

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

INTERPRETACION SISTEMATICA-Aplicación

JUEGOS LOCALIZADOS-Ubicación debe consultar el Plan de Ordenamiento Territorial

EMPRESA TERRITORIAL PARA LA SALUD-Naturaleza jurídica

EMPRESA TERRITORIAL PARA LA SALUD-Objeto

EMPRESA TERRITORIAL PARA LA SALUD-Administración

EMPRESA TERRITORIAL PARA LA SALUD-Representación de entidades territoriales en junta directiva

ACTO ADMINISTRATIVO COMPLEJO-Concepto

DICTAMEN FACULTATIVO EN TRAMITE ADMINISTRATIVO-Alcance/DICTAMEN DE OBLIGATORIA DEMANDA EN TRAMITE ADMINISTRATIVO-Alcance/DICTAMEN VINCULANTE EN TRAMITE ADMINISTRATIVO-Alcance/JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-Deber de motivar concepto emitido por alcalde dentro del trámite de autorización/JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-Posibilidad de controvertir concepto emitido por alcalde dentro de trámite de autorización/JUEGOS LOCALIZADOS-Naturaleza jurídica del concepto que debe emitir alcalde para que funcionen

En lo que concierne a la naturaleza jurídica del concepto previo y favorable que debe rendir el alcalde del municipio en el cual van a funcionar unos juegos localizados, se tiene que, tal y como lo sostiene el demandante, en derecho administrativo es usual encontrar que en la formación de voluntad de la administración concurren diversos órganos o instancias, mediante la técnica expedición de dictámenes, bien sean (i) facultativos, caso en el cual se pueden seguir o no por la correspondiente autoridad pública; (ii) de obligatoria demanda, en el sentido de que necesariamente, antes de adoptar una decisión final, hay que conocer el parecer de un determinado órgano, opinión que finalmente puede ser seguida o no; y (iii)

vinculantes, los cuales, además de ser tramitados con antelación a la toma de la correspondiente decisión, atan a la administración, en la medida en que ésta no puede adoptar una contraria. Al respecto cabe señalar que en estos casos se trata de la expedición de actos administrativos complejos, entendiendo por tales aquellos que resultan “del concurso de voluntades de varios órganos de una misma entidad o de entidades públicas distintas, que se unen en una sola voluntad. En todo caso es necesario para que exista un acto complejo que haya unidad de contenido y unidad de fin en las diversas voluntades que se unen para formar un acto único. En el acto complejo la voluntad declarada es única y resulta de la fusión de la voluntad de los órganos que concurren a formarla o de la integración de la voluntad del órgano a que se refiere el acto. Si las voluntades que concurren a la formación del acto son iguales, el acto se forma por la fusión de las distintas voluntades; si son desiguales, por la integración en la principal de las otras. Habrá integración de voluntades cuando un órgano tiene facultad para adoptar una resolución, pero ese poder no podía ejercerse válidamente sin el concurso de otro órgano...” En tal sentido, la expedición de un dictamen previo y favorable, en tanto que elemento constitutivo de un acto administrativo complejo, no constituye una mera formalidad, sino un acto de contenido material, y por ende, debe ser motivado. En suma, el concepto previo y motivado que debe rendir el alcalde en cuanto a la instalación de juegos localizados en su respectivo municipio es un acto de contenido material, que debe contener consideraciones fácticas y jurídicas, y por ende, puede ser susceptible de ser controvertido judicialmente.

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

#### AUTONOMIA TERRITORIAL Y JUEGOS LOCALIZADOS-Competencia del alcalde para emitir concepto previo y favorable como requisito para la autorización

Es plausible afirmar que el legislador puede establecerle a favor del alcalde municipal una competencia como lo es la emisión de un concepto previo y favorable para la instalación de juegos de suerte y azar en su municipio. Cabe asimismo señalar que, si bien la renta generada por la explotación del monopolio sobre juegos de suerte y azar no constituye un recurso endógeno de la entidad territorial y que es gestionada por la ETESA, también lo es que los titulares de la misma son los Departamentos, el Distrito Capital y los municipios, motivo por el cual, no resulta irrazonable que los alcaldes participen en la toma de la decisión acerca de la instalación de unos juegos localizados en sus respectivos municipios, tanto más y en cuanto, como se ha indicado, por la misma naturaleza de tales juegos es preciso armonizar su instalación con el Plan de Ordenamiento Territorial. Aunado a lo anterior, es necesario tener en cuenta que, según el Texto Fundamental, le corresponde al Alcalde conservar el orden público del municipio de conformidad con la ley y las instrucciones y órdenes que reciba del Presidente de la República y del respectivo gobernador. En suma, no constituye una extralimitación del legislador en materia de autonomía de las entidades territoriales, haberle otorgado a los alcaldes municipales el ejercicio de una competencia mediante la cual se materializan las facultades de policía de las cuales son titulares aquéllos.

Referencia: expediente D-5946

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 32 ( parcial ) de la Ley 643 de 2001, "Por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar".

Demandante: Antonio Barrera Carbonell

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá, D.C., ocho (8) de marzo de dos mil seis (2006).

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 consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, el ciudadano Antonio Barrera Carbonell solicita ante esta Corporación la declaratoria de inexequibilidad de la expresión "Los juegos localizados que a partir de la sanción de la

presente ley pretendan autorización de la Empresa Territorial para la Salud, ETESA, deberán contar con concepto previo favorable del Alcalde donde operará el juego”, del artículo 32 de la Ley 643 de 2001.

Mediante auto del 24 de agosto de 2005, el Magistrado Sustanciador Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, decidió admitir la demanda de la referencia, por cumplir con los requisitos señalados en el Decreto 2067 de 1991.

La Sala Plena de la Corte, en sesión realizada el 22 de Febrero de 2006 decidió “no aprobar el proyecto de sentencia correspondiente al proceso de esta referencia” elaborado por el Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra, e igualmente dispuso que el proyecto de sentencia definitivo fuese elaborado por el Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

## II. DISPOSICIÓN DEMANDADA

A continuación se transcribe la norma acusada y se subrayan y resaltan con negrilla el aparte demandado, tal y como aparece publicada en el DIARIO OFICIAL. AÑO CXXXVI. N. 44294. 17, ENERO, 2001. PAG. 8

LEY 643 DE 2001

(enero 16)

por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar.

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

La explotación de los juegos localizados corresponde a la Empresa Territorial para la Salud, ETESA. Los derechos serán de los municipios y el Distrito Capital y se distribuirán mensualmente durante los primeros diez (10) días de cada mes.

Los recursos provenientes de juegos localizados en ciudades de menos de cien mil (100.000) habitantes se destinarán al municipio generador de los mismos y los generados en el resto de las ciudades se distribuirán el cincuenta por ciento (50%) acorde con la jurisdicción donde se generaron los derechos o regalías y el otro cincuenta por ciento (50%) acorde con los criterios de distribución de la participación de los ingresos corrientes de la Nación.

Los juegos localizados que a partir de la sanción de la presente ley pretendan autorización de la Empresa Territorial para la Salud, ETESA, deberán contar con concepto previo favorable del alcalde donde operará el juego.

### III. LA DEMANDA

El ciudadano Antonio Barrera Carbonell comienza por hacer una presentación general de los principales temas regulados en el texto de la Ley 643 de 2001. A continuación, señala que la norma acusada versa sobre la necesidad de contar con un concepto previo y favorable que debe rendir el Alcalde donde operarán los juegos localizados, que pretendan contar con la autorización de la Empresa Territorial para la Salud ETESA. Al respecto precisa que los artículos 101 y 102 de la Ley 788 de 2002, en virtud de los cuales se aclaró el alcance del concepto previo, de que tratan los artículos 32 y 60 de la Ley 643 de 2001, fueron declarados inexecutable por la Corte en sentencia C- 1114 de 2003.

Posteriormente, el demandante explica que en la función administrativa es frecuente contar con la colaboración de órganos consultivos encargados de emitir información, ilustración, opiniones, dictámenes o pareceres en relación con un determinado asunto. En tal sentido, a juicio del demandante, los órganos de la administración consultiva se encuentran en el mismo nivel de administración, nacional o territorial, centralizado o descentralizado, donde se encuentran ubicados los órganos de administración activa, con el propósito de evitar interferencias indebidas de órganos de diferentes niveles de administración sobre otros, y en general, para mantener y garantizar la estructura y funcionamiento del Estado “bajo el esquema del diseño constitucional que propende la existencia y organización de los diferentes niveles de decisión política, jurídica, económica y administrativa”.

Así las cosas, en opinión del demandante, “resulta irrazonable y desproporcionado que un órgano perteneciente al sector descentralizado y autonómico territorial, como es el alcalde de un distrito o municipio, esté facultado por el legislador para inmiscuirse o intervenir con carácter definitorio en un asunto de competencia de una entidad descentralizada del orden nacional”. Más adelante señala que “no resulta razonablemente admisible que con base en el otorgamiento de la titularidad de las rentas de los juegos asignados a ETESA a las entidades territoriales, pueda edificarse una exigencia como el concepto obligatorio del alcalde, que viola la autonomía y desconoce los derechos que le corresponden a aquélla como titular de la administración y de la explotación de los juegos localizados”.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Asegura que la autonomía de las entidades territoriales se viola, o bien porque el legislador establezca restricciones o limitaciones que no tengan justificación constitucional, o porque “se les asignen competencias que desborden el ámbito misional que les corresponde, según el criterio de especialidad funcional delimitado en los artículos 311, 315, 322, 328 de la C.P. y en el Acto Legislativo No. 1 de 1993”.

A renglón seguido el demandante admite que la jurisprudencia de la Corte ha indicado que el legislador puede atribuirle a los entes territoriales competencias reguladoras de ciertos aspectos de los juegos de azar, pero que jamás se ha dicho que las entidades territoriales puedan realizar funciones administrativas ajenas a su organización estructural y funcional “que violen la autonomía de otros entes colocados por fuera de los niveles de administración y decisión”, ni que las entidades territoriales puedan “asignar funciones consultivas a las entidades territoriales que aten y condicionen las competencias de entidades descentralizadas del orden nacional”.

En este orden de ideas, viola la Constitución, en concreto los principios que gobiernan la función administrativa, como son aquellos de eficacia, igualdad, economía e imparcialidad ( arts. 6, 90, 124 y 208 Superiores) que órganos de la administración territorial se inmiscuyan y tomen decisiones sobre asuntos de competencia de una entidad descentralizada del orden nacional como lo es la ETESA.

A continuación, a manera de síntesis, el demandante reagrupa las vulneraciones a la Constitución en los siguientes grandes grupos:

1. Violación de los artículos 1, 115, 150-4 y 7, 296, 208, 209, 210, 211, 286, 288, 298, 300-7,

313- 6, 311, 322 y 328, por cuanto el legislador rompió con el principio de la estructuración, organización y funcionamiento del Estado, mediante la previsión y determinación de los diferentes niveles de administración y decisión, sector central y descentralizado territorial.

1. La norma es irrazonable y desproporcionada por cuanto, por una parte creó una entidad descentralizada, con autonomía funcional, administrativa y patrimonial, titular de la administración y explotación de los juegos de azar localizados, y por otra, le atribuyó competencias a órganos extraños a ésta, que hacen parte de otras entidades de distinto nivel y dotadas de autonomía.

1. Violación de los artículos 6, 90, 121 y 124 constitucionales, por cuanto la norma legal conduce a una confusión entre autoridades y responsabilidades, con lo cual se le resta a ETESA toda capacidad de acción y decisión en la administración y explotación de los juegos de azar localizados, “acogiéndose a la voluntad omnímoda y discrecional del alcalde”.

1. La norma acusada conduce a afectar la libertad contractual de ETESA, por cuanto se le somete al acatamiento de un concepto favorable del alcalde, con lo cual se vulnera la autonomía a aquella como empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional.

1. Se violan las normas constitucionales referentes a la autonomía distrital y municipal, por cuanto se les asigna una competencia completamente ajena a su misión institucional.

#### IV. INTERVENCIONES.

1. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

2. Efraín Gómez Cardona.

El ciudadano Efraín Gómez Cardona interviene en el proceso de la referencia para solicitarle

a la Corte declarar exequible la disposición acusada.

El interviniente considera, en primer lugar, que la demanda no cumple con los requisitos mínimos para que sea proferido un fallo de fondo ya que, a su juicio, no se vislumbra concepto alguno de violación de la Constitución.

Pues bien, en caso de considerar que existe un cargo de inconstitucionalidad, el interviniente sostiene que no está llamado a prosperar, por las razones que pasa explicar.

En sentencia C- 1114 de 2003, mediante la cual se declaró inexecutable una norma complementaria de la acusada, la Corte no se pronunció sobre el fondo del asunto; tan sólo examinó un vicio referente a la unidad de materia.

Agrega que el demandante se limita a afirmar que resulta irrazonable y desproporcionado que el legislador le hubiese conferido a los alcaldes la competencia para rendir un concepto previo y favorable para instalar juegos de azar localizados. No comparte el interviniente tal afirmación, ya que en sentencia C-1191 de 2001 se consideró que los municipios no son órganos extraños al funcionamiento de la ETESA.

Indica que el demandante se equivoca al señalar que las entidades descentralizadas del orden nacional gozan de “autonomía en el plano constitucional” confundiéndola con aquella de las entidades territoriales.

Explica que asimismo el demandante incurre en error al sostener que ETESA quedaría sometida a la arbitrariedad de los alcaldes, ya que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, no existen facultades discrecionales omnímodas, siendo necesario motivar los actos administrativos.

De igual manera se aparta de la opinión del demandante según la cual la norma acusada restringe la libertad contractual de ETESA, ya que, si así fuera, ocurriría otro tanto con las licencias ambientales o de construcción, cuando quiera que, por ejemplo, el INVIAS pretenda contratar la ejecución de una obra, siendo necesario contar con la licencia previa.

## V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN.

Mediante concepto núm. 3949 el Procurador General de la Nación solicita a la Corte declararse inhibida para proferir un fallo de fondo por inepta demanda.

Luego de recordar las líneas jurisprudenciales en la material, la Vista Fiscal señala que “En el caso que nos ocupa, en primer lugar el demandante se ocupa de darle alcance a los conceptos desde la órbita del derecho administrativo pero en ningún momento ubica la problemática en la perspectiva del derecho constitucional. Igualmente, el ciudadano Barrera Carbonell no establece con claridad las normas constitucionales que considera vulneradas, pues se dedica a desarrollar una serie de definiciones sobre distintos tópicos sin que a simple vista se permita deducir una conexidad con la disposición demandada, y así estructurar un cargo de constitucionalidad que reúna los requisitos y formalidades antes señaladas”.

## VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda en virtud del artículo 241, numeral 4, de la Carta Política.

### 2. Problema jurídico.

El ciudadano Antonio Barrera Carbonell demanda la expresión “Los juegos localizados que a partir de la sanción de la presente ley pretendan autorización de la Empresa Territorial para la Salud, ETESA, deberán contar con concepto previo favorable del alcalde donde operará el juego” del artículo 32 de la Ley 643 de 2001 “Por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar”, por considerar, en esencia, que resulta violatorio de los principios que rigen la estructura, organización y funcionamiento del Estado colombiano, que un órgano perteneciente al sector descentralizado y autónomo territorial, como es el alcalde de un distrito o municipio, esté facultado por el legislador para inmiscuirse o intervenir con carácter definitorio, mediante la emisión de un concepto previo y favorable, en un asunto de competencia de una entidad descentralizada del orden nacional ( Empresa Territorial para la Salud, ETESA), precisamente, para la concesión de una autorización para el

funcionamiento de unos juegos localizados.

El interviniente sostiene que el demandante no estructuró un verdadero cargo de inconstitucionalidad. Agrega que no le asiste razón al ciudadano, por cuanto el concepto previo y favorable del alcalde para el funcionamiento de un juego localizado de manera alguna vulnera la autonomía de ETESA.

La Vista Fiscal, por su parte, considera que el actor no estructuró un verdadero cargo de inconstitucionalidad, motivo por el cual solicita a esta Corporación declararse inhibida para proferir un fallo de fondo.

Contrario a lo sostenido por el interviniente y el Procurador General de la Nación, la Corte considera que el demandante planteó un cargo de inconstitucionalidad, en el sentido de que la disposición acusada conduce a vulnerar los artículos 287, 311 y siguientes constitucionales, referentes a la estructura del Estado colombiano, en concreto, a la autonomía de las entidades territoriales, en la medida en que el legislador otorgó a una autoridad del orden municipal, sin justificación constitucional alguna, una competencia que conduce a interferir y entorpecer, mediante la emisión de conceptos previos y favorables referentes al funcionamiento de juegos de suerte y azar localizados, el normal desarrollo de las actividades de una Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden nacional como es la ETESA, encargada de explotar un arbitrio rentístico.

Con el propósito de resolver el problema jurídico, la Corte (i) interpretará sistemáticamente la disposición legal acusada; (ii) examinará la facultad constitucional con que cuenta el legislador para establecer y regular monopolios rentísticos en materia de juegos de suerte y azar; y (iii) resolverá el cargo de inconstitucionalidad planteado.

3. Interpretación sistemática de la disposición legal acusada.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Así pues, respecto, la Ley 643 de 2001, mediante la cual se regula el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, distingue entre varias categorías de juegos como son (i) juegos prohibidos y prácticas no autorizadas; (ii) loterías; (iii) apuestas permanentes o chance; (iv) rifas; (v) juegos promocionales; (vi) apuestas en eventos

deportivos, gallísticos, caninos y similares; (vii) eventos hípicas; (viii) juegos promocionales; (ix) juegos novedosos; y (x) juegos localizados.

En relación con los juegos localizados, el artículo 32 de la citada ley distingue entre, de una parte, las modalidades de juegos de suerte y azar, como son los equipos o elementos de juegos en establecimientos de comercio, a los cuales asisten los apostadores, tales como los bingos, los videobingos, los esferódromos, las máquinas tragamonedas “y los operadores de casinos y similares”; por otra parte, los locales de juegos, entendiéndose por tales aquellos establecimientos en donde se combinan la operación de distintas clases de juegos considerados localizados o “aquellos establecimientos en donde se combina la operación de juegos localizados con otras actividades comerciales o de servicios”. A su vez, precisa que la explotación de los juegos localizados corresponde a la Empresa Territorial para la Salud ETESA, en tanto que los titulares de los derechos de explotación de los mismos son los Departamentos, municipios y el Distrito Capital.

Ahora bien, los juegos localizados serán operados por intermedio de particulares, previa autorización y suscripción de acuerdos de concesión<sup>1</sup>, precisando que “la operación de las modalidades de juegos definidas en la presente ley como localizados, será permitida en establecimientos de comercio ubicados en zonas aptas para el desarrollo de actividades comerciales”<sup>2</sup>, es decir, por su propia naturaleza, esta variedad de juegos de suerte y azar no pueden ser instalados arbitrariamente en cualquier sector de la ciudad, sino que su ubicación debe consultar lo establecido en el respectivo Plan de Ordenamiento Territorial.

De igual manera, la Ley 643 de 2001 crea una Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden nacional, denominada Empresa Territorial para la Salud ETESA, con personería jurídica, autonomía administrativa, capital independiente, vinculada al Ministerio de Salud<sup>3</sup>, “cuyo objeto es la explotación como arbitrio rentístico de los juegos definidos por esta ley como novedosos, los que en la misma expresamente se le asignen y los demás cuya explotación no se atribuya a otra entidad”.

En cuanto a la administración de la ETESA, es necesario precisar que contará con un Presidente y una Junta Directiva, conformada por el Ministro de Protección Social, cuatro (4) representantes de los alcaldes designados por la Federación Colombiana de Municipios y dos (2) representantes de los Gobernadores designados por la Conferencia Nacional de Gobernadores. Al respecto, la Corte en sentencia C-1191 de 2001, al momento de examinar la constitucionalidad de la creación legal de ETESA, señaló que “el diseño de la empresa tampoco responde a concepciones centralistas, pues el artículo 39 acusado señala que la junta directiva de ETESA estará conformada, entre otros, por cuatro (4) representantes de los alcaldes designados por la Federación Colombiana de Municipios, y por dos (2) representantes de los gobernadores, designados por la Conferencia Nacional de

Gobernadores. Todo ello permite concluir que, contrario a lo afirmado por el actor, la norma busca asegurar la adecuada participación de las entidades territoriales en el manejo de esta modalidad de monopolios de juegos de suerte y azar.” (negritas agregadas). En otros términos, existe una clara relación entre la estructura y el funcionamiento de la ETESA y las entidades territoriales, en el sentido de que en la Junta Directiva de la misma están permanentemente representados los intereses de aquéllas, con lo cual existe un espacio de coordinación entre la actividad de la Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden nacional, en tanto que administradora del monopolio rentístico, y los entes territoriales, quienes son los titulares de la renta causada con los juegos de suerte y azar.

Por otra parte, en lo que concierne a la naturaleza jurídica del concepto previo y favorable que debe rendir el alcalde del municipio en el cual van a funcionar unos juegos localizados, se tiene que, tal y como lo sostiene el demandante, en derecho administrativo es usual encontrar que en la formación de voluntad de la administración concurren diversos órganos o instancias, mediante la técnica expedición de dictámenes, bien sean (i) facultativos, caso en el cual se pueden seguir o no por la correspondiente autoridad pública; (ii) de obligatoria demanda, en el sentido de que necesariamente, antes de adoptar una decisión final, hay que conocer el parecer de un determinado órgano, opinión que finalmente puede ser seguida o no; y (iii) vinculantes, los cuales, además de ser tramitados con antelación a la toma de la correspondiente decisión, atan a la administración, en la medida en que ésta no puede adoptar una contraria.

Al respecto cabe señalar que en estos casos se trata de la expedición de actos administrativos complejos, entendiendo por tales aquellos que resultan “del concurso de voluntades de varios órganos de una misma entidad o de entidades públicas distintas, que se unen en una sola voluntad. En todo caso es necesario para que exista un acto complejo que haya unidad de contenido y unidad de fin en las diversas voluntades que se unen para formar un acto único. En el acto complejo la voluntad declarada es única y resulta de la fusión de la voluntad de los órganos que concurren a formarla o de la integración de la voluntad del órgano a que se refiere el acto. Si las voluntades que concurren a la formación del acto son iguales, el acto se forma por la fusión de las distintas voluntades; si son desiguales, por la integración en la principal de las otras. Habrá integración de voluntades cuando un órgano tiene facultad para adoptar una resolución, pero ese poder no podía ejercerse válidamente sin el concurso de otro órgano...”<sup>4</sup>

En tal sentido, la expedición de un dictamen previo y favorable, en tanto que elemento constitutivo de un acto administrativo complejo, no constituye una mera formalidad, sino un acto de contenido material, y por ende, debe ser motivado.

En suma, el concepto previo y motivado que debe rendir el alcalde en cuanto a la instalación

de juegos localizados en su respectivo municipio es un acto de contenido material, que debe contener consideraciones fácticas y jurídicas, y por ende, puede ser susceptible de ser controvertido judicialmente.

4. La facultad constitucional con que cuenta el legislador para establecer y regular monopolios rentísticos en materia de juegos de suerte y azar.

A lo largo de su jurisprudencia, la Corte ha considerado que el legislador cuenta con un amplio margen de discrecionalidad para organizar el monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar. Al respecto, en sentencia C-1108 de 2001, esta Corporación estimó que “En la medida en que es la propia ley la que establece el monopolio, el legislador cuenta con un amplio margen de apreciación para el efecto, dentro de parámetros de razonabilidad y proporcionalidad”. Luego, en sentencia C-1114 de 2001 esta Corporación afirmó que “tratándose de recursos públicos, como ciertamente lo son los generados por las rentas monopolizadas, corresponde a la ley determinar dentro de un amplio margen de apreciación las modalidades y las características de las mismas cualquiera sea la forma de gestión que se adopte -directa, indirecta, mediante terceros- y señalar la mejor manera para la obtención de las rentas que propicien la adecuada prestación de servicios públicos que como los de salud están tan íntimamente relacionados con las necesidades insatisfechas de la población (C.P., arts. 1, 2 y 365)”. En igual sentido, en sentencia C-1191 de 2001 precisó que la Constitución confiere al legislador “una amplia facultad de regulación en materia de monopolios rentísticos, pudiendo ceder o no la titularidad de algunas rentas (o la explotación de monopolios) a las entidades territoriales, e imponer las limitaciones, condicionamientos o exigencias que estime necesarias, todo ello sin perjuicio de la facultad de estas últimas de disponer de los recursos obtenidos en la explotación de sus monopolios, y siempre y cuando se destinen a los fines para los cuales fueron previstos”. Así por ejemplo, tal y como lo examinó la Corte en sentencia C-031 de 2003, el legislador puede restringir la operación de monopolios a las personas jurídicas.

En este orden de ideas, existe una clara línea jurisprudencial en el sentido de que en lo referente a la organización y funcionamiento del monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar, el legislador cuenta con un amplio margen de configuración normativa, lo cual no obsta para que el Congreso de la República pueda “asignar a las entidades territoriales ciertos aspectos puntuales de la regulación de los monopolios rentísticos”<sup>5</sup>, como el relativo al valor de los sorteos de las loterías<sup>6</sup>. En consecuencia, es plausible afirmar que, a fortiori, el legislador puede establecerle a favor del alcalde municipal una competencia, con fundamento en el artículo 315-10 Superior, ya no normativa como la anteriormente señalada para el caso de las Asambleas Departamentales, sino meramente administrativa, como lo es la emisión de un concepto previo y favorable para la instalación de juegos de suerte y azar en su municipio.

Cabe asimismo señalar que, si bien la renta generada por la explotación del monopolio sobre juegos de suerte y azar no constituye un recurso endógeno de la entidad territorial<sup>7</sup> y que es gestionada por la ETESA, también lo es que los titulares de la misma son los Departamentos, el Distrito Capital y los municipios, motivo por el cual, no resulta irrazonable que los alcaldes participen en la toma de la decisión acerca de la instalación de unos juegos localizados en sus respectivos municipios, tanto más y en cuanto, como se ha indicado, por la misma naturaleza de tales juegos es preciso armonizar su instalación con el Plan de Ordenamiento Territorial.

En efecto, el Plan de Ordenamiento Territorial, cuya importancia ha sido resaltada por la jurisprudencia constitucional<sup>8</sup>, es entendido como un conjunto de objetivos, directrices, políticas, estrategias, metas, programas, actuaciones y normas encaminadas a orientar y administrar el territorio, constituye un instrumento esencial para direccionar un adecuado desarrollo económico, social, ambiental y cultural de los municipios, así como planear la ejecución de obras públicas. En la elaboración del mismo, por lo demás, participa activamente la ciudadanía, e igualmente, se busca concertar acuerdos entre las diversas instituciones estatales. Otro tanto sucede en el derecho comparado<sup>9</sup>.

Aunado a lo anterior, es necesario tener en cuenta que, según el Texto Fundamental, le corresponde al Alcalde conservar el orden público del municipio de conformidad con la ley y las instrucciones y órdenes que reciba del Presidente de la República y del respectivo gobernador. El alcalde es, por mandato constitucional, la primera autoridad de policía del municipio y, en tal calidad, además de la función genérica, confiada a todas las autoridades, de proteger a las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, tiene a cargo la específica de salvaguardar, “en el ámbito territorial del municipio, la pacífica convivencia entre sus habitantes y el ejercicio razonable y lícito de las actividades que ellos emprendan”<sup>10</sup>. En tal sentido, le corresponde al alcalde municipal ejercer la función de policía, entendida ésta como “la adopción reglamentaria de ciertas prescripciones de alcance local sobre un tema en particular dirigidas a un grupo específico de personas, y de los habitantes y residentes de la localidad, bajo la orientación de la Constitución, la ley y el reglamento superior, de tal manera que la autoridad de policía local pueda actuar ante condiciones específicas, según los términos que componen la noción de orden público policivo y local, lo que le permite dictar normas que regulen aquellas materias con carácter reglamentario y objetivo”<sup>11</sup>.

Siendo entonces el alcalde el competente para preservar y mantener el orden público en el respectivo municipio, no contraría la Constitución la adopción de medidas encaminadas a que dicha autoridad pueda realizar una gestión administrativa que concrete el poder de policía que ha sido ejercido directamente por el legislador<sup>12</sup>, valorando las circunstancias concretas de orden público para efectos de adoptar la decisión que estime más conveniente según el caso en materia de funcionamiento de establecimiento destinados a la realización de juegos de suerte y azar. De tal suerte que, no viola la Constitución que el legislador otorgue a los

alcaldes municipales la realización de una gestión concreta y preventiva, propia de sus funciones de policía, consistente en expedir un concepto previo y favorable para la instalación de juegos localizados en sus respectivos municipios, medida destinada a mantener el orden público en su localidad, de conformidad con la ley (CP art. 315-2), concepto que comprende la garantía de la seguridad, la tranquilidad y la salubridad públicas.

En suma, no constituye una extralimitación del legislador en materia de autonomía de las entidades territoriales, haberle otorgado a los alcaldes municipales el ejercicio de una competencia mediante la cual se materializan las facultades de policía de las cuales son titulares aquéllos.

#### 6. Examen del cargo de inconstitucionalidad planteado.

El ciudadano alega que el requisito establecido por el legislador en el sentido de que cuando se trata de juegos localizados se deberá contar con el concepto previo y favorable del alcalde donde operarán los mismos, conduce a entorpecer por completo el funcionamiento de una Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden nacional como lo es ETESA, violándose de esta manera las normas constitucionales mediante las cuales se definen y delimitan los ámbitos competenciales de las entidades del orden nacional y los entes territoriales. En otras palabras, la norma acusada desconocería la estructura y el adecuado funcionamiento del Estado colombiano. No comparte la Corte estas aseveraciones por las razones que pasan a explicarse.

Como se ha indicado, en materia de regulación del monopolio rentístico existente sobre juegos de suerte y azar, el legislador cuenta con un amplio margen de configuración normativa. A su vez, si bien no se trata de una fuente endógena de financiación de las entidades territoriales, la cual es gestionada por una Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden nacional como lo es la ETESA, también es cierto que son los Departamentos, el Distrito Capital y los municipios los titulares de dicha renta, la cual va destinada para atender las necesidades del sector salud, motivo por el cual la administración de la misma no resulta ser un tema extraño o ajeno a las entidades territoriales.

De igual manera, por la propia naturaleza de los juegos localizados, resulta a todas luces razonable y justificado que los alcaldes municipales, con base en lo establecido en sus respectivos Planes de Ordenamiento Territorial, y en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales en tanto que autoridad pública encargada de mantener el orden público en el ámbito municipal, participen en la toma de la decisión sobre la instalación o no en determinados sitios de los mencionados juegos, decisión que no resulta ser como lo

plantea el demandante arbitraria, por cuanto se trata de rendir un concepto previo y favorable, es decir, un acto jurídico de contenido material, soportado debidamente en consideraciones jurídicas y en los hechos, y por supuesto, controlable judicialmente.

Aunado a lo anterior, la Corte considera que, contrario lo sostenido por el demandante, la disposición acusada, no sólo no conduce a entorpecer el normal desarrollo de las actividades económicas llevadas a cabo por una Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden nacional, sino que constituye una garantía para la autonomía constitucional de la cual son titulares las entidades territoriales, por cuanto les permite participar en la toma de decisiones esenciales sobre un asunto que es de su competencia, como es el caso del ordenamiento urbanístico.

En este orden de ideas, la Corte considera que el requisito establecido por el legislador en la norma acusada no conlleva a desconocer las normas constitucionales mediante las cuales se opera el reparto de competencias entre las entidades del orden nacional y los entes territoriales. Por el contrario, el legislador estableció un requisito que se encamina a salvaguardar el orden público en sentido amplio, y urbanístico en especial, a proteger la autonomía de las entidades municipales, y en definitiva, a que decisiones de carácter político que se han adoptado en cuanto a la regulación y manejo del territorio, sean respetadas, con lo cual el cargo de inconstitucionalidad no está llamado a prosperar.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

## VII. DECISION

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

## RESUELVE

Declarar EXEQUIBLE, por el cargo analizado, la expresión “Los juegos localizados que a partir de la sanción de la presente ley pretendan autorización de la Empresa Territorial para la Salud, ETESA, deberán contar con concepto previo favorable del alcalde donde operará el juego”, del artículo 32 de la Ley 643 de 2001.

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

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Presidente

CON ACLARACION DE VOTO

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

AUSENTE CON PERMISO

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

CON SALVAMENTO DE VOTO

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO SENTENCIA C-173/06

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL POR INEPTITUD SUSTANTIVA DE DEMANDA-  
Insuficiencia de cargos (Salvamento de voto)

La Sala Plena de la Corte decidió pronunciarse de fondo respecto de la demanda de la referencia pese a que -a juicio de quien suscribe este salvamento- el libelo carecía de los elementos argumentativos necesarios para propiciar un adecuado juicio de inconstitucionalidad, defecto que obligaba a la Corporación a inhibirse de emitir pronunciamiento sustantivo. Ciertamente la demanda resultaba sustancialmente inepta porque carecía del soporte normativo requerido para afirmar que la competencia a que hace referencia la Ley 643 de 2001 era incompatible con nuestro ordenamiento constitucional. La imposibilidad de la Corte para citar las normas constitucionales que supuestamente se infringieron demuestra que los cargos nunca se concretaron. La sencillez de los argumentos que la Corte usó demuestra la insuficiencia de los cargos.

Referencia: expediente D-5946

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 32 (parcial) de la Ley 643 de 2001, "Por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar"

Demandante: Antonio Barrera Carbonell

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO SIERRA PORTO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de esta Corporación, presento salvamento de voto respecto de la decisión adoptada por la mayoría en el proceso de esta referencia.

Por votación mayoritaria de sus miembros, la Sala Plena de la Corte decidió pronunciarse de fondo respecto de la demanda de la referencia pese a que -a juicio de quien suscribe este salvamento- el libelo carecía de los elementos argumentativos necesarios para propiciar un adecuado juicio de inconstitucionalidad, defecto que obligaba a la Corporación a inhibirse de emitir pronunciamiento sustantivo.

Ciertamente, tal como lo expusieron y explicaron el ciudadano interviniente y el Ministerio Público, la demanda de la referencia no estructuró cargo alguno del que pudiera deducirse una incompatibilidad entre la Constitución y el artículo demandado. Así se deduce del minucioso análisis que el suscrito magistrado adelantó para la elaboración del proyecto de fallo que finalmente fue derrotado en Sala Plena.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Descrito el contenido de la ley, el actor indicó -bajo el subtítulo "normas constitucionales que se consideran infringidas por la norma acusada"- que el precepto se aplica a los juegos localizados de azar que se instalen con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 643 de 2001. Advirtió después que los artículos 101 y 102 de la Ley 788 de 2002, por los cuales se aclaró el alcance del concepto previo del alcalde, y ordenaron reglamentar el artículo 33 de la misma ley, fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-114 de 2003, pero tampoco en este aparte, el demandante tampoco diseñó ningún cargo de inconstitucionalidad.

Inmediatamente después, el actor describió algunos conceptos cercanos a la materia objeto de examen, relacionados principalmente con la función consultiva de la Administración. Indicó que, según la doctrina, los órganos consultivos deben estar constituidos de forma colegiada, pues el consejo, la ilustración y la opinión deben ser producto de la deliberación de varios y no del parecer de uno solo. En este punto, el demandante no fijó normas constitucionales de las que pudieran derivarse dichos conceptos y en contra de las cuales el artículo acusado pudiera haber atentado. En últimas, tampoco estructuró un cargo de inconstitucionalidad.

Posteriormente, precisó que la función consultiva puede ser facultativa, obligatoria o vinculante. Seguidamente, resaltó que las funciones estatales se manifiestan y desarrollan

bajo el esquema de los conceptos de centralización y descentralización, conceptos que desarrolla con cierta profundidad, pero a partir de los cuales no formuló ningún cargo de inconstitucionalidad.

Alrededor de la idea de descentralización, el actor señaló que las entidades territoriales tienen autonomía para la gestión de sus intereses y que los límites -mínimos y máximos- de la misma están fijados por ley. Puntualizó que la autonomía tiene un núcleo constitucional que no puede ser desconocido por el legislado y que la ley, al distribuir las competencias entre las entidades descentralizadas, está obligada a observar criterios de razonabilidad y proporcionalidad, de modo que hagan congruentes dichas competencias y se asegure la existencia de las dos especies de descentralización.

Culminada esta primera etapa -que podría considerarse introductoria de la demanda- el actor no había formulado un solo cargo, con fundamento constitucional, del que pudiera deducirse que el concepto favorable del alcalde previo a la autorización conferida por ETESA para el funcionamiento de juegos localizados resultaba inconstitucional. Pudo pensarse entonces que esta sección fungía a manera de prólogo y que, por tanto, no estaba en ella la intención de formular los cargos de inconstitucionalidad. No obstante, dicha intención tampoco se vio cumplida cuando el demandante ingresó en el estudio particular de sus cargos.

En primer lugar, de los extractos citados de la Sentencia C-1191 de 2001, que el actor utilizó como uno de los fundamentos de su demanda, no se encontró argumento alguno del que pudiera inferirse, siquiera prima facie, que el concepto previo del alcalde del municipio en el que, por virtud de la Ley 643 de 2001, debían operar los juegos de suerte localizados, fuera violatorio de la autonomía territorial.

Por el contrario, la providencia de la Corte es generosa en referencias que conducían a una conclusión contraria y que indicaban que, en relación con los ingresos provenientes de esa actividad, la ley podía distribuir competencias y asignar funciones para la regulación de algunos aspectos en cabeza de las entidades territoriales. Habida cuenta del contenido de dicha jurisprudencia era claro, a juicio del suscrito magistrado, que el demandante no había estructurado un argumento suficiente que, al contrastarlo con los conceptos vertidos en esta jurisprudencia, ofreciera como conclusión novedosa la inconstitucionalidad del artículo acusado.

Luego de la cita jurisprudencial referida, el demandante hizo alusión a las condiciones en que opera la función consultiva de la Administración, para lo cual hizo énfasis en la necesidad de que los órganos consultivos pertenecieran al mismo nivel de Administración en el que se encuentren ubicados los órganos de la Administración activa. No obstante, en este punto, el

demandante tampoco elaboró un cargo de inconstitucionalidad coherente. En primer lugar, no citó disposición constitucional contra la cual fuera posible contrastar la norma legal acusada, así como tampoco explicó cómo el artículo demandado vulneraba la posición doctrinaria aquí expuesta.

Para explicar su inconformidad con la norma acusada, el demandante aseguró también que dicha disposición dispone de “manera imperativa y sin excepción alguna, que la autorización de ETESA para la operación de un juego localizado por intermedio de terceros, debe otorgarse bajo la condición de que inexorablemente se acate el concepto favorable que debe emitir el alcalde del lugar donde opera el juego” a lo cual agrega que “en tales condiciones resulta irrazonable y desproporcionado que un órgano perteneciente al sector descentralizado y autónomo territorial, como es el alcalde de un distrito o municipio, esté facultado por el legislador para inmiscuirse o intervenir con carácter definitorio en un asunto de competencia de una entidad descentralizada del orden nacional”.

En la misma línea, el impugnante sostuvo que “el mencionado concepto, por su carácter vinculante, condiciona y sujeta de manera absoluta a ETESA y le impone un límite riguroso del cual no puede sustraerse, con lo cual cercena por completo su libertad de acción, pues quien propiamente decide sobre la autorización para operar el juego no es ETESA, a la cual se ha atribuido la explotación y administración de los juegos localizados, sino el alcalde del respectivo distrito o municipio, con la consecuencia de que se la obliga a contratar, limitando su libertad contractual, con la persona que ha obtenido el referido concepto”.

Y finalmente agregó que “no resulta razonablemente admisible que con ase en el otorgamiento de la titularidad de las rentas de juegos asignados a ETESA a las entidades territoriales (sic), pueda edificarse una exigencia como el concepto obligatorio del alcalde, que viola la autonomía y desconoce los derechos que le corresponden a aquella como titular de la administración y de la explotación de los recursos localizados”.

Pese a lo anterior, de la exposición que ha sido transcrita tampoco era posible deducir un verdadero cargo de inconstitucionalidad que ilustrara de manera concreta y suficiente la oposición normativa de la norma legal con la de superior rango. Ello, en primer término, porque el demandante no citó -a pesar de haberlas mencionado profusamente en la parte general de su argumentación- cuáles de las normas constitucionales se consideraban infringidas por el artículo demandado. Además de las exigencias argumentativas establecidas por la jurisprudencia de la Corte como atributos del cargo de inconstitucionalidad, el señalamiento de la norma constitucional que se considera infringida es requisito legal del libelo acusatorio, por lo que, en el caso concreto, la falta de concreción de la norma constitucional afectada constituía no sólo un defecto de precisión de la argumentación, sino una deficiencia estructural de la demanda.

Por su parte, la falta de suficiencia del argumento se evidenciaba en el hecho de que el demandante no explicó realmente por qué la asignación de la competencia de que trata el artículo 32 de la Ley 643 de 2001 era irrazonable, desproporcionada y en extremo rigurosa, frente a la competencia de explotación que se le confiere a ETESA.

Para el suscrito magistrado, del texto de la norma se entendía con claridad que el concepto favorable del alcalde era requisito para la autorización de juegos localizados por parte de ETESA -así lo reconoció la posición mayoritaria-, por lo que nada agregaba a la discusión el que simplemente se dijera que el concepto previo establecido por la ley era contrario a la Carta. Los párrafos de la demanda en que se estructura el cargo de inconstitucionalidad se limitaron a repetir el contenido jurídico de la norma y a descalificar sus órdenes, pero nunca justificaron esa inconformidad.

En la misma línea -según criterio de quien suscribe este salvamento- los argumentos del demandante fueron insuficientes cuando trató de explicar la aparente contradicción que existe entre afirmar que la ley está habilitada para regular integralmente la materia relativa a los monopolios rentísticos de juegos de suerte y azar -en cuanto a su organización, administración, control y explotación, determinación de los titulares y de quienes lo pueden administrar y explotar- con la de que el alcalde puede inmiscuirse e intervenir en dicha administración y explotación, en virtud del concepto obligatorio que debe emitir. Ciertamente, del análisis hecho por el demandante no se entendía cómo, si la ley está habilitada para regular integralmente la materia, aquella no pudiera decidir que para autorizar los juegos localizados por parte de ETESA se requería concepto favorable del alcalde del municipio donde dichos juegos han de operar.

Según criterio del proyecto presentado a consideración de la Sala, carecía de lógica afirmar que la ley puede determinar el régimen general de los juegos de azar, pero está impedida para conferir al alcalde la competencia de emitir concepto previo para la instalación de juegos de azar localizados en su municipio. Por lo menos, en este aspecto, la argumentación resultaba insuficiente y poco coherente con la jurisprudencia que el demandante mismo trajo a colación y que establecía que “por tratarse de un régimen propio, la Constitución confiere al legislador una amplia facultad de regulación en materia de monopolios rentísticos, pudiendo ceder o no la titularidad de algunas rentas (o la explotación de monopolios) a las entidades territoriales, e imponer las limitaciones, condicionamientos o exigencias que estime necesarias.”<sup>13</sup>

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Ahora bien, si el argumento del demandante no se estructuraba ya sobre la ilegitimidad de la intromisión, sino sobre la desproporción de la misma, entonces era de su cargo exponer

suficientemente por qué dicha desproporción se presentaba, esfuerzo que nunca se llevó a cabo.

Siguiendo con el orden de la demanda, el impugnante aseguraba que la norma acusada rompía la estructura del Estado, porque permitía que un órgano distrital o municipal interviniera en la definición de un asunto que pertenecía al ámbito de autonomía que es propiedad de la entidad descentralizada ETESA.

No obstante, para el suscrito magistrado, este argumento resultaba insuficiente en cuanto que omitía explicar las razones de por qué dicha intervención era ilegítima o por qué la autonomía de ETESA era de tal amplitud que excluía cualquier inferencia de autoridades territoriales. En esta etapa, ningún elemento ilustraba por qué la ley desborda sus competencias al vulnerar la autonomía de la entidad descentralizada por servicios. Además, este argumento resultaba abstracto y poco definido en tanto que no precisaba cuáles de las normas constitucionales se habían visto vulneradas por esa supuesta incorrecta intromisión.

En suma, en esta etapa de la demanda, era claro que el actor venía difiriendo del contenido de la norma porque era de su parecer que el concepto previo del alcalde interfería en la actividad contractual de ETESA, pero también lo era que el demandante no había utilizado argumentos de contenido jurídico para descalificar dicha interferencia, la cual no era del caso negar, visto que emergía sin duda de la norma acusada.

Más adelante en la demanda, el impugnante advirtió que la competencia asignada por la Ley 643 de 2001 al alcalde municipal, que lo autoriza a rendir concepto previo para el asentamiento de juegos de azar en su municipio, no hacía parte de los asuntos que atañen a la entidad territorial o, como él mismo lo llamaba, era un asunto ajeno al “ámbito misional” de la misma. No obstante, en relación con este reproche, el cargo era insuficiente porque no era correcto afirmar, sin ninguna justificación de soporte, que la ubicación de juegos de azar localizados era un tema ajeno a los asuntos propios del municipio. La Constitución Política, en su artículo 311, encarga al municipio, como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado, la función de ordenar el desarrollo de su territorio, por lo que la premisa del demandante carecía, prima facie, de fundamento constitucional. En este punto de la demanda, era claro que resultaba imposible ubicar la norma constitucional que supuestamente se habría infringido.

De hecho, resultaba extraño que el mismo demandante sostuviera, como preámbulo de su argumento, que “con fundamento en la autonomía que se les reconoce, los distritos y los municipios tienen la misión de gestionar todos aquellos asuntos que conciernen a los intereses de las comunidades asentadas en su territorio, de conformidad con las

competencias que la Constitución les atribuye, y las que le puede asignar la ley”, para agregar luego, sin bases suficientes, que la ley no puede asignar al alcalde la competencia de que trata la norma en litigio.

Por lo mismo, resultaba contradictorio que el demandante hubiera citado como apoyo de su demanda la jurisprudencia constitucional que afirma que “el diseño de la empresa tampoco responde a concepciones centralistas, pues el artículo 39 acusado señala que la junta directiva de ETESA estará conformada, entre otros, por cuatro (4) representantes de los alcaldes designados por la Federación Colombiana de Municipios, y por dos (2) representantes de los gobernadores, designados por la Conferencia Nacional de Gobernadores. Todo ello permite concluir que, contrario a lo afirmado por el actor, la norma busca asegurar la adecuada participación de las entidades territoriales en el manejo de esta modalidad de monopolios de juegos de suerte y azar”, para luego afirmar que el asunto sometido a concepto favorable del alcalde municipal no tiene nada que ver con la misión institucional del municipio. A nuestro juicio, era evidente que el demandado no había desplegado una argumentación suficiente para desvirtuar estos elementos derivados de la doctrina constitucional.

Ahora bien, si a pesar del escollo normativo del artículo 311 constitucional y del concepto de la jurisprudencia, el demandante todavía consideraba que el tema objeto de consulta al alcalde municipal era ajeno a los asuntos propios del municipio, fue su deber demostrarlo con mayor rigor argumentativo, carga que omitió desplegar en su escrito demandatorio. Estas deficiencias no pudieron sanearse ni siquiera con el argumento -expuesto en su momento- de que ninguna autoridad puede ejercer funciones que no estén en la constitución y la ley, pues es palmario que en este caso es la propia ley la que asigna al alcalde la competencia referida, sin que por otra parte se haya demostrado que tal asignación hubiera sido inconstitucional.

Como elemento de refuerzo, el libelista aseguró que el legislador no podía atribuir al alcalde municipal la competencia para emitir concepto favorable para la autorización de instalación de juegos de azar localizados, porque dicha competencia implicaba el desconocimiento de la autonomía de ETESA, que tiene fundamento constitucional en la característica descentralizada del Estado. No obstante, en el desarrollo de sus argumentos, el impugnante no abordó, ni lo justificó, el tema de por qué la autonomía de ETESA -que indudablemente deriva de su carácter de entidad descentralizada- es refractaria a cualquier competencia de autoridad territorial.

Por último, el demandante enumeró sus argumentos a manera de resumen, no obstante lo cual los mismos fueron insuficientes para ilustrar -siquiera prima facie- la inconstitucionalidad del precepto acusado:

a. Aunque el libelista aseguró que la norma rompía la estructura descentralizada del Estado, reflejada en los diferentes niveles de administración, el mismo no expuso un argumento concreto y específico que demostrara por qué esa competencia asignada al alcalde, que sin duda implica una intersección de competencias con el objeto institucional de ETESA, sea contraria a la Carta Política.

b. Aunque señaló qué la intervención del alcalde era irrazonada y desproporcionada, el actor no demostró el por qué de dichos adjetivos. En este aspecto sus argumentos fueron abstractos; como lo fueron cuando afirmó que la norma violaba el orden social justo, la efectividad de los derechos de las personas, la primacía de las normas constitucionales, el principio de igualdad y el derecho a la igualdad de las entidades descentralizadas. La amplitud de las acusaciones impedía de verdad considerar que allí había un cargo de inconstitucionalidad.

c. Aunque sostuvo que había una confusión en los niveles de responsabilidad de los funcionarios del Estado, el demandante no precisó en qué consiste tal confusión, y por qué la misma era inconstitucional y no podía considerarse como una simple intersección de competencias.

d. Al afirmar que el concepto del alcalde carece de límites y obedece a la sola voluntad o arbitrio del funcionario, por la mera circunstancia de que la norma no le pone reglas de ninguna naturaleza para regular la competencia, el demandante partió de premisas extra normativas que hicieron de su argumento un cargo impertinente. El hecho de que el alcalde pueda incurrir en abuso de su cargo al hacer uso de la competencia que le asigna la norma acusada es un asunto ajeno al texto de la disposición que se atacaba, propio mejor de la órbita de ejecución de dicha competencia.

e. Al decir que la norma afectaba la libertad de contratación de ETESA, que es la esencia de su autonomía como Empresa Industrial y Comercial del Estado, el demandante incurrió en un defecto de insuficiencia pues no demostró por qué dicha afectación, que no hacía falta discutir, pues se derivaba del propio texto de la norma, era contraria a la Carta Fundamental.

f. Finalmente, cuando sostuvo que la norma desconocía la autonomía distrital y municipal, el demandante no sustentó la afirmación de que dicha competencia fuera ajena a los asuntos que corresponde resolver al municipio.

Ahora bien, del texto de la providencia de la cual me aparto se entiende que la Corte sí encontró en la demanda los argumentos de fondo que aquí se echaron de menos. No obstante, leída con detenimiento, es posible percibir que, a pesar de darle trámite a las acusaciones, la Sentencia C-173/06 tampoco identificó con claridad cuáles fueron las normas constitucionales que según el demandante se vieron vulneradas. El lenguaje utilizado por la providencia da cuenta de que la norma no vulnera la Constitución en temas tales como la organización territorial y las competencias de las entidades descentralizadas, lenguaje cuya generalidad demuestra la dificultad que ofrecía la demanda para detectar, de manera concreta y precisa -como lo exige la jurisprudencia constitucional- la fuente de la violación normativa.

De ninguno de los apartes de los puntos 4 y 6 de la parte considerativa de la providencia se desprende confrontación normativa entre la norma legal y la Constitución, lo que indica que la Corte tampoco tenía claridad acerca de cuál era la norma constitucional que -a juicio del demandante- había sido violentada.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

De hecho, un análisis más detallado del fallo evidencia que la Corte se limitó a exhibir los artículos de la Constitución que confieren al alcalde, como suprema autoridad del Municipio, competencias plenamente acordes con la facultad conferida por la Ley 643 de 2001, lo cual demuestra que los argumentos de la demanda incurrieron principalmente en el defecto sustantivo de la insuficiencia, al fracasar sugerir, siquiera prima facie, por qué el concepto previo del alcalde resultaba incompatible con cierta norma constitucional.

Quien difiere de la posición mayoritaria entiende que los juicios de inconstitucionalidad no siempre se suscitan a partir de confrontaciones normativas directas, esto es, entre textos de contenido palmariamente opuesto. En este sentido, al demandante no se le exigía que indicara la norma constitucional en que la Carta prohíbe a los alcaldes emitir conceptos de la naturaleza de los consignados en el artículo 32 de la Ley 643 de 2001. Lo que con las exigencias argumentativas diseñadas por la Corte se pretendía era que el impugnante informara al proceso cuál de las disposiciones constitucionales ofrecía un contenido incompatible con la norma acusada, pretensión que aquél incumplió, pues de ninguna de las disposiciones constitucionales citadas se colige, siquiera de cerca, que una competencia tal resulte intransferible.

En resumen, la demanda resultaba sustancialmente inepta porque carecía del soporte normativo requerido para afirmar que la competencia a que hace referencia la Ley 643 de 2001 era incompatible con nuestro ordenamiento constitucional. La imposibilidad de la Corte para citar las normas constitucionales que supuestamente se infringieron demuestra que los

cargos nunca se concretaron. La sencillez de los argumentos que la Corte usó demuestra la insuficiencia de los cargos.

Con estas respetuosas consideraciones, dejo sentado mi salvamento de voto.

Fecha ut supra

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

A LA SENTENCIA C-173 de 2006

Referencia: expediente D-5946

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 32 (parcial) de la Ley 643 de 2001, “Por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar”.

Demandante: Antonio Barrera Carbonell

Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

En esta oportunidad me limitaré a reiterar lo que he señalado en otras aclaraciones o salvamentos de voto, puesto que no considero pertinente explicar en extenso mi posición sobre lo decidido en la presente sentencia. Basta con señalarla públicamente al votar y firmar la sentencia, y con expresar mi criterio sobre las opiniones disidentes.

A diferencia de lo que sucede en otros países de tradición romano-germánica, en Colombia existe una sólida y saludable tradición de pluralismo en el ejercicio de la magistratura.<sup>14</sup> Esta se refleja en tres aspectos: (i) el voto de los magistrados es conocido y divulgado, usualmente en un comunicado oficial de la Corte, lo cual permite a los ciudadanos conocer la posición de cada magistrado, (ii) las sentencias son firmadas por todos los magistrados, lo cual le permite a cada uno señalar públicamente, debajo de su rúbrica, si aclara o salva el voto, (iii) las deliberaciones constan en un acta accesible al público inmediatamente después de ser aprobada por el Pleno de la Corte donde se recogen los argumentos de cada magistrado, y (iv) a la correspondiente sentencia se deben adjuntar las opiniones disidentes de los magistrados, si las hay, o sea, los salvamentos o aclaraciones de voto. Además, la Secretaria General puede certificar cómo voto cada magistrado, si un interesado así lo solicita.

Estos cuatro aspectos - que constituyen una de las fortalezas de nuestra tradición judicial - son separables, como lo demuestra el derecho comparado.<sup>15</sup> O sea que es perfectamente posible que un magistrado opte por disentir, pero deponga su interés en criticar la sentencia correspondiente, cultivar el individualismo, hacer gala de su conocimiento o mostrar soluciones alternativas que considera más apropiadas. Todo en aras de contribuir a fortalecer a la institución judicial a la cual pertenece y a que las sentencias fijen el sentido de la Constitución con sólida autoridad.

Habrà, por supuesto, casos en que dicha contribución se logre mejor escribiendo una opinión separada, siempre dentro del mayor respeto por la institución. Así lo estimé necesario, por ejemplo, en la sentencia sobre el aborto (C-355 de 2006), la cual compartí enteramente. Escribí una aclaración de voto a dicha sentencia para agregar algunos argumentos fundados en el derecho comparado, con el fin de dar elementos de juicio orientados a impulsar desarrollos futuros en la materia, no para criticar la sentencia.<sup>16</sup> En cambio, en la primera sentencia en la cual participé sobre la igualdad de las parejas del mismo sexo (SU-623 de 2001), escribí un salvamento de voto conjunto para tratar de abrir el camino hacia evoluciones jurisprudenciales encaminadas a proteger a las parejas del mismo sexo, como en efecto sucedió varios años después sobre bases distintas a las que en 2001 dividieron a la Corte.

Lo mismo hice en temas menos “duros” pero importantes en el contexto colombiano, como la posibilidad de subsanar algunos vicios de procedimiento (C-333 de 2005). Mi orientación

anti-formalista me conduce a declarar el vicio pero también a admitir, como lo dice expresamente la Constitución desde 1991, que si se reúnen ciertas condiciones la ley puede ser devuelta para que la falla en el procedimiento pueda ser subsanada. Así sucede ahora frecuentemente con las leyes aprobatorias de tratados públicos. Es que en nuestro contexto hay cuestiones constitucionales de enorme relevancia sobre las cuales cabe anticipar una evolución, lo cual es un aliciente para que la opinión disidente sea escrita, no para atacar a la Corte, sino para sentar bases sólidas que propicien un cambio de jurisprudencia. Ello también ocurrió, por supuesto, antes de la Carta de 1991. Un buen ejemplo de ello es el salvamento de voto del magistrado Luis Sarmiento Buitrago a favor del control material de los decretos declarativos de un estado de excepción durante la vigencia de la Constitución de 1886. Si bien la Corte Suprema de Justicia nunca dio ese paso, en la Constitución de 1991 se plasmaron los fundamentos para que la Corte Constitucional avanzara en esa dirección, como en efecto aconteció.

Fue este espíritu constructivo el que me animó a abstenerme de seguir repitiendo el mismo salvamento de voto (ver, por ejemplo, el que escribí a la T-080 de 2006) a las sentencias de tutela que ordenaban la terminación indiscriminada de cualquier proceso ejecutivo hipotecario denominado en UPAC17. Una vez que la Sala Plena decidió asumir el conocimiento de varias tutelas acumuladas con el fin de unificar la jurisprudencia, dejé de escribir una opinión disidente en las Salas de Revisión en las cuales participé y tampoco lo hice en la sentencia de unificación donde la Corte construyó un enfoque diferente sobre nuevas premisas compartidas por casi todos los magistrados (SU- 813 de 2007).

Ahora bien, las sentencias de la Corte cumplen una misión trascendental consistente en fijar el significado de la Constitución. Por lo tanto, la decisión de escribir una opinión separada o disidente también implica una responsabilidad primordial: articular una crítica útil a la sentencia de la Corte, en especial cuando dicha sentencia puede llegar a constituirse en un precedente. Si una opinión separada o disidente no puede ser orientada en ese sentido, el juez que salve o aclare su voto puede satisfacer sus convicciones jurídicas simplemente anunciado que no está de acuerdo con la Corte.

Así interpretó el famoso jurista Roscoe Pound el dilema de escribir o no opiniones disidentes, en un artículo publicado en 1953<sup>18</sup>. Para Roscoe Pound la actitud de varios jueces movidos por la vanidad o el orgullo personal, que creían que tenían que escribir una opinión individual para cualquier caso, era contraproducente desde el punto de vista del progreso del derecho. Por eso destacó el siguiente canon de ética judicial: “Un juez no debe ceder a la vanidad de su opinión ni valorar de manera más alta su reputación individual que la de la Corte a la cual le debe lealtad.” (Canon 19, parágrafo 3, ABA, 1924). De tal forma que hay una diferencia entre anunciar un desacuerdo y, adicionalmente, escribir en extenso una crítica de la sentencia de la cual el magistrado difiere.

Además, en este caso el ímpetu de afinar la pluma para criticar la sentencia se ha desvanecido después de tranquilas reflexiones en torno al sentido de las opiniones separadas o disidentes. Estas me han llevado a darme cuenta de que aun los juristas admirados por la claridad, elocuencia, pertinencia y seriedad de sus opiniones disidentes, estimaban que no tenía sentido insistir, una y otra vez, en escribir de manera individual la posición que expresaron en las deliberaciones y mucho menos las que habían sostenido a lo largo del tiempo. No se debe olvidar que Oliver Wendell Holmes - denominado el gran disidente - sostenía que cuando un magistrado escribe un salvamento o aclaración de voto debe recordar que "esta dando su punto de vista sobre el derecho, no peleando con otro gallo". Esto llevó en múltiples ocasiones al magistrado Holmes a señalarles a los colegas de la Corte con los cuales compartía una opinión disidente, que debían modificar los términos empleados en el escrito correspondiente para respetar el principio ético de la civilidad en el disentimiento.

No se trata de seguir una regla de consenso, inapropiada en un contexto pluralista y en todo caso superada por la divulgación de los votos de cada magistrado. El objetivo esencial es contribuir a la consolidación de una institución que, como la Corte Constitucional, adopta decisiones que definen el rumbo del país en temas que despiertan enorme sensibilidad, tienen un impacto profundo o están sujetos de manera recurrente a la dura prueba del litigio constitucional.

Entonces, honro esa responsabilidad consustancial a la administración de justicia, que ha de ser tenida en cuenta por el juez constitucional cuando - más allá de hacer pública su posición al advertir que salva o aclara el voto - decide escribir una opinión disidente: la voz individual del magistrado debe contribuir a esclarecer el derecho, en lugar de confundir, y debe inscribirse en el respeto por la majestad de la justicia, en lugar de tratar de deslegitimarla.

Fecha ut supra,

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

1 Artículo 33 de la Ley 643 de 2001.

2 Artículo 35 de la Ley 643 de 2001.

3 Actualmente, Ministerio de Protección Social.

4 Díez, Manuel María, El Acto Administrativo, 2da edic., 1961.

5 Sentencia C- 1191 de 2001.

6 Ver sentencia C-338 de 1997. MP Jorge Arango Mejía, Consideración Tercera. En el mismo sentido, ver sentencia C-256 de 1998. MP Fabio Morón Díaz.

7 Sentencia C- 1191 de 2001.

8 Sentencias C- 431 de 2000, C- 795 de 2000 y C- 051 de 2001.

9 Ramón Parada, Derecho Administrativo, Tomo III, Bienes Públicos y Derecho Urbanístico, Barcelona, 2000, p. 537.

10 Ver al respecto sentencia T- 394 de 1997.

11 Sentencia C- 825 de 2004.

12 *Ibíd.*

13 Sentencia C-1191 de 2001

14 Desde el siglo XIX los magistrados han podido salvar o aclarar el voto. Sin remontarnos más allá de la vigencia de la Constitución de 1886, cabe resaltar que en la primera sentencia en la cual se juzgó, en control previo, un acto del legislador, se presentaron salvamentos de votos.

15 En efecto, en Francia están prohibidas las opiniones disidentes en el Consejo Constitucional, pero las actas de sus deliberaciones son públicas, varias décadas después de su aprobación. En Estados Unidos están permitidas las opiniones disidentes, pero no existen actas de las deliberaciones. Mucho de la evolución del pensamiento de la Corte estadounidense queda consignado por escrito en los memorandos y notas oficiales que se cruzan los magistrados, los cuales son públicos también después de varias décadas. En Alemania, después de un complejo y extenso proceso, se pasó de la interdicción de las opiniones disidentes a su admisión. Ello sucedió a raíz del famoso caso Spiegel, resuelto en 1966, en el cual los magistrados se dividieron 4 contra 4. Ante la ausencia de mayoría por la

inconstitucionalidad, el acto controvertido en dicho caso se consideró convalidado. Para entonces, las opiniones disidentes no estaban permitidas. Entonces, la Corte Constitucional alemana optó por publicar las dos opiniones enfrentadas como parte de la sentencia misma, sin divulgar los nombres de los magistrados. Ello suscitó un debate sobre si las opiniones disidentes deberían ser permitidas. En 1968 se llevó a cabo un debate apasionado al respecto en el Congreso de Derecho, organizado por la asociación de juristas. Luego de una votación, los juristas se inclinaron a favor de permitir las aclaraciones y salvamentos de voto, a pesar de que los magistrados que integraban las cinco altas cortes alemanas votaron en contra (158 contra 65). En 1970, el Parlamento modificó la Ley Orgánica de la Corte Constitucional Federal alemana para permitir las opiniones disidentes.

16 Inclusive respecto de estas cuestiones tan álgidas, algunos magistrados han preferido abstenerse de hacer públicas las razones de su posición. En Alemania, en la primera sentencia sobre el aborto, dos magistrados escribieron sus opiniones disidentes. Por eso, se cree que la votación fue 6 contra 2. No obstante, en realidad fue una sentencia 5 contra 3, ya que uno de los magistrados de la minoría decidió no escribir un salvamento de voto.

17 Los puntos de mi disenso se originaron en que a mi juicio la tutela no debía ser concedida sin verificar si el interesado había solicitado la terminación del proceso, si el inmueble estaba efectivamente destinado a vivienda, si el deudor había aceptado la reliquidación del crédito o si el inmueble ya había sido adjudicado a una familia que lo adquirió de buena fe para vivir en él

18 Roscoe Pound. *Cacoethes Dissentiendi: The Heated Judicial Dissent*. 39 A.B.A.J. (1953), 794.

19 El justicia Antonin Scalia, un vigoroso disidente en la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, critica esta actitud en un ensayo sobre la opinión disidente. Ver *The Dissenting Opinion*. 1994 J. Sup. Ct. Hist. 33.