Sentencia C-316/03

MONOPOLIO-Concepto en materia económica

MONOPOLIO RENTISTICO-Antecedentes históricos

MONOPOLIO RENTISTICO-Elementos del régimen propio

MONOPOLIO RENTISTICO-Discusiones en Asamblea Nacional Constituyente

MONOPOLIO RENTISTICO-Exclusión de particulares

MONOPOLIO RENTISTICO-Finalidad

MONOPOLIO DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-Rentas destinadas exclusivamente a salud

MONOPOLIO RENTISTICO-Atribución legislativa de regulación general

MONOPOLIO RENTISTICO-Facultad legislativa para determinar régimen propio

MONOPOLIO-Concepto/MONOPOLIO RENTISTICO DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-Modalidad de operación

MONOPOLIO-Independientemente de la modalidad utilizada el Estado es el titular exclusivo

MONOPOLIO-Finalidad de interés público y social debe estar consagrada expresamente en la ley

LEGISLADOR-Facultad de establecer distintas modalidades de operación

MONOPOLIO DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-Titularidad y explotación

La titularidad del monopolio de juegos de suerte y azar es sólo del Estado, y está excluida la iniciativa de particulares; la explotación de ese monopolio, es decir, la posibilidad de obtener utilidad del mismo en provecho del Estado, la puede hacer el ente estatal a través de dos modalidades de operación (directa o a través de terceros), y finalmente independientemente de la modalidad de operación, el Estado no pierde la titularidad del monopolio.

SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA-Naturaleza

SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA-Creación y naturaleza jurídica

MONOPOLIO DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-Operación directa

SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA-No es operador directo por tener capital privado

NORMA ACUSADA-Sociedad de economía mixta con operador directo de juegos de suerte y azar contraría la Constitución

JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-No todas las rentas obtenidas deberán destinarse exclusivamente a los servicios de salud

MONOPOLIO RENTISTICO-Facultad legislativa para determinar régimen propio

MONOPOLIO-Constitución de renta

MONOPOLIO-Gastos de administración y de operación

La estructura de costos de los operadores de loterías está integrada por los gastos de administración y de operación que establezca el reglamento y por lo que se destine a cubrir los planes de premios. Esos gastos de administración y de operación no pueden ser en manera alguna ilimitados sino razonables en tanto deben observar los criterios de eficiencia establecidos en la Ley.

Referencia: expediente D-4301

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 6 (parcial) de la Ley 643 de 2001

Actor: Julio César López Espinosa

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de abril de dos mil tres (2003).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las previstas en el artículo 241, numeral 4 de la Constitución Política, y cumplidos todos los trámites y requisitos contemplados en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en relación con la demanda de inconstitucionalidad que, en uso de su derecho político, presentó el ciudadano Julio César López Espinosa contra el artículo 6 (parcial) de la Ley 643 de 2001, “por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar”, publicada en el Diario Oficial N° 44294 del 17 de enero de 2001.

I. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA

A continuación se transcribe, subrayando lo demandado, el texto de la disposición objeto de proceso:

“LEY 643 de 2001

(enero 16)

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

El Congreso de Colombia

DECRETA:

(...)

CAPITULO II

Modalidades de operación de los juegos de suerte y azar, fijación y destino de los derechos de explotación

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

- a) Un porcentaje de los ingresos brutos de cada juego, que deberán ser consignados en cuenta especial definida para tal fin, mientras se da la transferencia al sector de salud correspondiente en los términos definidos por esta ley;
- b) Los excedentes obtenidos en ejercicio de la operación de diferentes juegos, que no podrán ser inferiores a las establecidas como criterio mínimo de eficiencia en el marco de la presente ley. De no lograrse los resultados financieros mínimos, se deberá dar aplicación al séptimo inciso del artículo 336 de la Carta Política;
- c) Para el caso de las loterías la renta será del doce por ciento (12%) de los ingresos brutos de cada juego, sin perjuicio de los excedentes contemplados en el literal anterior”.

II. LA DEMANDA

El accionante afirma que las expresiones acusadas vulneran el artículo 336 de la Carta Política. En su criterio, al permitirse la intervención de particulares en la explotación directa del monopolio de juegos de suerte y azar, a través de las sociedades de economía mixta, se está desconociendo el aludido precepto constitucional toda vez que se autoriza la repartición de utilidades entre entes públicos y particulares. Con ello se desnaturaliza el monopolio fiscal constituido para transferir renta al sector de la salud, en tanto que los particulares pueden percibir una remuneración por desarrollar una actividad monopolística, pero no recibir rentas o utilidades.

Manifiesta además que por renta deben entenderse todos los dividendos producidos con la explotación de juegos de suerte y azar, y el literal a) del artículo 6 impugnado que dispone que la renta será un porcentaje de los ingresos brutos, desconoce el aludido artículo 336 C.P., en cuanto lo que quiso el Constituyente es que se transfiriera al sector de la salud toda la renta. Igualmente, señala que cuando el literal c) del artículo 6 de la Ley se refiere a la renta de las loterías en un porcentaje del 12% de los ingresos brutos, está permitiendo que los recursos mayores que pueda generar dicha actividad se destinen a gastos operativos o administrativos y no se cumpla con la previsión constitucional, pues toda renta que se genere, descontados los gastos necesarios de operación, deben destinarse a la salud.

Por último, sostiene que la transferencia de los excedentes de que trata el literal b) del artículo 6 de la Ley 643 de 2001 no subsana la inconstitucionalidad propuesta de los literales a) y c) ibídem, toda vez que el porcentaje del 12% de los ingresos brutos “exonera [a] los administradores del monopolio que son servidores públicos, de no hacer eficiente el

monopolio y permite que la operación se realice con excesivos gastos que daría como resultado muy pocos excedentes en el ejercicio fiscal, porque el administrador se limita a cumplir el porcentaje de los ingresos brutos que le señala la Ley y no a transferir toda la renta que cada juego genere de acuerdo a los resultados de cada sorteo y en los plazos que señala los (sic) artículo 12 de la Ley 643 de 2001”.

III. INTERVENCIONES

1. Luis Fernando Villota Quiñónez, quien actúa en su calidad de apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, solicita a la Corte que se inhiba para decidir de fondo el presente asunto por inepta demanda. Según afirma, los argumentos esgrimidos por el actor “no son claros al señalar las disposiciones y las razones por las que se viola la Carta con la disposición legal atacada, solamente se limita a manifestar que ‘los apartes subrayados y en cursiva son los acusados de inconstitucionalidad’ y posteriormente hace una deducción para inferir que las sociedades de economía mixta (...) al percibir utilidades y por lo tanto distribuidas a los socios violan la Carta al no destinar la totalidad de los recursos al sector salud; igualmente infiere que los explotadores del monopolio, en el caso de las loterías, puedan obtener ingresos superiores al 12% y al no destinar los mayores valores se (sic) a la salud vulneraría la norma constitucional”.

En caso de que la Corporación no comparta el planteamiento anterior, solicita que se declare la constitucionalidad de lo acusado teniendo en cuenta que no advierte vulneración alguna de la Carta Política. Asegura que la Ley 643 de 2001 es un claro desarrollo del inciso 3 del artículo 336 de la Constitución, toda vez que regula el monopolio de suerte y azar y fija su régimen propio. Afirma que la intervención de las empresas de economía mixta no desconoce la Constitución por cuanto las rentas que del monopolio se deriven no se disminuyen con el reparto de utilidades, pues la misma Ley en el artículo 6 precisa cuales son las rentas que se obtienen del ejercicio del monopolio y las destina al sector salud.

Agrega que el inciso 6 del artículo 336 de la Carta admite que el ejercicio del monopolio pueda ser ejercido no solamente por el Estado sino también por terceros y considera ilógico que todos los recursos obtenidos se destinen para la salud, pues independientemente de quien realice la explotación se generan gastos que tienen que cubrirse con esos dineros.

2. El apoderado del Ministerio de Salud, Bernardo Alfonso Ortega Campo, hace un relato del tratamiento que la Constitución le da al monopolio rentístico y concretamente el relacionado con la suerte y el azar, y hace referencia a que en la Ley de monopolios rentísticos se reconoce la titularidad que tienen los departamentos, los distritos y los municipios. Describe el tratamiento jurídico que se le ha dado a las entidades descentralizadas para concluir que, en principio, el de las sociedades de economía mixta es el mismo previsto para las sociedades de primer grado. De tal forma que si el aporte estatal es inferior al 90% del capital social el régimen aplicable será el del derecho privado, mientras que si dicho capital es igual o superior al 90% se aplicarán las reglas propias de las empresas industriales y comerciales del Estado.

Manifiesta que la facultad del legislador en materia de monopolios rentísticos no fue limitada expresamente por el Constituyente. Por tal razón, el Congreso puede determinar de manera general la forma de organización, administración, control y explotación de tales monopolios.

Por último, recuerda que la Corte Constitucional ha precisado que las sociedades de economía mixta, cuando se dedican a la explotación del monopolio como arbitrio rentístico, no pueden tener por objeto el reparto de utilidades. Con fundamento en ello solicita que se declaren ajustados a la Carta Política los apartes normativos impugnados pero con la advertencia de que las sociedades de economía mixta en las que participen particulares no pueden repartir las utilidades.

IV. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El Procurador General de la Nación sostiene, en primer lugar, que comparte los planteamientos esbozados en ocasión anterior por la Corte Constitucional en la medida en que cuando una ley crea un monopolio como arbitrio rentístico con el fin de obtener recursos para el Estado excluye la posibilidad de que se repartan las utilidades a particulares. Por tal razón, aduce que las sociedades de economía mixta, dada su propia naturaleza y en atención a que allí se distribuyen las utilidades entre los socios públicos y privados, no pueden ser operadores directos de tales monopolios. Por dicho motivo, solicita a la Corte que declare inexecutable la expresión “sociedades de economía mixta”, contenida en el inciso 1 del artículo 6 de la Ley 643 de 2001.

No obstante lo anterior, expresa que a pesar de que dichos entes no pueden ser operadores directos por las razones anotadas, sí pueden ser operadores indirectos de acuerdo con el inciso 7 del artículo 336 de la Constitución en concordancia con el 333 ibídem. Precisa al respecto que para que el Estado pueda otorgar la concesión para la operación del monopolio de arbitrio rentístico a terceros, que en este caso serían particulares, debe verificar con anticipación que el operador directo no cumplió con el requisito de eficiencia definido por el legislador y luego liquidar la empresa. En estos casos el operador indirecto debe percibir una utilidad como consecuencia del ejercicio de dicha actividad a través de la concesión, y el tratamiento que se le dé a las personas naturales o jurídicas de derecho privado será el mismo que el otorgado a las sociedades de economía mixta, a las que se les permitirá la distribución de utilidades entre sus socios.

De otro lado, el Jefe del Ministerio Público pide a la Corte que declare exequibles las demás expresiones acusadas de los literales a) y c) de la Ley en cuestión.

En su criterio, el artículo 366 C.P. debe interpretarse de manera razonable, por cuanto los operadores no pueden transferir toda la renta bruta al sector de la salud, pues de esa cantidad deben deducir lo necesario para gastos de funcionamiento o para el pago de tributos, tal como lo sostuvo esta Corporación en Sentencia C-587 de 1995. Considera, respecto del porcentaje del 12% de los ingresos brutos que deben transferir los operadores de loterías, que tal cantidad es razonable si se tiene en cuenta que dentro de los gastos operacionales están no sólo los de funcionamiento sino también los planes de premios. Por dicha razón, a pesar de que en un sorteo no resulte ganadora alguna persona, lo cierto es que el dinero para pagar el plan de premios debe estar siempre disponible.

Lo anterior -agrega- es sin perjuicio de que al final del ejercicio contable, cuando dichas entidades elaboren su estado de pérdidas y ganancias, deban destinar esas utilidades netas

o excedentes al sector salud.

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y FUNDAMENTOS DE LA DECISION

1. Problema jurídico

Corresponde a la Corte resolver dos interrogantes: ¿Pueden las sociedades de economía mixta, sin desconocer el artículo 336 de la Carta Política, ser operadores directos de juegos de suerte y azar? y ¿Se vulnera el referido precepto constitucional al disponer el artículo 6 de la Ley 643 de 2001, en lo acusado, que la renta del monopolio está constituida por un porcentaje de los ingresos brutos de cada juego, y para el caso de las loterías esa renta será del 12% de los ingresos brutos de cada juego?

Pasará la Corte, en primer lugar, a analizar el tratamiento que ha dado la Constitución a los monopolios y sus antecedentes en la Asamblea Nacional Constituyente, así como el régimen jurídico de las sociedades de economía mixta, para luego determinar si éstas pueden ser o no operadores directos del monopolio de juegos de suerte y azar. En segundo término, entrará a establecer el sentido correcto de la destinación al sector de la salud de los ingresos obtenidos en el ejercicio de esa actividad monopolística y las facultades otorgadas al legislador para fijar el régimen propio de los monopolios de arbitrio rentístico.

2. El régimen de monopolios establecido en la Constitución de 1991. Los antecedentes en la Asamblea Nacional Constituyente. El Estado, único titular de los monopolios rentísticos de juegos de suerte y azar

2.1. Desde el punto de vista económico un monopolio se caracteriza por la condición de exclusividad o clara ventaja o preponderancia que ostenta una persona, pública o privada, para realizar una actividad determinada y controlar el mercado.

2.2. Tanto en la Constitución de 1991 como en la de 1886 se asume una concepción contraria a la existencia del monopolio. El Estado debe evitar las prácticas monopolísticas, toda vez que restringen la libertad económica y la libre competencia (art. 333 C.P./91). No obstante, el artículo 31 de la anterior Carta Política, luego del Acto Legislativo N° 3 de 1910, autorizaba el establecimiento de monopolios mediante ley, pero con la connotación de que se constituyeran como arbitrio rentístico, con la titularidad exclusiva del Estado¹ y siempre que hubiesen sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de la ley quedarán privados del ejercicio de una actividad económica lícita.

Aunque la Constitución de 1991 mantuvo dichos criterios, introdujo algunos elementos adicionales que revisten gran importancia. Así, dispuso en primer lugar que los monopolios rentísticos deben tener una finalidad de interés público o social. Para el caso del monopolio de juegos de suerte y azar, las rentas deben estar destinadas exclusivamente a los servicios de salud, y las obtenidas en el ejercicio del monopolio de licores deben destinarse preferentemente a atender los servicios de salud y educación. En segundo lugar, señaló que su organización, administración, control y explotación estarán sometidos a un régimen propio fijado por ley de iniciativa gubernamental. En tercer término, contempló la sanción penal en caso de evasión fiscal en materia de rentas provenientes de los monopolios. Y, en último lugar, previó que el Gobierno enajene o liquide las empresas monopolísticas del

Estado cuando éstas no cumplan con los requisitos de eficiencia, en los términos que señale la ley, caso en el cual otorgará a terceros el desarrollo de su actividad (art. 336 C.P.).

2.3. Al revisar los antecedentes del referido artículo 336 se observa que en la Asamblea Nacional Constituyente se cuestionó el tema del mantenimiento de los monopolios rentísticos. En efecto, la Comisión Quinta propuso eliminarlos de la Constitución para, en cambio, establecer impuestos específicos sobre el consumo de los bienes y servicios correspondientes, dejando tal actividad en manos de particulares². Se dijo entonces en la ponencia:

“En el siglo pasado y aun a comienzos del actual era usual considerar que el establecimiento de un monopolio en favor del Estado constituía una fórmula efectiva para arbitrar recursos fiscales. La teoría económica contemporánea ha demostrado que lo mismo puede conseguirse con la aplicación de impuestos específicos sobre el consumo de los bienes y servicios correspondientes. Más aún, la práctica en Colombia y en otros países ha demostrado con creces que esta segunda opción es claramente superior a la primera, tanto en términos de eficiencia económica como de la magnitud de los recursos que puede obtener el Estado.

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

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

Se cuestionó igualmente la eficiencia de las empresas monopolísticas en cabeza de las entidades territoriales debido a la corrupción y burocracia existente³. Hubo otros proyectos que pretendían preservar el monopolio en cabeza del Estado teniendo en cuenta que las rentas obtenidas eran un importante ingreso para algunas de sus entidades territoriales⁴. Finalmente, se optó por mantenerlos, pero sometidos a una regulación legal estricta⁵. Se dijo así en la Sesión Plenaria:

“Entramos a un tema que está íntimamente ligado con la prestación del servicio de salud en nuestro medio como es el de los monopolios, aquí se ha planteado una reforma al artículo 31 de la Constitución porque ese dice que no es eficiente el manejo que puedan tener entidades estatales sobre monopolios que se constituyen como arbitrio rentístico, disentimos profundamente de esta tesis porque si las empresas que funcionan como monopolios estatales y particularmente las empresas de licores no tienen un manejo eficiente y en algunos casos están signadas por la corrupción, pues de lo que se trata es de reformar estas empresas y de reformar a las entidades de control y fiscalización de esas empresas, porque si se han dado esas corruptelas es por culpa, no solamente de las personas que trabajan en ellas, de la clase política en gran parte, sino también de los sistemas de fiscalización, de manera que creemos que debe dejarse el principio constitucional, de que puedan constituirse

monopolios como arbitrio rentísticos en virtud de la ley, obviamente también debe conservarse la norma que establece que un monopolio no puede aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ellas queden privados del ejercicio de una actividad económica lícita, obviamente como es tan delicado el manejo de empresas estatales que constituyen monopolios, creemos que sería interesante de establecer por medio de la ley la organización y normas especiales que deben tener estas empresas, de tal manera, que proponemos que en la norma correspondiente al artículo 31 actual de la Constitución, se establezca que la organización, administración y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidas a un régimen propio, fijado por una ley orgánica de iniciativa gubernamental, obviamente en esta ley podría establecerse los parámetros sobre la eficiencia que deben tener estas empresas...”.

2.4. Bajo esa directriz se redactó el actual artículo 336 de la Carta que regula el tema relativo a los monopolios. Del referido precepto constitucional se desprende lo siguiente:

(i) Sólo son admisibles los monopolios como arbitrio rentístico y es el Estado el único titular de los mismos, lo cual excluye la posibilidad que los particulares exploten por cuenta propia la actividad sobre la cual recae el monopolio⁶. Esto es, no se pueden establecer monopolios a favor de particulares, con la única salvedad consignada en el artículo 189, numeral 27 de la Constitución que se refiere a la eventualidad de conceder patente de privilegio temporal a los autores de invenciones o perfeccionamientos útiles, con arreglo a la ley.

El hecho que los monopolios se constituyan como arbitrio rentístico significa que su objeto es obtener ingresos sólo para el Estado. Dineros que, por contera, tienen la característica de ser públicos.

El monopolio rentístico, tal como lo sostuvo esta Corporación, “es un instrumento que protege la explotación de determinadas actividades económicas para que el Estado se procure cierto nivel de ingresos con el fin de atender sus obligaciones. Para el Estado la finalidad del monopolio no es excluir la actividad económica del mercado sino reservarse una fuente de recursos económicos que le reporte su explotación”⁷.

Así mismo que (ii) las rentas que se produzcan como consecuencia del ejercicio de esa actividad son fiscales y se destinan exclusivamente a finalidades de interés público o social. En el caso de los monopolios de suerte y azar, esas rentas deben emplearse únicamente para atender el sector de la salud. Tal destinación no puede desconocerse ni variarse so pena de violar la Constitución.

Y (iii) que el Constituyente defirió al legislador ordinario la facultad no sólo para establecer qué actividad constituye o no monopolio rentístico, sino para fijar su régimen propio⁸. Por lo tanto, es la ley la que determinará su organización, administración, control y explotación.

Sobre lo que debe entenderse por “régimen propio” la Corte, en la Sentencia C-1191 del 15 de noviembre de 2001, sostuvo que “debe entenderse una regulación de los monopolios rentísticos, que sea conveniente y apropiada, tomando en cuenta las características específicas de esas actividades, a lo cual debe agregarse la necesidad de tomar en consideración el destino de las rentas obtenidas, así como las demás previsiones y limitaciones constitucionalmente señaladas”⁹. Es claro que la libertad de configuración que

en esta materia se le ha otorgado al legislador no es absoluta e ilimitada y debe, al momento de establecer ese régimen propio, observar con plenitud las pautas trazadas por el Constituyente (art. 336 C.P.), pues de lo contrario la ley respectiva deviene inconstitucional.

2.5. El Congreso de la República, haciendo uso de esa facultad, profirió la Ley 643 de 2001, a través de la cual fijó el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar y señaló las modalidades de operación. En el artículo 1 ibídem definió el monopolio como “la facultad exclusiva del Estado para explotar, organizar, administrar, operar, controlar, fiscalizar, regular y vigilar todas las modalidades de juegos de suerte y azar, y para establecer las condiciones en las cuales los particulares puedan operarlos, facultad que siempre se debe ejercer como actividad que debe respetar el interés público y social y con fines de arbitrio rentístico a favor de los servicios de salud, incluidos sus costos prestacionales y la investigación”. Prescribió así mismo que, sin importar la modalidad utilizada, el Estado es el titular exclusivo de ese monopolio y dispuso en el artículo 2 que los departamentos, el Distrito Capital y los municipios son titulares de las rentas, salvo los recursos destinados a la investigación en áreas de la salud que pertenecen a la Nación.

En lo que respecta a la finalidad de interés público o social y a los requisitos de eficiencia impuestos por el Constituyente, consagró la Ley que “todo juego de suerte y azar debe contribuir eficazmente a la financiación del servicio público de salud, de sus obligaciones prestacionales y pensionales” y que la razón de ser de la actividad monopolística es la financiación de los servicios de salud, razón por la cual los recursos obtenidos por los departamentos, Distrito Capital y los municipios como producto del ejercicio de la actividad deben ser transferidos directamente a los servicios de salud (art. 3).

Ahora bien, el legislador, dentro de los parámetros constitucionales y sin desconocer la titularidad exclusiva del monopolio en cabeza del Estado, puede establecer distintas modalidades de operación¹⁰. Así, consideró necesario otorgarle al Estado la posibilidad de que, sin despojarse de su titularidad, en unas ocasiones opere de manera directa y en otras lo haga a través de terceros, pero dentro de los lineamientos del artículo 336 de la Constitución. En ese orden de ideas, dispuso, en primer lugar, que son operadores directos los departamentos y el Distrito Capital, por intermedio de las empresas industriales y comerciales, sociedades de economía mixta y sociedades de capital público (art. 6). En segundo lugar, indicó que son operadores indirectos los particulares, es decir, las personas jurídicas, en virtud de autorización mediante contratos de concesión u otros contratos de los que trata la Ley 80 de 1993, celebrados con las entidades territoriales o con las sociedades de capital público autorizadas para la explotación del monopolio, o, en último término, cualquier persona capaz en virtud de autorización otorgada en los términos de la Ley (art. 7).

Conforme con lo hasta ahora expuesto, se concluye que (i) la titularidad del monopolio de juegos de suerte y azar es sólo del Estado, y está excluida la iniciativa de particulares; (ii) la explotación de ese monopolio, es decir, la posibilidad de obtener utilidad del mismo en provecho del Estado, la puede hacer el ente estatal a través de dos modalidades de operación (directa o a través de terceros), y finalmente (iii) independientemente de la modalidad de operación, el Estado no pierde la titularidad del monopolio.

3. Las sociedades de economía mixta como operadores directos del monopolio de juegos de suerte y azar

Entrará la Corte a resolver el primer cargo formulado por el actor relativo a la facultad otorgada por la Ley a las sociedades de economía mixta para ser operadores directos de los juegos de suerte y azar. Pero, previamente, es necesario precisar el régimen legal que tienen tales sociedades.

3.1. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 97 de la Ley 489 de 1998 “son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley”.

-Dichas sociedades son autorizadas por la ley, en el evento en que tengan carácter nacional (art. 150, numeral 7 C.P.), o por una ordenanza departamental o acuerdo municipal, si se trata de entidades territoriales (arts. 300, numeral 7, y 313, numeral 6, C.P.). Pero, para su existencia no basta la autorización legal, pues en atención a que son organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales, es indispensable la celebración de un contrato entre el Estado o sus entidades y los particulares que van a ser parte de ellas.

-Su organización es la propia de las sociedades comerciales, las cuales están previstas en el Código de Comercio. Los estatutos por los cuales se rigen son los expedidos por los socios y están contenidos en el contrato social.

-No obstante estar constituidas bajo la forma de sociedades comerciales, no son particulares. Son organismos que hacen parte de la estructura de la Administración Pública, pertenecen al nivel descentralizado y son organismos vinculados.

-Gozan de personería jurídica propia y de autonomía administrativa, aunque el grado de ésta variará según el porcentaje de participación que tengan los particulares y el Estado.

-Su objeto social es el desarrollo de actividades industriales y comerciales, salvo aquellas excepciones que consagre la ley.

-Tal como se desprende de su misma denominación, en esas sociedades hay aportes tanto de capital público como de capital privado. El monto de uno y otro varía según la intención no sólo del legislador sino de sus mismos socios. Así las cosas, el carácter de sociedad de economía mixta no depende en manera alguna del régimen jurídico aplicable sino de la participación en dicha empresa de capital público y de capital privado.

Sobre la cuantía de la participación económica del Estado, hay que anotar que el inciso 2 del artículo 97 de la Ley 489 de 1998, según la cual para la calificación de una sociedad como de economía mixta era necesario que el aporte estatal no fuera inferior al 50% del total del capital social efectivamente suscrito y pagado, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional bajo las siguientes consideraciones:

“...la Carta Política vigente, en el artículo 150, numeral 7º, atribuye al legislador la facultad de “crear o autorizar la constitución” de “sociedades de economía mixta”, al igual que en los

artículos 300 numeral 7º y 313 numeral 6º dispone lo propio con respecto a la creación de este tipo de sociedades del orden departamental y municipal, sin que se hubieren señalado porcentajes mínimos de participación de los entes estatales en la composición del capital de tales sociedades. Ello significa entonces, que la existencia de una sociedad de economía mixta, tan sólo requiere, conforme a la Carta Magna que surja de la voluntad del legislador, si se trata de una perteneciente a la Nación, o por así disponerlo una ordenanza departamental o un acuerdo municipal, si se trata de entidades territoriales, a lo cual ha de agregarse que, lo que le da esa categoría de “mixta” es, justamente, que su capital social se forme por aportes del Estado y de los particulares, característica que determina su sujeción a un régimen jurídico que le permita conciliar el interés general que se persigue por el Estado o por sus entidades territoriales, con la especulación económica que, en las actividades mercantiles, se persigue por los particulares.

4.6. Por otra parte, se observa por la Corte que el artículo 210 de la Constitución establece que las entidades descentralizadas por servicios del orden nacional deben ser creadas por la ley o con su autorización “con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa”, norma ésta que en armonía con lo dispuesto por el artículo 150 de la Carta permite que el Congreso de la República en ejercicio de su atribución de “hacer las leyes” dicte el régimen jurídico con sujeción al cual habrán de funcionar los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las empresas de economía mixta. Ello no significa que so pretexto de establecer ese régimen para estas últimas se pueda establecer desconocer que cuando el capital de una empresa incluya aportes del Estado o de una de sus entidades territoriales en proporción inferior al cincuenta por ciento (50%) del mismo, no alcanzan la naturaleza jurídica de sociedades comerciales o empresas de “economía mixta”, pues, se insiste, esta naturaleza jurídica surge siempre que la composición del capital sea en parte de propiedad de un ente estatal y en parte por aportes o acciones de los particulares, que es precisamente la razón que no permite afirmar que en tal caso la empresa respectiva sea “del Estado” o de propiedad de “particulares” sino, justamente de los dos, aunque en proporciones diversas, lo cual le da una característica especial, denominada “mixta”, por el artículo 150, numeral 7º de la Constitución.

De no ser ello así, resultaría entonces que aquellas empresas en las cuales el aporte de capital del Estado o de una de sus entidades territoriales fuera inferior al cincuenta por ciento (50%) no sería ni estatal, ni de particulares, ni “mixta”, sino de una naturaleza diferente, no contemplada por la Constitución.

4.7. No sobra advertir, sin perjuicio de lo expuesto, que en atención al porcentaje de la participación del Estado o de sus entes territoriales en las empresas de economía mixta, puede el legislador en ejercicio de sus atribuciones constitucionales establecer, si así lo considera pertinente, regímenes jurídicos comunes o diferenciados total o parcialmente, pues es claro que para el efecto existe libertad de configuración legislativa”¹¹.

Por consiguiente, en la constitución de una sociedad de economía mixta el Estado o sus entidades territoriales o una empresa de capital público u otra sociedad de economía mixta pueden tener una participación mínima, mientras que los particulares pueden tener la participación mayoritaria, pero también puede ocurrir lo contrario.

Debe precisarse que la participación económica de particulares conlleva a la intervención de éstos tanto en el manejo de la sociedad como en la toma de decisiones, según sea el monto de su aporte. No es el Estado quien actúa sólo, sino en compañía de su socio, es decir de un particular.

-Tienen ánimo de lucro y es claro que habrá reparto de utilidades y de pérdidas entre sus socios. En efecto, los dineros que reciban por el ejercicio de su actividad serán repartidos entre las entidades públicas y los particulares.

3.2. Cuando se alude a que la operación de los monopolios de juegos de suerte y azar se hace de manera directa, significa que es el Estado el que directamente decide explotar esa actividad, a través de sus entidades territoriales o de sus empresas industriales y comerciales o sociedades de capital público, es decir, entidades estatales. Pero el Estado no puede, bajo la modalidad de operación directa, acudir a una sociedad de economía mixta, toda vez que ésta no obstante hacer parte de la estructura de la Administración Pública, como organismo vinculado, es de carácter mixto, que representa intereses no sólo estatales sino de los particulares.

El solo hecho que esas empresas tengan capital privado, excluye de entrada la posibilidad que puedan ser operadores directos del monopolio de juegos de suerte y azar, pues implicaría (i) el traslado de la titularidad del monopolio a particulares, cuestión que riñe con la intención del Constituyente de autorizar los monopolios sólo como arbitrio rentístico y como una actividad desarrollada únicamente por el Estado y (ii) que las utilidades obtenidas como consecuencia de la operación directa del monopolio sean repartidas entre particulares, lo cual tampoco es admisible a la luz de la Carta Política.

Sobre el punto esta Corporación ha sostenido:

“Cuando la ley crea un monopolio, debe hacerlo, por expreso mandato constitucional (artículo 336 C.P.), como arbitrio rentístico, es decir, con la finalidad única de obtener recursos para el fisco, lo cual excluye de plano toda posibilidad de que se repartan utilidades a particulares, así sea parcialmente, pues con ello se desvirtuaría por completo la específica y perentoria exigencia del Constituyente. Por tanto, siendo característica de las sociedades de economía mixta la concurrencia de aportes entre el Estado e inversionistas privados, y siendo de su esencia, en cuanto sociedades comerciales (artículos 8º del Decreto 1050 de 1968, 98 y 461 del Código de Comercio), el reparto de los dividendos a los que tienen derecho los socios, no se concibe que los particulares perciban tales rendimientos de la explotación de actividades expresamente reservadas al monopolio del Estado, como las indicadas en la demanda, menos todavía si el objeto específico -la explotación de juegos de suerte y azar- tiene en la Constitución una finalidad tan clara, en cuanto a la destinación de los recursos obtenidos, como la salud pública.

Así las cosas, los dineros obtenidos en desarrollo del objeto propio de un monopolio estatal no pueden distraerse en la función de ofrecer utilidades a favor de sujetos diferentes del propio Estado”¹².

3.3. En efecto, si se admitiera la posibilidad de que las sociedades de economía mixta puedan ser operadores directos, tal como está redactado el artículo 6 de la Ley 643 de

200113, se desnaturalizaría por completo el carácter de arbitrio rentístico de los monopolios y se desconocería que, por mandato de la Constitución, éstos tienen una finalidad de interés público o social y que las rentas que se perciban como consecuencia del desarrollo de esa actividad deben estar destinadas de manera exclusiva a los servicios de salud. Precisamente la calidad de economía mixta de una sociedad no se adquiere por la mayor o menor participación de capital público, sino por la intención del legislador y por la participación del sector privado. De tal manera que se pueden constituir sociedades de economía mixta en las cuales la participación económica que tenga el Estado sea minúscula, mientras que el aporte mayoritario sea de los particulares. Ese mayor porcentaje de capital aportado por particulares hace, teniendo en cuenta el régimen de reparto de utilidades, que las rentas obtenidas en ejercicio del monopolio de juegos de suerte y azar se destinen a los particulares y no a la salud. No aparecería claro el cumplimiento de esa destinación constitucional de las rentas en una sociedad de tal naturaleza en la que el Estado tenga una participación mínima.

3.4. Conforme a lo expuesto, resulta contrario a la Constitución, y así habrá de declararse, que el artículo 6 de la Ley 643 de 2001 establezca la posibilidad que las sociedades de economía mixta sean operadores directos de los juegos de suerte y azar, pues sería desconocer que la operación directa es una modalidad reservada sólo al Estado y aceptar que los ingresos obtenidos por tal concepto fueran destinados, así sea en parte, a engrosar el patrimonio de los particulares, desconociendo que por disposición del Constituyente las rentas obtenidas en ejercicio del monopolio de juegos de suerte y azar deben ser destinadas exclusivamente a los servicios de salud.

4. La libertad de configuración del legislador en materia de monopolios rentísticos. El régimen legal propio de los mismos y la destinación de los ingresos obtenidos con destino a los servicios de salud

4.1. Pasa ahora la Corte a analizar si todos los ingresos que se reciban por concepto de explotación de juegos de suerte y azar deben ser destinados al sector de la salud o si es posible sostener, a la luz del artículo 336 de la Carta Política, que sólo deban destinarse para tal fin algunos de ellos.

4.2. El Constituyente señaló de manera precisa (art. 336, inciso 4) que “las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud”. Así las cosas los dineros que se obtengan por la explotación de esa actividad no pueden tener una destinación diferente, so pena que se desconozca la Carta Fundamental. Pero, ¿todos los ingresos obtenidos como consecuencia de la explotación de juegos y azar deben ser destinados al servicio de salud?

Para la Corte, la respuesta al anterior interrogante es negativa, pues es preciso tener en cuenta que no obstante todos los dineros percibidos por el ejercicio de la actividad de juegos de suerte y azar constituyen renta, no por ese sólo hecho deben ser destinados al sector de la salud, toda vez que una interpretación tan restrictiva desconocería la existencia de ciertos gastos, tales como los relativos a operación, administración, el pago de tributos y el valor de los premios que se entregan a los apostadores.

Lo dispuesto por el inciso 4 del artículo 336 de la Constitución debe interpretarse de manera

razonable, tal como esta Corporación lo ha sostenido, toda vez que “una concepción absoluta de esa destinación llevaría al absurdo de que no les sería permitido atender, con los recursos provenientes de su objeto, los gastos indispensables para su propio funcionamiento o para el pago de los impuestos, tasas y contribuciones a su cargo”¹⁴.

De acuerdo con lo expuesto, no le asiste razón al actor cuando afirma que todos los ingresos recibidos deban estar destinados al servicio de la salud.

Ahora bien, dentro de este contexto y teniendo en cuenta el amplio margen de configuración que tiene el legislador en esta materia, dado que el propio Constituyente lo facultó para determinar el régimen propio de los monopolios rentísticos, puede el Congreso, sin desconocer la Constitución, establecer que la renta del monopolio esté constituida por un porcentaje de los ingresos brutos de cada juego. Con tal previsión el legislador no hizo cosa diferente que reconocer la existencia de los gastos antes descritos.

4.3. Finalmente, tampoco es de recibo la acusación según la cual el porcentaje del 12% de los ingresos brutos fijado para las loterías como constitutivo de renta desconoce la Constitución. El actor asegura que ello permitiría que los recursos mayores generados por esa actividad se destinen a gastos operativos o de administración y no se cumpla el cometido constitucional de su asignación a la salud.

Al respecto, el literal c) del artículo 6 de la Ley, que regula la operación directa, establece que para el caso de las loterías la renta del monopolio será del 12% de los ingresos brutos de cada juego, pero también dispone que ello es sin perjuicio de los excedentes contemplados en el literal b) *ibídem*, que también constituyen rentas, es decir, aquellos obtenidos en ejercicio de la operación y que no podrán ser inferiores a los establecidos como criterio mínimo de eficiencia en el marco de la Ley.

Para la Corte ese porcentaje del 12% es razonable si se tiene en cuenta que el legislador, haciendo uso de su facultad de configuración, hizo una estimación anticipada de la renta, es decir, estableció una cantidad fija como constitutiva de renta de los ingresos brutos que percibirá el operador de la lotería. Además, no sólo ese 12% constituye renta sino que también se tienen como tal los excedentes obtenidos en el ejercicio de la operación de las loterías, los cuales no pueden ser inferiores a los establecidos como criterio mínimo de eficiencia.

La estructura de costos de los operadores de loterías está integrada por los gastos de administración y de operación que establezca el reglamento (art. 9 de la Ley 643 de 2001), y por lo que se destine a cubrir los planes de premios¹⁵. Esos gastos de administración y de operación no pueden ser en manera alguna ilimitados sino razonables en tanto deben observar los criterios de eficiencia establecidos en la Ley.

Conforme a lo expuesto, sería contrario a la Carta que el legislador hubiera determinado que sólo ese porcentaje mínimo de ingresos obtenidos por los operadores directos se destinara a la salud, pero no fue así. De tal manera que los excedentes que se generen en el ejercicio de esa actividad deben destinarse indefectiblemente al sector de la salud, pues, en caso contrario, se desconocería el Estatuto fundamental.

No puede olvidarse que el monopolio de juegos de suerte y azar es rentístico y que como tal busca obtener ingresos para el Estado con el fin de cumplir una específica destinación constitucional. Tal finalidad se cumple con el porcentaje del 12% más los excedentes a que se ha hecho referencia y respecto de los cuales la Ley fija un criterio mínimo de eficiencia. Esos excedentes se garantizan en una administración eficiente.

De acuerdo con lo anterior, la Corte no encuentra reparo alguno de inconstitucionalidad respecto de las expresiones acusadas de los literales a) y c) del artículo 6 de la Ley 643 de 2001, por lo menos en lo que al cargo esbozado por el actor se refiere. En esos términos, se declarará su exequibilidad.

VI. DECISIÓN

En mérito a las consideraciones expuestas, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- Declarar INEXEQUIBLE la expresión “sociedades de economía mixta”, contenida en el inciso primero del artículo 6 de la Ley 643 de 2001.

Segundo.- Declarar EXEQUIBLES, por el cargo analizado en esta Sentencia, las siguientes expresiones “un porcentaje de”, “brutos” del literal a) y “del doce por ciento (12%) de” y “brutos” del literal c), ambos del artículo 6 de la Ley 643 de 2001.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Sobre el tema se pronunció en su oportunidad la Corte Suprema de Justicia en las sentencias del 19 de julio de 1945 (M.P. Ramón Miranda), 9 de abril de 1970 (M.P. Hernán Toro Agudelo) y 24 de julio de 1970 (M.P. Hernán Toro Agudelo). Gacetas judiciales, tomos 59 y 137 bis.

2 Ver la Gaceta Constitucional N° 80 del 23 de mayo de 1991. págs. 21 y 22 y la transcripción de antecedentes del artículo 336 de la Carta Política. Base de datos de la Asamblea Nacional Constituyente. Presidencia de la República. Consejería para el Desarrollo de la Constitución. Sesión Comisión 5 del 29 de abril de 1991. pág. 6.

3 Cfr. Transcripción de antecedentes del artículo 336 de la Carta Política. Base de datos de la Asamblea Nacional Constituyente. Presidencia de la República. Consejería para el Desarrollo de la Constitución. Sesión Plenaria del 17 de junio de 1991. pág. 2.

4 Cfr. Transcripción de antecedentes del artículo 336 de la Carta Política. Base de datos de la Asamblea Nacional Constituyente. Presidencia de la República. Consejería para el Desarrollo de la Constitución. Sesión Comisión 5 del 9 de mayo de 1991. pág. 20.

5 Cfr. Transcripción de antecedentes del artículo 336 de la Carta Política. Base de datos de la Asamblea Nacional Constituyente. Presidencia de la República. Consejería para el Desarrollo de la Constitución. Sesión Plenaria del 10 de junio de 1991. pág. 1.

6 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-1108 del 24 de octubre de 2001 (Ms.Ps. Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra).

7 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-540 del 22 de mayo de 2001.

9 Sobre este aspecto también se ha pronunciado la Corporación en las sentencias C-475 del 27 de octubre de 1994 (M.P. Jorge Arango Mejía), C-149 del 19 de marzo de 1997 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) y C-010 del 23 de enero de 2002 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

10 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-1114 del 24 de octubre de 2001 (M.P. Alvaro Tafur Galvis) y C-1191 de 2001, ya citada.

11 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-953 del 1 de diciembre de 1999 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

12 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-587 del 7 de diciembre de 1995 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

13 Cabe advertir que el legislador sólo hizo alusión a las sociedades de economía mixta en el artículo 6 de la Ley 643 de 2001 para considerarlas como operadores directos, en tanto que en el resto del texto legal no se hizo mención alguna.

14 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-587 de 1995, ya citada. En el mismo sentido se puede consultar la Sentencia C-1191 de 2001, ya citada.

15 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-1108 de 2001, ya citada.