

Sentencia C-177/04

ACTIVIDAD EMPRESARIAL-Fomento/JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-Modalidad de sorteos promocionales de operadores de juegos localizados es distinta de “juegos localizados”

De acuerdo con lo expresado en sentencia de esta Corte, las exclusiones de los “sorteos promocionales” contempladas en la disposición acusada son constitucionales pues, corresponden a sorteos promocionales, lo que fomenta la actividad empresarial, y por ende, el desarrollo económico del país. Para la Corte estas exclusiones no violan los artículos 13, 334 y 336 de la Constitución, pues ellas no se refieren a una persona determinada, sino a ciertos tipos de juegos que no son de carácter lucrativo profesional, que tienen un fin permitido con la Constitución y pueden ir asociadas a un beneficio común. Estas mismas razones resultan adecuadas para declarar la exequibilidad de la exclusión de “los sorteos promocionales que realicen los operadores de juegos localizados”, contenida en el mismo inciso tercero del artículo 5 de la Ley 643 de 2001, siempre y cuando se trate de sorteos promocionales de los operadores de juegos localizados y que se desarrolle de manera directa por el operador. Es decir, no se acepta la posibilidad de que terceros con fines lucrativos se beneficien de esta exclusión, tal como se explicó en la sentencia C-169 de 2004. Debe, además, hacerse la siguiente precisión: la modalidad de sorteos promocionales que realicen los operadores de juegos localizados es sustancialmente distinta a la de “los juegos localizados”, de que trata la Ley 643 de 2001, en los artículos 32 y 33. Esta modalidad no está excluida del ámbito de aplicación de la Ley 643 de 2001, por lo que le es aplicable el contenido del artículo 336 de la Constitución.

Referencia: expediente D-4867

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

Actora: Juliana Correal García.

Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

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.

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

II. NORMA DEMANDADA.

A continuación, se transcribe el texto de la disposición acusada, tomado del Diario Oficial Nro. 44294, del 17 de enero de 2001, página 8. Se subraya lo acusado, con la siguiente aclaración : si bien la actora subrayó como demandado todo el inciso tercero del artículo 5, los cargos los expone sólo en relación con la segunda parte del inciso en mención, y así lo dice expresamente a lo largo de su escrito.

Ley 643 de 2001

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

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.

III. LA DEMANDA.

La actora considera que el inciso tercero del artículo 5 de la Ley 643 de 2001 viola los artículos 13, 336 y 334 de la Constitución.

En primer lugar, manifiesta que las exclusiones del inciso 3 son de compleja y ambigua

redacción, y deben entenderse dentro de la estructura general de la Ley 643 de 2001, es decir, atendiendo lo establecido en los artículos 11 y siguientes, en los que el legislador definió y reguló las modalidades de juegos de suerte y azar, que son las loterías tradicionales (art. 11); las apuestas permanentes o chances (art. 21); las rifas (art. 27); los juegos promocionales (art. 31); los juegos localizados (art. 32); las apuestas en eventos deportivos, gallísticos, caninos y similares (art. 36); y, los juegos novedosos (art. 38).

La dificultad en la comprensión de las exclusiones se suscita porque no fueron contempladas en el proyecto de ley presentado por el ejecutivo, sino que se incorporaron durante el trámite en el Senado, sin que se hubieren motivado las razones para ello.

De otra parte, pone de presente que no existe cosa juzgada constitucional sobre el artículo 5 de la Ley 643 de 2001, porque la Corte Constitucional en la sentencia C-1191 de 2001, declaró la exequibilidad de esta disposición, pero limitó los efectos a los cargos estudiados, que fueron los artículos 34 y 43 de la Constitución. Ahora se demanda el inciso 3 del artículo 5, por violación de los artículos 13, 334 y 334 de la Carta, por las siguientes razones:

a) La vulneración del derecho a la igualdad, contenido en el artículo 13 de la Constitución radica en el trato diferente que se da entre los operadores de juegos localizados, los comerciantes o industriales para impulsar sus ventas, las beneficencias departamentales y las sociedades de capitalización, cuanto realicen juegos promocionales, frente a los demás operadores de dichos juegos pues “mientras que de la actividad de los segundos deben derivarse ingresos para el Estado, como consecuencia del monopolio rentístico establecido por la Constitución, los primeros fueron excluidos de la ley y por esa razón su actividad no produce ninguna renta a favor de los servicios de salud.” (fl. 6). Además, también se presenta la violación del artículo 13, al establecer un trato diferencial para las rifas que realiza el cuerpo de bomberos.

Para la demandante, la Corte debe aplicar un juicio de igualdad estricto, por mandato expreso del artículo 336 de la Constitución, pues, en este caso, el legislador no tiene competencia para privar al Estado de un ingreso que el constituyente le ha garantizado a través del arbitrio rentístico de los monopolios. Y no se está ante una situación de hecho distinta entre los operadores de los juegos excluidos, ni siquiera en la situación de las rifas del cuerpo de bomberos.

Manifiesta que del análisis de la exposición de motivos y del trámite legislativo no se puede deducir cuál fue la motivación expresa o tácita para introducir esta exclusión. Por el contrario, del espíritu de la Ley sólo se observa que se pretende la generación de recursos para el sector salud “asunto que se expuso en términos dramáticos al advertir al Congreso que de la aprobación de la ley dependería la salvación del sector de la salud en Colombia. Si esto es así, no se entiende de ninguna forma la creación de una exclusión de naturaleza tal que prive al Estado de recursos estimados en aproximadamente 14.000 millones de pesos al año.” (fl. 7) En este punto, la demandante hace referencia a un memorando citado por el Superintendente Nacional de Salud el 9 de junio de 2003.

Señala que :

“En conclusión, se observa que no existe ninguna justificación para el tratamiento discriminatorio y arbitrario que reciben los demás operadores de rifas y de juegos promocionales que sí están sujetos al pago de una tarifa por la explotación de esas modalidades de juegos de suerte y azar. En tanto que se excluye de la órbita de aplicación de la ley, exonerándose de esos pagos, a los operadores de juegos localizados, los comerciantes o industriales para impulsar sus ventas, las beneficencias departamentales y las sociedades de capitalización y cuerpo de bomberos para su financiamiento.

“Así las cosas con la ‘exclusión del ámbito de la Ley’, se liberó a un grupo de Colombianos, de la obligación Constitucional de aportar recursos para la salud cuando exploten el monopolio de los juegos de suerte y azar; y que curiosamente favorece a los sectores económicos más fuertes del país, como lo muestra la constancia suministrada pro ETESA” (fl. 8)

En consecuencia, solicita declarar la inexecutable parcial del inciso 3 del artículo 5 de la Ley 643 de 2001, por violar el artículo 13 de la Carta.

b) Respecto de la vulneración del artículo 336 de la Carta, la actora se refiere y acompaña en anexo algunas sentencias de la Corte sobre la justificación de los monopolios rentísticos.

Manifiesta que el significado de arbitrio rentístico se relaciona a la finalidad con la que debe constituirse un monopolio, finalidad que es el incremento de los recursos del Estado, por lo que afirma que podría intercambiar la frase constitucional “ningún monopolio podrá

establecerse sino como arbitrio rentístico” con la frase “ningún monopolio podrá establecerse sino para incrementar los ingresos estatales.”

Explica que el monopolio de los juegos de suerte y azar son de creación constitucional en el artículo 336 de la Constitución, y la propia Carta somete la organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos a un régimen propio, fijado por la ley, de iniciativa gubernamental. De allí que el legislador está facultado para promover su creación sin que sea posible extralimitarse, desconociendo los parámetros fijados en la Constitución. Si el legislador definió cuáles actividades corresponden a juego y azar demandadas, no puede sustraerlas de las finalidades constitucionales, sin que se viole la Constitución.

Por ello, lo acusado del inciso 3 del artículo 5 de la Ley 643 de 2001 viola el artículo 336 de la Constitución.

c) En cuanto a la violación del artículo 334 de la Constitución, la demandante la hace consistir en que el inciso acusado al vulnerar el artículo 336 de la Carta, está acarreado el desconocimiento del artículo constitucional 334, porque las exclusiones demandadas impiden la consecución de recursos para la financiación del sector de la salud de las personas más desprotegidas.

De allí que deba declararse la inexecutable del precepto demandado.

La actora acompañó una certificación del Vicepresidente Técnico de la Empresa Territorial para la salud - ETESA, en la que se relacionan las empresas a las que se les ha emitido concepto de exención, en aplicación del inciso 3 de la Ley 643 de 2001, desde el 17 de enero de 2001 al 1 de septiembre de 2003. (fls. 15 y 16), y anexó fotocopias de las Gacetas del Congreso y de sentencias de la Corte.

IV. INTERVENCION.

Intervino el Superintendente Nacional de Salud, doctor César Augusto López Botero, de cuyo escrito se puede concluir que considera que las exclusiones acusadas violan las disposiciones constitucionales. Las explicaciones del señor Superintendente son las siguientes :

Los monopolios estatales se establecen sólo como arbitrio rentístico y con la finalidad de interés público o social. El Estado mantiene los monopolios de juegos de suerte y azar y de

lictos. Las rentas de los primeros están destinadas exclusivamente a los servicios de salud y las de los segundos, preferentemente a los servicios de salud y educación.

Señala que como lo ha dicho la Corte (sentencia C-1191 de 2001), un monopolio es, desde el punto de vista económico una situación en donde una empresa o individuo es el único oferente de un determinado producto o servicio, o cuando un solo actor controla la compra o distribución de un determinado bien o servicio. La Constitución autoriza excepcionalmente el establecimiento de monopolios como arbitrios rentísticos no para excluirlas del mercado sino para asegurar una fuente de ingresos que le permita al Estado atender sus obligaciones. Pone de presente que la Corte ha precisado que los monopolios como arbitrios rentísticos no coinciden con la facultad que tiene el Estado de reservarse ciertas actividades estratégicas o servicios públicos, en razón de las diferencias que tienen (sentencia C-318 de 1994), y tampoco se confunden con los tributos.

Recuerda la resistencia que tuvo en la Asamblea Constituyente el mantenimiento de los monopolios rentísticos, por razones de burocracia, ineficiencia y corrupción de muchas licorerías departamentales. Sin embargo, se impuso por la importancia para los ingresos de las entidades territoriales, pero sometidos a una estricta regulación.

Afirma que 10 años después de haber entrado en vigencia la Constitución de 1991, el legislador expidió el régimen propio del monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar, mediante la Ley 643 de 2001. Uno de los principios establecidos en el artículo 3º es la estricta y exclusiva vinculación de la renta a los servicios de salud. Y así se observa en la exposición de motivos.

De otro lado, el señor Superintendente se refiere al régimen anterior a la Ley 643 de 2001, en el que no estaban exentos del régimen del monopolio rentístico los juegos promocionales y los sorteos de las sociedades de capitalización,

En efecto, señala el interviniente que en desarrollo de las facultades dadas a Ecosalud por la Ley 10 de 1990, esa entidad expidió las Resoluciones 719 de 1993 y 698 de 1994, que reglamentaron los juegos promocionales y de carácter publicitario, los cuales exigían el pago de un 10% de derechos de explotación sobre el valor del plan de premios “para las personas naturales o jurídicas sin ánimo de lucro, tales como industrias, supermercados, tiendas de cadena, centros comerciales de unidades residenciales, entre otros, siempre y cuando se

realizaran en forma directa y sin costo o contraprestación para el participante y tuvieran por objeto promover o estimular la venta de bienes, productos o servicios fabricados o comercializados por estos.” (fl. 32)

Así mismo, que la Resolución 788 de 1995 reglamentó los sorteos realizados por las sociedades capitalizadoras, aseguradoras o entidades de inversión, de cualquier clase, que ofreciera premios en dinero o en especie. Los operadores debían pagar el 14% del valor total del plan de premios por concepto de transferencias al sector salud.

Posteriormente, por Resolución 076 de 1999, se regularon los eventos de suerte y azar de carácter promocional y publicitario “se unificó la tarifa a pagar por todos los operadores con o sin ánimo de lucro y se incrementó la participación al 17% del valor comercial del plan de premios, discriminados en el 14% para transferencias al sector salud y el 3% por concepto de derechos de explotación, con el argumento de recaudar mayores recursos para el sector salud, dada la importancia que estas modalidades de juegos representaba en los ingresos para el sector.” (fl. 32)

De otro lado, indica que las exclusiones ahora contempladas en la Ley 643, en el inciso acusado, no estaban contempladas en el proyecto de ley presentado pro el Gobierno al Congreso. Ellas se incorporaron en el trámite, pero no se encuentran las razones de su inclusión. Sin embargo, en su oportunidad, el 22 de septiembre de 2000, el Director General para el Control de las Rentas Cedidas de la Superintendencia de Salud, se pronunció al respecto, ya que tales exclusiones implicaban la disminución de más de 5 mil millones para salud, y así lo hicieron saber algunas voces, entre ellas, un editorial de El Tiempo (12 de octubre de 2000), que señalaba que estas actividades no debían sustraerse a la aplicación de la ley.

Considera que existen tres posibles interpretaciones para conservar el espíritu e intención del constituyente en la expedición de la Ley 643 de 2001, que son:

“a) Entender que el artículo 5º lo que hizo fue excluir a algunas actividades del ámbito de esa nueva legislación expedida, lo que conduciría a que se aplicara la normatividad interior y así preservar el arbitrio rentístico; sin embargo, habría que considerar la constitucionalidad de la legislación anterior que parece no avenirse a los nuevos parámetros constitucionales.

b) Aplicar el artículo 31 de la propia Ley 643 de 2001, por contraposición al artículo 5, que le asigna una función y un arbitrio rentístico a estas actividades, además de ser posterior en el articulado lo que, por regla general de interpretación le daría prevalencia en su interpretación.

c) Entender que el artículo 5 en el inciso, tantas veces mencionado, al eliminar una de las funciones nodales de estos monopolios, no podría ser aplicable bajo el amparo de las normas superiores que se han ocupado del tema." (fls. 35 y 36)

Estima que de acuerdo con la Constitución, las opciones a y b son impracticables, de tal manera que el juzgamiento debe centrarse en la opción c, es decir, que el inciso acusado viola la actual Carta Política.

El señor Procurador General de la Nación, en concepto Nro. 3389, de fecha 17 de octubre de 2003, solicitó a la Corte declarar la exequibilidad, en lo acusado, del inciso 3 del artículo 5 de la Ley 643 de 2001. En subsidio, de haberse producido el fallo dentro del proceso D-4758, estarse a lo allí resuelto.

El señor Procurador pone de presente que sobre la norma acusada, ese despacho emitió concepto dentro del expediente D-4758, en el que los cargos son en esencia iguales a los presentados en esa oportunidad, por lo que transcribe este concepto, el cual se resume así :

En primer lugar, se refiere al contenido del artículo 336 de la Carta y a la competencia del legislador para definir el ámbito de aplicación y alcance del monopolio. Señala que este artículo no consagró un monopolio directo sobre los juegos de suerte y azar, sino que autorizó al legislador para establecerlo, con amplias facultades de configuración normativa. La Corte Constitucional en la sentencia C-1108 de 2001 manifestó que la estimación de la renta de los monopolios fiscales corresponde al legislador, dentro de los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad.

Dice que si se analizan las exclusiones relacionadas con los sorteos promocionales, se observa que no violan los artículos 13 y 336 de la Carta, ya que se refieren a ciertos tipos de juegos que no son de carácter lucrativo profesional, no son permanentes y van asociados a un beneficio común, y con un fin lícito. Se trata de crear un estímulo ocasional para impulsar las ventas, fomentado el desarrollo empresarial y la creación de empleo, lo que hace

razonable la medida, y proporcional, pues, el aumento en las ventas genera el aumento de otros ingresos impositivos al Estado.

Observa que los sorteos promocionales no son parte del objeto social de la persona jurídica que se dedica a la actividad comercial e industrial, o a la actividad individual de la persona natural.

Sobre las rifas del cuerpo de bomberos, la exención está justificada, porque si bien tales rifas pueden ser una actividad permanente, transitoria u ocasional, también es cierto que sus recursos se dirigen a asuntos que benefician a la comunidad en general y son de utilidad común, ya que brindan ayuda y socorro a los sectores que lo requieran.

Aclara el señor Procurador que la exención de los juegos que realice el cuerpo de bomberos se justifica siempre que sea desarrollada directamente por ellos mismos. Es decir, que no exista intervención de terceros con fines lucrativos, en los que el cuerpo de bomberos sólo recibe un porcentaje. En estos casos, no hay lugar a la exención, y, por el contrario, se violarían los principios de razonabilidad y proporcionalidad y el artículo 336 de la Constitución, ya que se trataría de una forma de evadir la obligación de pagar los derechos de explotación del monopolio. Además “es evidente que estos juegos y apuestas no son monopolio del cuerpo de bomberos y no tienen capacidad para enajenar derechos a través de concesiones a terceros.” (fl. 44)

Respecto de los juegos promocionales de las beneficencias departamentales, considera que existe justificación, pues sus rentas son destinadas a asuntos de utilidad común, sin fines lucrativos.

En cuanto a la exención de los sorteos de las sociedades de capitalización, que sólo podrán ser realizadas y operadas directamente por estas entidades, considera que el legislador decidió exonerarlas con el fin de estimular el ahorro, mediante la constitución de capitales determinados, a cambio de desembolsos únicos o periódicos con reembolsos anticipados o definitivos al vencimiento del plazo, a través de sorteos, definidos y regulados por la Superintendencia Bancaria, y según el Estatuto Orgánico.

El señor Procurador recuerda que, según concepto de la Superintendencia Bancaria (concepto 96011060-5, de 30 de abril de 1997), las actividades de capitalización no constituyen juego

de suerte y azar, porque no se orientan a fines recreativos sino a la formación de un capital con base en el ahorro, que no involucra la contingencia de la pérdida. Así mismo, el Consejo de Estado, en sentencia de 13 de marzo de 1995, expediente Nro. 2906, señaló que las actividades que constituyen modalidades de suerte y azar son las que la pérdida o la ganancia dependa de la casualidad y no de las capacidades de quienes en él intervienen. En los planes de capitalización no hay contingencias de pérdidas “ya que al vencimiento del plazo resulte o no favorecido por los sorteos, en todo caso al final del período pactado tiene derecho a la devolución de la integridad de su capital.” (fl. 46)

Finalmente sobre la acusación de violación del artículo 13 de la Carta, el señor Procurador recuerda que la Corte en la sentencia C-563 de 1997 señaló que el test de igualdad cuando se trata de materia económica y de intervención del Estado en la economía, debe ser débil, por lo que en estos casos habrá de verificarse si el trato se encuentra justificado para conseguir una finalidad permitida por la Constitución. Y en el presente caso se da la justificación de la exención.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 241, numeral 4, de la Constitución, la Corte Constitucional es competente para conocer de esta demanda, pues se trata de acusaciones contra una disposición contenida en una Ley.

2. Cosa juzgada.

La Corte en la sentencia C-169 de 2004, expediente D-4758, en la que se demandó también parcialmente el inciso tercero del artículo 5 de la Ley 643 de 2001, respecto de las exclusiones del ámbito de la Ley, en lo concerniente a actividades relacionadas con los sorteos promocionales, declaró la exequibilidad de estas exclusiones, por no violar los artículos 13, 336 y 334 de la Carta.

Es decir, en relación con las expresiones “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”, ha operado el fenómeno de la cosa juzgada, y deberá estarse a lo dispuesto en tal sentencia.

Sin embargo, en esta decisión no se examinó lo concerniente a la exclusión de los sorteos promocionales relativos a “los operadores de juegos localizados”, pues esta frase no fue demandada en aquella oportunidad, como ahora ocurre, con ocasión del presente expediente.

Por lo tanto, la Sala habrá de examinar lo que dijo la Corte en la sentencia C-1669 de 2004, con el fin de pronunciarse frente a la exclusión de los sorteos promocionales de los operadores de juegos localizados.

Las razones por las cuales la Corte declaró la exequibilidad de la disposición acusada, son las siguientes :

“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 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. (subrayas fuera de texto)

En ese orden de ideas, y en relación con los diversos supuestos de exclusión referidos en la disposición acusada cabe precisar:

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.” (sentencia C-169 de 2004, MP, doctor Alvaro Tafur Galvis)

De acuerdo con lo expresado en esta sentencia, las exclusiones de los “sorteos promocionales” contempladas en la disposición acusada son constitucionales pues, corresponden a sorteos promocionales, lo que fomenta la actividad empresarial, y por ende, el desarrollo económico del país. Para la Corte estas exclusiones no violan los artículos 13, 334 y 336 de la Constitución, pues ellas no se refieren a una persona determinada, sino a ciertos tipos de juegos que no son de carácter lucrativo profesional, que tienen un fin permitido con la Constitución y pueden ir asociadas a un beneficio común.

Estas mismas razones resultan adecuadas para declarar la exequibilidad de la exclusión de “los sorteos promocionales que realicen los operadores de juegos localizados”, contenida en el mismo inciso tercero del artículo 5 de la Ley 643 de 2001, siempre y cuando se trate de sorteos promocionales de los operadores de juegos localizados y que se desarrolle de manera directa por el operador. Es decir, no se acepta la posibilidad de que terceros con fines lucrativos se beneficien de esta exclusión, tal como se explicó en la sentencia C-169 de 2004.

Debe, además, hacerse la siguiente precisión : la modalidad de sorteos promocionales que realicen los operadores de juegos localizados es sustancialmente distinta a la de “los juegos localizados”, de que trata la Ley 643 de 2001, en los artículos 32 y 33. Esta modalidad no

está excluida del ámbito de aplicación de la Ley 643 de 2001, por lo que le es aplicable el contenido del artículo 336 de la Constitución, en cuanto señala : “Las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinados exclusivamente a los servicios de salud”.

En consecuencia, en lo que corresponde a 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”, habrá de estarse a lo dispuesto en la sentencia C-169 de 2004, pues los cargos examinados coinciden con los planteados en esta sentencia. Y, en relación con la frase “los operadores de los juegos localizados”, se declarará también exequible esta exclusión, porque tratándose de sorteos promocionales, operan las mismas razones que para las demás exclusiones, sin que pueda confundirse con la actividad a que se refieren los artículos 32 y 33 de la Ley 643 de 2001, que son propiamente los juegos localizados, que deben hacer los aportes correspondientes al servicio de salud, como lo establece la Constitución y la ley.

VII. DECISION.

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

RESUELVE :

Primero : Estarse a lo resuelto en la sentencia C-169 de 2004, expediente D-4758, que declaró exequible la parte demandada del inciso tercero del artículo 5 de la Ley 643 de 2001, así : “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.”

Segundo : Declarar exequible la expresión “los operadores de los juegos localizados”, contenida en el mismo artículo 5 del inciso tercero, de la Ley 643 de 2001.

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

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Presidenta

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General (e)