circulación o venta de juegos de suerte y azar cuyos premios consistan o involucren directa o indirectamente bienes o servicios que violen los derechos fundamentales de las personas o atenten contra las buenas costumbres;

a. La circulación o venta de juegos de suerte y azar que afecten la salud de los jugadores;

a. La circulación o venta de juegos de suerte y azar cuyo premio consista o involucre bienes o servicios que las autoridades deban proveer en desarrollo de sus funciones legales;

a. La circulación, venta u operación de juegos de suerte y azar cuando se relacionen o involucren actividades, bienes o servicios ilícitos o prohibidos; y

g. La circulación, venta u operación de juegos de suerte y azar que no cuenten con la autorización de la entidad o autoridad competente, desconozcan las reglas del respectivo juego o los límites autorizados.

Las autoridades de policía o la entidad de control competente deberán suspender definitivamente los juegos no autorizados y las prácticas prohibidas. Igualmente deberán dar traslado a las autoridades competentes cuando pueda presentarse detrimento patrimonial del Estado, pérdida de recursos públicos o delitos.”

De otra parte cabe recordar que conforme al artículo 27 de la Ley 643 las rifas configuran una modalidad de juego de suerte y azar “en la cual se sorteán, en una fecha predeterminada premios en especie entre quienes hubieren adquirido o fueren poseedores de una o varias boletas, emitidas en serie continua y puestas en venta en el mercado a precio fijo por un operador previa y debidamente autorizado. Se prohíben las rifas de carácter permanente”.

Así mismo en los artículos 28, 29 y 30 de la misma ley se señalan reglas sobre la explotación de las rifas previéndose al respecto que corresponde a los Municipios, a los Departamentos al Distrito Capital de Bogotá y a la Empresa Territorial para la Salud (ETESA), la explotación, como arbitrio rentístico de las rifas.

En cuanto a la modalidad de operación se expresa que el monopolio rentístico sobre rifas solo se podrá operar bajo la modalidad de operación por intermedio de terceros mediante autorización.

Y finalmente se prevé que las rifas generan derechos de explotación equivalentes al catorce por ciento (14%) de los ingresos brutos. Al momento de la autorización, la persona gestora de las rifas deberá acreditar el pago de los derechos de explotación correspondientes al ciento por ciento (100%) de la totalidad de las boletas emitidas. Realizada la rifa se ajustará el pago de los derechos de explotación al total de la boletería vendida.

Así mismo la jurisprudencia de esta Corporación se ha ocupado del análisis del juego de rifas como parte del monopolio y en ese sentido en la sentencia C-1114 de 2001 se puntualizó que en el tratamiento legal de las rifas, en una perspectiva evolutiva, es necesario distinguir dos periodos, en uno primero, se consideró que las rifas si bien no eran monopolio del Estado, en cada caso debían ser objeto de autorización por la autoridad legalmente competente, y en un segundo, respecto del cual puede señalarse como punto de partida la expedición de la Ley 10 de 1990, se previó que todos los juegos de suerte y azar diferentes de las loterías y apuestas permanente existentes se configura como arbitrio rentístico de la Nación la explotación monopólica en beneficio del sector salud de todas las modalidades de juego de suerte y azar (artículo 10). Es pertinente recordar también que en la Ley 100 de 1993 se reiteró dicha declaración monopolística en favor de la Nación con la salvedad de las loterías y juegos de apuestas permanentes (que ya estaban monopolizados a favor de los

departamentos) y de las llamadas rifas menores cuya reglamentación se confió al Gobierno Nacional y cuya autorización mediante “permiso” se atribuyó a los alcaldes distritales y municipales (artículo 285).

Por otra parte el artículo 31 de la Ley 643 se ocupa de los “juegos promocionales” como parte de monopolio rentístico y los define como “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 a favor de la entidad administradora del monopolio derechos de explotación equivalentes al catorce por ciento (14%) del valor total del plan de premios”.

Así mismo, en la disposición en mención se señala que todos los premios de una promoción deben quedar en poder del público. Estos juegos promocionales en cuanto parte del monopolio han de ser explotados por la Empresa Territorial para la Salud (ETESA) o por la sociedad de capital público departamental (SCPD), según que su explotación se realice en el ámbito nacional o en el ámbito de una determinada entidad territorial.

5. El análisis específico de los cargos formulados por el demandante.

En armonía con las consideraciones que se han hecho en los apartes precedentes de esta providencia, la Corte resolverá a continuación los cargos planteados por el demandante contra el aparte demandado del artículo 5° de la Ley 643 .

5.1. El cargo por violación del artículo 336 de la Constitución.

Como ya se expresó en el relato de la demanda el cargo se hace consistir en que el inciso primero del artículo 336 de la Constitución definió el monopolio de juegos de suerte y azar como una actividad de arbitrio rentístico y de interés público y social, es decir que los dividendos o la renta que con el juego se genere no podrá tener una destinación específica diferente a la que señala la Constitución. Y entonces, para el demandante en la medida en que la disposición acusada excluye algunas rifas o sorteos del régimen propio previsto en la misma Ley 643 incurre en violación del mandato superior en mención.

No obstante como ya se ha analizado a lo largo de esta providencia el cabal entendimiento

de la disposición constitucional no permite arribar a la conclusión a que llega el demandante como se ha demostrado por la jurisprudencia de esta Corporación en una línea persistente. En efecto, la Constitución no crea directamente de manera específica los monopolios rentísticos sino que deja al legislador la creación de los mismos, además del señalamiento del régimen propio a que se refiere el inciso tercero del mismo artículo 336 y que comprende la organización, administración, control y explotación de los monopolios.

Naturalmente como también se observó la Constitución prevé que constituido un monopolio de suerte y azar, las rentas que se obtengan en ejercicio del mismo, estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud. Pero se reitera que la creación corresponde con exclusividad a la ley y como se dejó expresado atrás, al legislador asiste un margen de apreciación para determinar qué características específicas deben tener las actividades de suerte y azar que considera deben formar parte del monopolio. Y en esa potestad de determinación va ínsita la potestad de exclusión de las actividades que considere no deben formar parte del monopolio rentístico destinado a los servicios de salud⁸.

1. El cargo por violación del artículo 13 de la Constitución.

Para el demandante la exclusión de los juegos y sorteos a que se refiere el segmento demandado del artículo 5° de la Ley 643 resulta contraria también al artículo 13 de la Constitución pues al excluirlos del régimen propio se está autorizando que sectores económicos realicen juegos lucrativos como lo son las cédulas de capitalización que generan rendimientos para las respectivas sociedades o que los comerciantes o industriales realicen promociones que incrementen sus ventas, sin que el sector salud reciba beneficio alguno por el pago que debe hacerse por estos juegos.

A juicio del demandante las excepciones previstas en la ley no guardan justificación alguna que les permita un trato preferente o integral frente a otro tipo de personas o actividades económicas que quieran realizar este tipo de explotación, pues estas últimas están sometidas al pago de derechos de explotación en los términos de la misma ley de régimen de propio.

Siguiendo la misma línea de razonamiento, la interviniente en nombre de la Federación de

Loterías de Colombia -Fedelco- señala que la diferencia que hace el artículo 5° de la ley entre las rifas y juegos que realizan las entidades de lotería, los particulares que gestionan los juegos de apuestas permanente por una parte, y por otra, las que realizan los comerciantes, industriales e instituciones de beneficencia o sociedades de capitalización y el consiguiente tratamiento distinto, no es constitucionalmente válida porque no es factible predicar un estado o circunstancia de inferioridad fáctica o jurídica que legítimamente correspondía al legislador remediar a través de la expedición de una norma de contenido igual o similar a las disposiciones demandadas.

No obstante, como ya se ha precisado, los demás intervinientes y el Señor Procurador General de la Nación consideran que la disposición acusada no incurre en trasgresión del artículo 13 de la Constitución pues las exclusiones al régimen propio enunciado en la Ley 643 hallan plena justificación habida cuenta de la potestad de regulación que en la materia asiste al legislador y de las finalidades, que cabe observar, busca la disposición acusada al dar el tratamiento especial a los sorteos que no incluyó como parte del monopolio rentístico.

Para ello se analizarán las exclusiones previstas en la ley, teniendo en cuenta que la acusación de la demanda no comprende a todas las que incluye el enunciado normativo, pues se dejan por fuera las rifas promocionales que realicen los operadores de juegos localizados; en efecto la demanda solo se refiere a:

- Los sorteos promocionales que realicen 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

Así las cosas, cabe señalar que la norma, en la parte acusada, excluye del régimen establecido por ella misma a: i) los denominados sorteos y juegos promocionales que realicen los comerciantes y los industriales con el exclusivo fin de “impulsar” sus ventas y los juegos que adelanta las beneficencias con el mismo propósito de impulsar las ventas de las loterías y apuestas permanentes que tienen asignados por la ley; ii) los sorteos de las

sociedades de capitalización, y iii) las rifas para el financiamiento del cuerpo de bomberos.

Para la Corte, en consonancia con el concepto del Señor Procurador General de la Nación, las exclusiones contenidas en el artículo 5° de la Ley 643 de 2001 no resultan violatorias de los artículos 13 y 336 constitucionales pues ellas no se refieren a una persona determinada, sino a ciertos tipos de juegos que no son de carácter lucrativo profesional, tienen un fin lícito permitido por la Constitución y en ocasiones van asociadas también a un beneficio común.

Así mismo conforme al texto del inciso tercero del artículo 5° de la ley, donde precisamente se contienen las expresiones acusadas las exclusiones allí contenidas se hallan condicionadas a la circunstancia de que todos los sorteos se realicen de manera directa por las entidades explícitamente mencionadas en él. Así expresa el inciso en mención:

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. (subrayas fuera de texto)

Y de acuerdo con el inciso cuarto ibidem “En todo caso los premios promocionales deberán entregarse en un lapso no mayor a treinta (30) días calendario”.

Las promociones que realizan los comerciantes o industriales no tienen por propósito desarrollar un juego de suerte o azar con carácter profesional, sino crear un estímulo usualmente esporádico u ocasional como estrategia para impulsar sus ventas; este propósito no resulta irrazonable si se tiene en cuenta que el objetivo principal es que los empresarios aumenten su flujo de caja, fomenten el desarrollo empresarial y la creación de empleo tanto directo como indirecto.

También es claro que los mencionados sorteos promocionales no son parte del objeto social de la persona jurídica que se dedica a la actividad comercial o industrial, como tampoco de la actividad principal a la que se dedica la persona natural, sino que constituye una especie de

estímulo que bien puede otorgar a quienes se dediquen a crear empresa, a promover la industria y el comercio, al crecimiento económico y a la generación de empleo.

Las rifas para el financiamiento del cuerpo de bomberos tienen por finalidad generar recursos para financiar actividades que benefician a la comunidad en general y de utilidad común en desarrollo del principio constitucional de solidaridad pues el cuerpo de bomberos presta un servicio de prevención y de asistencia humanitaria a los miembros o sectores de la comunidad que se encuentren en situaciones de ayuda o socorro. La circunstancia de que las rifas no formen parte del monopolio resulta justificado pues los destinatarios de los servicios son personas indeterminadas.

Ahora bien, para el Ministerio Público esta última exclusión sólo encuentra conformidad con las disposiciones constitucionales siempre que los sorteos se realicen y operen directamente por los cuerpos de bomberos, ya que si se acepta que terceros con fines lucrativos operen juegos y apuestas en convenios con los cuerpos de bomberos, en donde éstos reciban solo un porcentaje, y otro, el particular operador, sería contrario a los principios de razonabilidad y al artículo 336 constitucional ya que de esta manera al beneficiarse un particular con esta forma de asociación se puede llegar a evadir la obligación de la cancelación de los derechos de explotación.

Al respecto como ya se señaló, la propia disposición acusada prevé que en todos los casos los correspondientes sorteos han de efectuarse de manera directa por las entidades allí mencionadas; en ese orden de ideas el condicionamiento solicitado por el Señor Procurador General no es necesario pues la condición aludida se predica ya en el texto de la norma y comprende no sólo los sorteos que realicen las sociedades de capitalización sino a los que efectúen las demás entidades allí señaladas, entre ellas las rifas de los cuerpos de bomberos.

En cuanto a los juegos promocionales de las beneficencias departamentales cabe afirmar que también encuentran justificación constitucional en tanto son juegos cuya utilidad debe destinarse a las actividades propias de la misma beneficencia departamental, que naturalmente revisten utilidad común; ahora bien siendo sorteos promocionales deben estar encaminados a la promoción de los juegos que correspondan a las beneficencias en cuanto entidades públicas departamentales de conformidad con la ley.

En relación con la exclusión de los sorteos de las sociedades de capitalización que solo podrán ser realizados y operados directamente por estas entidades, la Corte considera que éstos tienen como finalidad estimular el ahorro y que el resultado del sorteo en esos casos, no es propiamente un premio sino la amortización anticipada del título, esto es lo que el inversionista hubiese ahorrado de haber perseverado en el plan de ahorros. En ese orden de ideas los sorteos para amortización forman parte del contrato de capitalización, cuyas bases deben ser definidas por la ley y cuya actividad controlada por la Superintendencia Bancaria.

Al respecto cabe indicar que conforme al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero las sociedades de capitalización son instituciones financieras cuyo objeto consiste en estimular el ahorro mediante la constitución en cualquier forma de capitales determinados, a cambio de desembolsos únicos o periódicos con posibilidad o sin ella de reembolsos anticipados por medio de sorteos (Artículo 36) y que los sorteos en los contratos de capitalización son regulados por el mismo Estatuto Orgánico del Sistema Financiero el cual prevé que en éstos no podrán concederse premios cuyo valor no esté contemplado en el cálculo de la cuota; que ningún título podrá participar en más de un sorteo por mes; que el suscriptor favorecido después de recibir el premio, podrá perseverar en el contrato o terminarlo con derecho al correspondiente valor del rescate; y que cada sorteo no podrá ser superior al valor que le correspondería al título a su vencimiento. Así las cosas en los planes de capitalización no hay contingencia de pérdida ya que en todo caso al final del periodo pactado el partícipe en el respectivo plan tiene derecho a la devolución de la integridad de su capital (artículo 179).

A los anteriores análisis es pertinente agregar, en reiteración de lo ya expresado en esta providencia que en los casos en estudio no se está en presencia de actividades que puedan ser ejercitadas libremente por los particulares, en desarrollo de la iniciativa empresarial que pudiere verse interferida por el tratamiento específico dado por la norma legal a las actividades que allí se relacionan. Se trata de actividades que son excluidas del monopolio que como arbitrio rentístico ha establecido la ley. Ahora bien las actividades monopolizadas, como ya se señaló, salvo autorización legal expresa o la celebración de contratos con las entidades públicas titulares del monopolio estatal, están fuera del ámbito propio de la actividad de los particulares. En ese sentido es claro que la disposición acusada guarda clara armonía con el artículo 333 de la Constitución.

Por lo demás, no sobra señalar, igualmente, que en la medida en que el legislador en virtud

del artículo 336 de la Constitución está amparado por una competencia específica para crear y configurar el monopolio destinado a los servicios de salud, es claro que todos los recursos que integren el monopolio rentístico de juegos de suerte y azar conforme a aquella disposición superior deben estar destinados a la atención del servicio de salud de toda la población, naturalmente en la forma prevista en las disposiciones pertinentes, a las personas de menores ingresos, a quienes conforme al artículo 334 en ejercicio de las atribuciones de intervención en la economía el Estado debe garantizar el acceso efectivo a los bienes y servicios básicos.

En conclusión, entonces, la disposición acusada no solo no resulta contraria a las reglas superiores invocadas por el demandante sino que guarda plena armonía con la Constitución Política; así lo habrá de declarar la Corte en la parte Resolutiva de esta sentencia.

VII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

Declarar EXEQUIBLES las expresiones: “a los sorteos promocionales que realicen 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”, del tercer inciso del artículo 5° de la Ley 643 de 2001.

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

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Presidenta

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General (e)

1 En ese sentido ver sentencias C-1108 de 2001 Ms.Ps. Doctores Marco Gerardo Monroy Cabra y Rodrigo Escobar Gil, C-1114 de 2001 M.P. Doctor Álvaro Tafur Galvis; C-1070 de 2002 y C-031 de 2003 M.P. Doctor Manuel José Cepeda Espinosa; C-316 de 2003 M.P. Doctor Jaime Córdoba Triviño; C-571 de 2003 M.P. Doctor Jaime Araujo Rentería.

2. En la citada Sentencia C-1191 de 2001 se expuso: “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 Quinta² 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 ponencia²:

“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.

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 territoriales.

3 Sentencia C-008 de 2001, sentencia C-316 de 2003.

4 Magistrado Ponente Rodrigo Uprimny Yepes

5 Ver sentencia C-475 de 1994. M.P. Jorge Arango Mejía, Consideración Segunda.

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

7 En la sentencia C-316 de 2003 se reitera dicha orientación de manera explícita.

8 Al respecto es pertinente recordar, a título de antecedente que ya en la ley 64 de 1923 “sobre loterías”, que previó en favor de los departamentos en forma exclusiva la posibilidad de establecer “una lotería con premios en dinero y con el único fin de destinar su producto a la asistencia pública” se disponía que “Los sorteos gratuitos y de propaganda que suelen hacer entre sus favorecedores las compañías de seguros, los comerciantes y las empresas industriales en general, no quedan comprendidos en las anteriores disposiciones” (Artículo 11).