

Sentencia C-332/10

INCONSTITUCIONALIDAD POR CONSECUENCIA DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA SOCIAL-Disposiciones sobre monopolio rentístico de juegos de suerte y azar

INCONSTITUCIONALIDAD POR CONSECUENCIA-Concepto

INCONSTITUCIONALIDAD POR CONSECUENCIA-Configuración

Mediante Sentencia C-252 de 2010, esta Corporación declaró la inexecutable del Decreto 4975 de 2009 que declaró el estado de emergencia social por un período de treinta días, norma que a su vez daba sustento jurídico al Decreto Legislativo 130 de 2010, “Por medio del cual se dictan disposiciones del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, en desarrollo del decreto 4975 del 23 de diciembre de 2009” que se examina, presentándose la figura de la inconstitucionalidad por consecuencia.

INCONSTITUCIONALIDAD POR CONSECUENCIA DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA SOCIAL-Improcedencia de análisis formal y material

DERECHOS DE EXPLOTACION DE MONOPOLIO RENTISTICO Y TRIBUTOS-Conceptos jurídicos diferentes

SENTENCIA DE INEXECUTABILIDAD POR CONSECUENCIA-Improcedencia de la modulación de efectos temporales

En la Sentencia C-252 de 2010 se decidió modular con efectos diferidos en el tiempo las decisiones respecto de normas dictadas que establecieran fuentes tributarias orientadas exclusivamente al goce efectivo del derecho a la salud, encontrando la sala, después de estudiar los artículos del Decreto legislativo 130 de 2010 que en alguna forma pudieran considerarse como determinantes de nuevos impuestos, que ninguna de sus disposiciones tiene la fuentes tributarias de tal naturaleza, por lo que no se difieren los efectos de esta

sentencia

SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD SIN EFECTOS DIFERIDOS-Norma no genera rentas de origen tributario

Referencia: expediente RE-161

Revisión oficiosa del Decreto Legislativo 130 de 2010, “Por medio del cual se dictan disposiciones del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, en desarrollo del decreto 4975 del 23 de diciembre de 2009”.

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., doce (12) de mayo de dos mil diez (2010).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Mauricio González Cuervo -quien la preside-, María Victoria Calle Correa, Juan Carlos Henao Pérez, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio, Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Humberto Antonio Sierra Porto y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la presente sentencia con fundamento en los siguientes,

1. ANTECEDENTES

En cumplimiento de lo previsto en el artículo 214 numeral 6° de la Constitución Política de Colombia, el señor Presidente de la República remitió a esta Corporación al día siguiente de su expedición, copia del Decreto Legislativo N° 130 de 2010, para efectos de su revisión constitucional de conformidad con lo previsto en el artículo 241 numeral 7° de la Carta Fundamental.

Avocado el conocimiento por el Magistrado Sustanciador, éste ordenó mediante providencia de primero (1) de febrero de dos mil diez (2010), oficiar al Secretario General de la

Presidencia de la República, a fin de que, en trámite con las dependencias gubernamentales pertinentes y dentro de los tres (3) días siguientes a la comunicación de esa providencia, remitiera a esta Corporación un informe detallado acerca e las razones fácticas que motivaron la expedición del Decreto 130 de 2010.

Así mismo, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 56 del Acuerdo 05 de 1992, en el mismo auto se ordenó que una vez vencido el término anterior el proceso fuese fijado en lista de la Secretaría General por el término de cinco (5) días, con el fin de permitir a los ciudadanos defender o impugnar la constitucionalidad del Decreto 130 de 2010, en los términos del artículo 37 del Decreto 2067 de 1991.

Vencido el período probatorio respectivo, se ordenó dar traslado del expediente al Procurador General de la Nación, quien emitió el concepto de rigor dentro del término legal correspondiente.

Agotados los trámites respectivos, procede la Corte a examinar la constitucionalidad del decreto sometido a su revisión.

2. TEXTO DEL DECRETO

“DECRETO 130 DE 2010

(enero 21)

Diario Oficial No. 47.599 de 21 de enero de 2010

MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

Por el cual se dictan disposiciones del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, en desarrollo del Decreto 4975 del 23 de diciembre de 2009.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 215 de la Constitución Política, en concordancia con la Ley 137 de 1994 y en desarrollo de lo dispuesto en el Decreto 4975 de diciembre 23 de 2009, y

CONSIDERANDO:

Que con fundamento en el artículo 215 de la Constitución Política, mediante el Decreto 4975 de 2009 se declaró el estado de Emergencia Social en todo el país, con el propósito de conjurar la grave crisis que afecta la viabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud la cual amenaza de manera inminente, entre otros aspectos, la continuidad en la prestación del servicio público esencial de salud, así como el goce efectivo del derecho fundamental a la salud.

Que en el Régimen Subsidiado, se evidencia el incremento en la demanda de servicios y medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, tal y como lo han reportado los departamentos al Gobierno Nacional, al señalar un incremento significativo del valor estimado del déficit por servicios no incluidos en el POS.

Que los departamentos, los distritos, las Empresas Promotoras de Salud, EPS, y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, IPS, a través de diferentes manifestaciones, han informado al Gobierno Nacional sobre las dificultades derivadas de tal situación, la existencia de déficit de recursos y el incremento de la cartera, todo lo cual se ha generado como consecuencia del crecimiento abrupto y acelerado de la demanda de servicios y medicamentos no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud.

Que igualmente se ha presentado un incremento en la demanda de servicios y medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, del régimen contributivo, lo cual compromete de manera significativa los recursos destinados al aseguramiento generando un grave deterioro de la liquidez de numerosas Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y de la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud amenazando su viabilidad y poniendo en riesgo la continuidad en la prestación del servicio público de salud y el goce efectivo del derecho a la salud y a la vida.

Que dichas circunstancias afectan de manera directa la prestación del servicio de salud de los colombianos y en particular de la población más pobre y vulnerable, por lo que se hace necesaria la adopción de medidas extraordinarias para obtener de manera urgente y prioritaria, fuentes adicionales que permitan la financiación de los servicios de salud de la población pobre no asegurada y de los servicios no incluidos en el POS del régimen

subsidiado, garantizando la continuidad de los mismos.

Que el artículo 336 de la Constitución Política establece que las rentas obtenidas del ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas a financiar los servicios de salud razón por la cual constituye una fuente esencial de financiación del Sistema General de Seguridad Social en Salud, SGSSS.

Que resulta necesaria la adopción de medidas excepcionales para optimizar los recursos existentes y generar nuevos recursos originados en la explotación del monopolio de juegos de suerte y azar, como arbitrio rentístico, con el fin de que se incorporen en el flujo de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud para la financiación de los servicios que este cubre.

Que además, el fortalecimiento de este monopolio resulta necesario para una mayor agilidad en el flujo y para el crecimiento de las rentas que genera su explotación.

Que para la generación de dichos recursos y la optimización de las fuentes actuales, es necesario adelantar ajustes en el régimen legal del monopolio contenido en la Ley 643 de 2001.

Que dada la destinación de estos recursos y la necesidad de su adecuado recaudo, resulta necesario establecer un organismo técnico especializado que se encargue de regular la operación del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar.

Que todas estas medidas son integrales y se dirigen a la solución de la problemática descrita de manera que la claridad y el fomento que se requiere para la operación de los distintos juegos asegure el crecimiento necesario en las rentas y su sostenibilidad; así mismo, que el fortalecimiento en el control, la conectividad, la fiscalización, la transparencia, y en la agilidad en el flujo, impactan en la disminución de la evasión y la elusión de rentas para la salud y propenden por el adecuado recaudo de estos recursos.

Que lo anterior pone de presente que estas medidas apuntan a la protección del goce efectivo del derecho a la salud por lo que resultan necesarias para conjurar las causas que originaron el Estado de Emergencia Social declarado mediante el Decreto 4975 de 2009, así como para evitar la extensión de sus efectos.

Que en virtud de lo expuesto,

DECRETA

CAPITULO I

.

DESTINACIÓN Y FLUJO DE RECURSOS

.

ARTÍCULO 1o. COBRO DE PREMIOS Y DESTINACIÓN DE PREMIOS NO RECLAMADOS. En todos los juegos de suerte y azar, el ganador debe presentar el documento de juego al operador para su cobro, en un término máximo de un (1) año contado a partir de la fecha de realización del sorteo; vencido ese término opera la prescripción extintiva del derecho. El término de prescripción se interrumpe con la sola presentación del documento ganador al operador.

Presentado oportunamente el documento de juego para su pago, si este no es pagado por el responsable dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la presentación del documento de juego ganador, el apostador podrá reclamar judicialmente el pago del mismo mediante el proceso verbal de mayor y menor cuantía, indicado en el Capítulo I del Título XXIII del Código de Procedimiento Civil. La reclamación de premios por toda clase de juegos tendrá una caducidad judicial de un (1) año, contado a partir de la fecha de presentación del documento de juego para su pago, término que se interrumpe con la interposición de la correspondiente demanda.

Ocurrida la prescripción extintiva del derecho o la caducidad judicial sin que se haga efectivo el cobro de los premios, el cien por ciento (100%) de los recursos que constituyen esos premios se destinará a la unificación de los planes de beneficios del Sistema General de Seguridad Social en Salud en la forma como lo indique el reglamento que expida el Gobierno Nacional.

PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o. Para los actuales beneficiarios de premios cuyo cobro no se haya efectuado, los términos de prescripción y de caducidad aquí previstos se contarán a

partir de la vigencia de la presente disposición.

PARÁGRAFO TRANSITORIO 2o. Mientras ocurre la prescripción o la caducidad, y con la garantía de pago por parte de las entidades territoriales en el evento de requerirse los recursos para el pago de estos premios, aquellas reservas destinadas a amparar los premios no pagados causados con anterioridad al 31 de diciembre de 2008, se girarán con destino al Fondo de Prestaciones Excepcionales en Salud, Fonpres.

Para el giro de estos recursos se podrán considerar acuerdos de pago o gradualidad en los desembolsos, de acuerdo con los criterios que señale la Superintendencia Nacional de Salud.

ARTÍCULO 2o. GIRO DIRECTO DE DERECHOS DE EXPLOTACIÓN DE APUESTAS PERMANENTES. En el juego de apuestas permanentes o chance los derechos de explotación serán girados directamente por parte de los operadores del juego a los respectivos fondos de salud, dentro de los primeros cinco (5) días hábiles del mes siguiente a su recaudo. Lo anterior, sin perjuicio de las funciones señaladas en los artículos 41, 43 y 44 de la Ley 643 de 2001.

ARTÍCULO 3o. GASTOS DE ADMINISTRACIÓN. Modifíquese el inciso 2o y adiciónese un párrafo al artículo 9o de la Ley 643 de 2001, el cual quedará así:

“Adicional a los derechos de explotación, cuando el juego se opere a través de terceros, estos reconocerán a la entidad administradora del monopolio por concepto de gastos de administración, un valor equivalente al cinco por ciento (5%) de los derechos de explotación. Para el caso de contratos de concesión de apuestas permanentes, ese porcentaje será del tres por ciento (3%).

PARÁGRAFO. En el caso de Bogotá y Cundinamarca, los gastos de administración se distribuirán así: 70% para Bogotá y 30% para Cundinamarca”.

ARTÍCULO 4o. OPERACIÓN DE JUEGOS LOCALIZADOS EN CRUCEROS. Los juegos localizados a bordo de los cruceros podrán operarse mientras estén atracados en puertos o bahías colombianas, sin que se requiera de concesión, para el servicio exclusivo de sus pasajeros y en las condiciones que determine la autoridad encargada de autorizar la operación de los juegos localizados. Los derechos de explotación y los cargos por gastos de administración

son los que se establecen para los juegos localizados y deben ser pagados por el agente marítimo que actúa como representante legal de la empresa operadora de cruceros en el país. El cincuenta por ciento (50%) de los derechos de explotación se dirigirá al Fondo de Prestaciones Excepcionales en Salud, Fonpres, y el otro cincuenta por ciento (50%) de los derechos de explotación, junto con los gastos de administración, corresponde al respectivo municipio en que atraque el crucero, con destino a la financiación de servicios de salud a su cargo. La Comisión de Regulación de Juegos de Suerte y Azar establecerá la forma cómo se presentará la información para determinar los derechos de explotación y los gastos de administración, y cómo se hará su correspondiente recaudo, que podrá contemplar autoliquidaciones, cobros anticipados y cobros a prorrata por los días que permanezca el crucero en puertos colombianos.

ARTÍCULO 5o. DERECHOS DE EXPLOTACIÓN EN JUEGOS NOVEDOSOS. La totalidad de los derechos de explotación que generen los juegos novedosos diferentes a aquellos cuya operación haya iniciado con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente disposición, se dirigirán al Fondo de Prestaciones Excepcionales en Salud, Fonpres.

PARÁGRAFO. Autorícese a la entidad que agremie a los departamentos en el País, para que, previa aprobación del reglamento, opere los juegos lotería instantánea y lotto preimpreso.

Transcurridos sesenta (60) días después de iniciado el término de autorización que señale el reglamento sin que opere el respectivo juego, se entenderá que la entidad renuncia a la autorización.

Los derechos de explotación de estos juegos se destinarán a los departamentos para la financiación del régimen subsidiado y para el pago de servicios de salud de la población pobre no afiliada y eventos no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado. Luego de pagados los derechos de explotación, los excedentes o utilidades que arroje la operación del juego se dirigirán a la agremiación autorizada y a los servicios de salud de los departamentos.

ARTÍCULO 6o. DESTINACIÓN DE LAS RENTAS DEL MONOPOLIO AL SECTOR SALUD. Modifíquese el artículo 42 de la Ley 643 de 2001, el cual quedará así:

“Artículo 42. Destinación de las Rentas del Monopolio. Con las excepciones que establezcan

las disposiciones legales, los recursos obtenidos por los departamentos, el Distrito Capital y municipios, como producto del monopolio de juegos de suerte y azar se destinarán de acuerdo a la siguiente distribución:

1. El sesenta y ocho por ciento (68%) para subsidios a la demanda y prestación de servicios de salud de la población pobre no afiliada y eventos no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado. De estos recursos, por lo menos veinticinco puntos porcentuales (25%) se destinarán a la financiación del Régimen Subsidiado, o en el porcentaje que se esté asignando si este es mayor.
2. El seis por ciento (6%) con destino al Fondo de Investigación en Salud;
3. El uno por ciento 1% con destino al Fondo de Capacitación de los Profesionales de la Salud
4. El veinticinco por ciento (25%) para funcionamiento de las Secretarías de Salud de conformidad con el artículo 60 de la Ley 715 de 2001.

PARÁGRAFO 1o. Una vez aplicado lo establecido en el numeral 1 del presente artículo y en concordancia con los procesos de universalización y unificación del aseguramiento, las entidades territoriales deberán transformar progresivamente recursos de prestación de servicios a la población pobre no asegurada y eventos no cubiertos por el POS-S, a financiar subsidios a la demanda, según la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

PARÁGRAFO 2o. La renta o los derechos de explotación que se generen por concepto de la explotación del juego novedoso lotto en línea, se destinarán en primer lugar, al pago del pasivo pensional territorial del sector salud, que se viene asumiendo de acuerdo con la Ley 60 de 1993 y la Ley 715 de 2001 en forma compartida, en concordancia con la Ley 549 de 1999. Una vez realizado el pago de dicha deuda, acreditado según certificación expedida por el departamento, los recursos de que trata este párrafo se destinarán según lo establecido en el presente artículo”.

ARTÍCULO 7o. GRAVAMEN A LOS MOVIMIENTOS FINANCIEROS. Los recursos destinados a la salud, que provengan de impuestos, rentas o derechos de explotación por operación de

juegos de suerte y azar no podrán ser objeto del gravamen a los movimientos financieros.

ARTÍCULO 8o. JUEGOS DE ORIGEN EN EL EXTRANJERO. La operación de juegos o apuestas que se hagan en Colombia sobre juegos de suerte y azar originados en el extranjero, deberá tener autorización de la autoridad encargada de autorizar la operación de los juegos novedosos

Los destinatarios de la autorización pagarán derechos de explotación del 17% sobre el valor de la apuesta, con destino al Fondo de Prestaciones Excepcionales en Salud, Fonpres.

Tratándose de operación de este tipo de juegos o apuestas sin autorización, los titulares, responsables u operadores del juego en el extranjero, los que lo comercialicen, los que hagan publicidad del juego o apuesta, o los apostadores, serán responsables y pagarán solidariamente los derechos de explotación.

Para el recaudo de los derechos de explotación, la autoridad competente podrá hacer convenios o contratos que sirvan al cobro coactivo de estos dineros. Los costos del cobro en un País diferente a Colombia, serán asumidos por los responsables del pago de los derechos de explotación.

Sin perjuicio del cobro y las sanciones aplicadas por el no pago de derechos de explotación, la realización de este tipo de juegos o apuestas sin autorización dará lugar a la imposición de multa hasta de cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes con destino al Fondo Anticorrupción del Sector Salud, que se aplicarán a los titulares, responsables u operadores del juego en el extranjero, a los que lo comercialicen, a los que hagan publicidad del juego o apuesta, y a sus directivos y representantes legales, en caso de tratarse de personas jurídicas. La investigación y la imposición de esta sanción corresponden a la Superintendencia Nacional de Salud.

Los administradores del Monopolio, las autoridades de inspección, vigilancia y control y las autoridades de policía podrán hacer monitoreo a los canales, entidades financieras, páginas de internet y medios que de cualquier forma sirvan a la explotación, operación, venta, pago, publicidad o comercialización de juegos de suerte y azar no autorizados, y ordenar las alertas

y bloqueos correspondientes.

CAPITULO II.

FORTALECIMIENTO DEL MONOPOLIO PARA LA EFICIENCIA Y GENERACIÓN DE RENTAS.

ARTÍCULO 9o. CONDICIONES DE OPERACIÓN DE LAS CONCESIONES. Adiciónese un inciso al artículo 7o de la Ley 643 de 2001, que quedará así:

“Los explotadores y administradores de los juegos de suerte y azar deberán incluir en las condiciones de evaluación para la selección de los terceros operadores, criterios que contemplen beneficios para los vendedores y colocadores dependientes e independientes, tales como montos de comisiones, condiciones laborales y de protección y seguridad social, cuando la operación requiera de esos vendedores o colocadores. Corresponde a la Superintendencia Nacional de Salud, señalar las pautas generales que deben reunir estos criterios”.

ARTÍCULO 10. COMERCIALIZACIÓN DE LOTERÍA A TRAVÉS DE CANALES ELECTRÓNICOS. Adiciónese el siguiente párrafo al artículo 11 de la Ley 643 de 2001, así:

“Párrafo. La comercialización de lotería tradicional se podrá efectuar por medio de canales electrónicos, sin que por ello se conviertan en juegos novedosos, de acuerdo con la reglamentación que para tal fin expida la Comisión de Regulación de Juegos de Suerte y Azar”.

ARTÍCULO 11. ADMINISTRACIÓN DE LAS LOTERÍAS. Modifíquese el artículo 14 de la Ley 643 de 2001, el cual quedará así:

“Artículo 14. Administración de las Loterías. Las loterías tradicionales o de billetes serán administradas por empresas industriales y comerciales del Estado, o por Sociedades de Capital Público Departamental (SCPD), o por las asociaciones voluntarias de loterías, o por la asociación obligatoria de explotadores.

Estas empresas, sociedades y asociaciones tendrán personería jurídica, autonomía

administrativa y patrimonio independiente, y su objeto social será la administración y/o operación de la lotería tradicional o de billetes y de los demás juegos en las condiciones que señale la ley y los reglamentos.

Los departamentos, el Distrito Capital y la Lotería de la Cruz Roja solo podrán explotar y administrar una lotería tradicional, directamente o en forma asociada, pero no podrán explotar y administrar la lotería directamente y al mismo tiempo hacer parte de una Sociedad de Capital Público Departamental (SCPD) o de una asociación de loterías o hacer parte de la asociación obligatoria de explotadores; tampoco podrán hacer parte de más de una Sociedad de Capital Público Departamental (SCPD) o asociación. Para la aplicación de esta disposición, los departamentos deberán considerar la existencia de loterías en la forma como lo establece el artículo 12 parágrafo 2o de la presente ley.

Previo el cumplimiento de las condiciones de retiro previstas en las Sociedades de Capital Público Departamental (SCPD) o en las asociaciones de loterías, los departamentos, el Distrito Capital o las Entidades Administradoras de Lotería, podrán retirarse libremente y solicitar el pago de sus aportes en las sociedades o asociaciones respectivas, para luego explotar directamente el monopolio o formar parte de otra sociedad o asociación. No se podrá ejercer el retiro de la asociación obligatoria de explotadores”.

ARTÍCULO 12. MODALIDADES DE EXPLOTACIÓN Y ADMINISTRACIÓN ASOCIADA DE LAS LOTERÍAS. Modifíquese el artículo 15 de la Ley 643 de 2001, el cual quedará así:

“Artículo 15. Modalidades de explotación y administración asociada. La explotación y administración asociada del juego de lotería se podrá hacer a través de Sociedades de Capital Público Departamental (SCPD), asociaciones voluntarias de loterías o de la asociación obligatoria de explotadores, así:

1. Las Sociedades de Capital Público Departamental (SCPD) se crearán por la asociación de varios departamentos y/o el Distrito Capital y requerirá la autorización de la Asamblea Departamental o del Concejo Distrital, a iniciativa del gobernador o alcalde, según el caso.
2. Las asociaciones voluntarias de loterías se crearán por la decisión voluntaria de las respectivas Juntas Directivas de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado Administradoras del Juego de Lotería, la Lotería de la Cruz Roja y/o las loterías constituidas

como Sociedades de Capital Público Departamental (SCPD), que representan cada una un solo derecho.

3. La asociación obligatoria de explotadores del juego de lotería tradicional, cuyo objeto será la administración y operación del juego y la obtención de rentas del monopolio como arbitrio rentístico, que será de forzosa conformación por parte de los departamentos y/o el Distrito Capital, según el caso, si se presenta cualquiera de las siguientes causales:

a. Que la entidad territorial no esté ejerciendo su derecho de administración y operación del juego de lotería tradicional.

b. Que la empresa de lotería se encuentre en causal de disolución y liquidación.

c. Que la empresa de lotería tenga deudas pendientes con los fondos de salud o deudas pendientes por pago de premios, con una mora superior a tres (3) meses. En este caso, no habrá lugar a la obligación de asociación si la empresa de lotería o el explotador ha celebrado acuerdos de pago para ponerse a paz y salvo, y les estén dando cumplimiento.

Podrán hacer parte de la asociación obligatoria de explotadores, la Lotería de la Cruz Roja y las entidades territoriales explotadoras cuya lotería no se encuentre en ninguna de las causales antes señaladas, y que así lo resuelvan.

La asociación obligatoria de explotadores funcionará bajo la naturaleza jurídica prevista en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998 y sus estatutos serán elaborados por los explotadores asociados, quienes actuarán a través de los respectivos gobernadores, alcaldes o representante legal de la Lotería de la Cruz Roja, según el caso, y se someterán a aprobación por parte de la Superintendencia Nacional de Salud.

En cualquier caso los departamentos, el Distrito Capital y/o la Lotería de la Cruz Roja, no podrán participar en la asociación obligatoria de explotadores y al mismo tiempo tener una empresa administradora y/o operadora de lotería, por lo que deberán proceder a su liquidación o transformación, sin que los respectivos pasivos de esa empresa se trasladen a la asociación obligatoria de explotadores. Para la aplicación de esta disposición, los Departamentos deberán considerar la existencia de loterías en la forma como lo establece el artículo 12 parágrafo 2o de la presente ley.

La asociación obligatoria de explotadores podrá realizar directamente o a través de terceros la operación de los juegos, por el plazo máximo que establece la ley.

El Gobierno Nacional establecerá las condiciones de distribución equitativa de las rentas o derechos de explotación que genere la asociación obligatoria de explotadores, y de los excedentes o utilidades sociales. Luego de efectuado el pago de las correspondientes rentas o derechos de explotación, los excedentes o utilidades, servirán equitativa y prioritariamente para apoyar el pago de los pasivos de recursos de la seguridad social en salud que tuvieren las empresas de loterías liquidadas o transformadas, objeto de la medida.

La asociación obligatoria de explotadores tendrá un plazo de un (1) año para que directa o indirectamente inicie la operación del juego. Vencido este plazo sin que se inicie la operación del juego, corresponde a la Comisión de Regulación de Juegos de Suerte y Azar la entrega en concesión de la operación a terceros; Igual facultad se aplicará si la asociación incurre en causal de disolución o liquidación”.

ARTÍCULO 13. CONDICIONES DE OPERACIÓN EN LÍNEA Y EN TIEMPO REAL DE LOS JUEGOS LOCALIZADOS. Corresponde a la Superintendencia Nacional de Salud establecer las condiciones de confiabilidad en la operación de los juegos de suerte y azar localizados, así como los estándares y requerimientos técnicos mínimos que permitan su efectiva conexión en línea y en tiempo real para identificar, procesar y vigilar el monto de los premios y de los ingresos brutos como base del cobro de derechos de explotación y gastos de administración.

Una vez expedidos y vigentes los reglamentos aquí previstos, los operadores de juegos localizados pagarán por derechos de explotación el mayor valor que resulte entre lo que generarían las tarifas a que se refiere el artículo 34 de la Ley 643 de 2001 o el porcentaje del doce (12%) sobre los ingresos brutos menos el monto de los premios pagados.

La Superintendencia Nacional de Salud determinará el mecanismo de aplicación gradual de esta norma, en función del tiempo que dure la implementación de las condiciones, estándares y requerimientos técnicos aquí mencionados, que será de dos (2) años contados a partir de la expedición de los reglamentos de que trata la presente disposición.

Una vez dispuesta la obligación de conectividad, se presumirá ilegal la máquina que no lo

esté y, además de las sanciones por ilegalidad correspondiente, será objeto del respectivo decomiso.

ARTÍCULO 14. EVENTOS HÍPICOS. Modifíquese el artículo 37 de la Ley 643 de 2001, que quedará así:

“Artículo 37. Eventos Hípicos. Corresponde a cada uno de los departamentos y al Distrito Capital, la explotación, como arbitrio rentístico, de los eventos y las apuestas hípicas.

La operación de los mismos se efectuará por concesión con un plazo de diez (10) años, a través de terceros seleccionados mediante licitación pública. Los operadores de esta modalidad de juego deberán tener un patrimonio técnico mínimo, otorgar garantías y cumplir los demás requisitos que para el efecto les señale el reglamento del juego.

Los derechos de explotación derivados de las apuestas hípicas son propiedad de los departamentos y del Distrito Capital en los cuales se realice la operación. Las apuestas hípicas cuya concesión se adjudique en un departamento o en el Distrito Capital, podrán operarse en otras entidades territoriales previo el cumplimiento de las condiciones y autorizaciones que establezca el reglamento, y pagarán el setenta por ciento (70%) de los derechos de explotación al Distrito Capital o departamento en que se realice la apuesta.

Las apuestas hípicas sobre carreras realizadas en Colombia pagarán como derechos de explotación el uno por ciento (1%) de los ingresos brutos por concepto de venta de apuestas.

Las apuestas hípicas sobre carreras realizadas fuera del territorio nacional pagarán como derechos de explotación el quince por ciento (15%) de los ingresos brutos por concepto de venta de las apuestas.

En el evento que el operador de apuestas hípicas sobre carreras realizadas en Colombia, explote apuestas hípicas sobre carreras realizadas fuera del territorio nacional, pagará como derechos de explotación el cinco por ciento (5%) de los ingresos brutos por concepto de venta de esas apuestas.

Los derechos de explotación generados por las apuestas hípicas serán distribuidos en cada uno de los departamentos o en el Distrito Capital de la siguiente forma: un cincuenta por

ciento (50%) con destino al Fondo de Prestaciones Excepcionales en Salud, FONPRES, y el cincuenta por ciento (50%) restante para financiación de renovación tecnológica de la red pública hospitalaria en la respectiva entidad territorial.

El reglamento del juego establecerá el porcentaje que de las apuestas hípcas debe ser distribuido entre el público.

PARÁGRAFO. Cuando el operador al cual se le haya adjudicado la concesión de apuestas hípcas sobre carreras realizadas en Colombia construya su hipódromo, podrá prorrogársele su contrato de concesión para la operación de las apuestas hípcas por un periodo igual al establecido en el inciso 2o del presente artículo”.

ARTÍCULO 15. OPERACIÓN DE APUESTAS PERMANENTES Y CONECTIVIDAD. En la operación del juego de apuestas permanentes o chance, como criterio de eficiencia en el control, deberá gestionarse e implementarse la conectividad plena en línea y en tiempo real entre el operador del juego, la entidad concedente y la Superintendencia Nacional de Salud.

La información que arroje la conectividad y el esfuerzo de eficiencia que demanda el ejercicio de la concesión del arbitrio rentístico, dirigido entre otras a captar mercados y disminuir la ilegalidad, será tomada en cuenta en los correspondientes estudios de mercado.

El Gobierno Nacional podrá efectuar y actualizar un estudio de mercado nacional que sirva de base a los procesos precontractuales y contractuales de la operación del juego.

CAPITULO III.

ARTÍCULO 16. CONECTIVIDAD Y CONTROL DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR. Adiciónese dos literales al artículo 3o de la Ley 643 de 2001, que quedará así:

“e) Conectividad y control. La operación de los juegos de suerte y azar deberá hacerse a través de condiciones que garanticen el control del Estado y el ejercicio del autocontrol por parte de los administradores y operadores del monopolio, y bajo parámetros electrónicos o de conectividad que contemplen el uso de herramientas actualizadas de máxima seguridad y alta tecnología.

f) Control al juego ilegal. Es deber de los administradores, explotadores y operadores de los juegos de suerte y azar ejercer el control sobre la operación ilegal de juegos de suerte y azar, y adoptar todas las medidas que conduzcan a su identificación y eliminación.

Los apostadores que realicen apuestas o juegos no autorizados o ilegales, serán solidarios con el operador del juego ilegal en el pago de los derechos de explotación”.

ARTÍCULO 17. JUEGO ILEGAL EN LAS CONCESIONES Y AUTORIZACIONES. Cuando la operación del juego se realice a través de terceros, en las autorizaciones o contratos se establecerá a cargo de los autorizados o concesionarios, la obligación de ejercer acciones específicas de prevención y disminución de la ilegalidad, y adelantar las gestiones necesarias para ampliar su mercado objeto considerando los porcentajes de ilegalidad.

Si se llegare a determinar responsabilidad en la operación ilegal de juego por parte de los operadores concesionarios o autorizados, bien sea directamente o a través de uno de sus agentes o de terceros, se revocará la autorización o se declarará la caducidad del contrato.

ARTÍCULO 18. FACULTADES DE INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL. Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 45 de la Ley 643 de 2001, la Superintendencia Nacional de Salud y las entidades administradoras del monopolio, podrán ejercer el control y revisión de establecimientos, con el objeto de verificar la respectiva autorización, concesión o contrato de los juegos de suerte y azar y, en general, podrán ejercer el control y revisión de la operación de los juegos de suerte y azar.

En ejercicio de esas funciones, podrán disponer la inmediata clausura o liquidación de los juegos no autorizados, de las prácticas prohibidas y de los establecimientos y empresas que exploten juegos de suerte y azar por fuera de la ley, sin perjuicio de las sanciones penales, policivas y administrativas a que haya lugar y del cobro de los derechos de explotación y de los tributos que se hayan causado.

La Policía Nacional podrá disponer el decomiso de los bienes y elementos que sirvan a la operación ilegal o prohibida, que se mantendrá hasta tanto se demuestre la legalidad o ilegalidad de la operación. Demostrada la ilegalidad se procederá al remate de los bienes y el valor obtenido se destinará al Fondo de Prestaciones Excepcionales en Salud, Fonpres, previo descuento de los costos del depósito, si los hubiere.

Las autoridades departamentales, distritales y municipales, y los explotadores, y operadores del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, podrán servir de depositarios de los elementos y bienes decomisados.

El incumplimiento de las disposiciones del régimen legal de monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, y de las disposiciones que lo reglamenten, dará lugar a la aplicación de sanción de multa hasta de cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes con destino al Fondo Anticorrupción del Sector Salud, que se aplicará a los titulares, responsables, administradores u operadores del juego, y a sus directivos y representantes legales. Igual sanción se aplicará a las personas naturales y jurídicas, y a sus directivos y representantes legales, que operen juegos de suerte y azar sin autorización o contrato de concesión, o por fuera del alcance de los mismos. La investigación y la imposición de estas sanciones le corresponde a la Superintendencia Nacional de Salud.

PARÁGRAFO 1o. La Superintendencia Nacional de Salud y las entidades administradoras del monopolio podrán suscribir convenios con la Policía Nacional y con la Policía Fiscal y Aduanera, para adelantar acciones de inspección vigilancia y control y fiscales de su competencia.

PARÁGRAFO 2o. La Superintendencia Nacional de Salud y las entidades administradoras del monopolio ejercerán las funciones de Policía Judicial de conformidad con las normas legales.

ARTÍCULO 19. EXTENSIÓN DE LAS INHABILIDADES. Las inhabilidades a que se refiere el artículo 10 de la Ley 643 de 2001, se aplicarán también a las personas jurídicas cuyos socios, asociados o directivos, estén incurso en las conductas allí establecidas. Tal situación deberá ser verificada por la entidad concedente en el proceso contractual y durante la vigencia del contrato.

ARTÍCULO 20. DEFINICIÓN DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR. Modifíquese el inciso 3 del artículo 5o de la Ley 643 de 2001 y adiciónase un párrafo, que quedarán así:

(...)

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, las competiciones de puro pasatiempo o recreo, los sorteos promocionales que realicen para impulsar sus ventas los comerciantes, industriales o los operadores de juegos de suerte y azar, los sorteos de las beneficencias departamentales para desarrollar su objeto y los sorteos que efectúen directamente las sociedades de capitalización. La Comisión de Regulación de Juegos de Suerte y Azar establecerá las condiciones de operación, periodicidad, autorizaciones y garantías, de estos sorteos excluidos, a efectos de controlar su incidencia en la eficiencia y las rentas del monopolio.

(...)

PARÁGRAFO 2o. Sin perjuicio del pago de los derechos que deben hacerse y de las acciones de policía que pueden ejercer las autoridades competentes, la realización de sorteos sin cumplir con las condiciones y términos que establezca la Comisión de Regulación de Juegos de Suerte y Azar, será considerada una práctica indebida y prohibida y dará lugar a sanción a las personas naturales y jurídicas, y a sus directivos y representantes legales, que incurran en esa práctica, equivalente a multa hasta de cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, consignados a favor del Fondo Anticorrupción del sector salud. Corresponde a la Superintendencia Nacional de Salud la vigilancia sobre esta medida, el adelantamiento del procedimiento administrativo sancionatorio y la imposición de la multa correspondiente”.

ARTÍCULO 21. ESTABLECIMIENTOS DEDICADOS A LA OPERACIÓN DE JUEGOS LOCALIZADOS. Modifíquese la última parte del inciso 1o y el inciso 4o del artículo 32 de la Ley 643 de 2001, que quedarán así:

“(...). Son locales de juegos aquellos establecimientos en que se operan exclusivamente este tipo de juegos y que requieren la presencia del apostador.

(...)

El funcionamiento de los establecimientos dedicados a la operación de juegos localizados solo podrá hacerse en establecimientos dedicados exclusivamente a esa actividad y para su operación requerirán de concepto previo favorable del alcalde del municipio donde operará el juego, referido a las condiciones que se establezcan en los planes de ordenamiento territorial, especialmente en lo relativo a uso de suelos, ubicación y distancia mínima que se

respetará respecto de instituciones educativas. Los cambios en la ubicación del local de operación deberán contar con ese concepto previo y con las condiciones que establezca el reglamento del juego. La respuesta a la petición de autorización, deberá expedirse en un término no mayor a treinta (30) días siguientes a la radicación de la petición”.

ARTÍCULO 22. EVENTOS GALLÍSTICOS Y CANINOS. La administración y cobro de derechos de explotación de los eventos gallísticos y caninos corresponde a los municipios, que dispondrán su operación a través de terceros por autorización.

ARTÍCULO 23. ADMINISTRACIÓN DE DERECHOS DE EXPLOTACIÓN. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, tendrá a su cargo la administración de derechos de explotación sobre los juegos de suerte y azar administrados por entidades del nivel nacional.

En el caso de juegos de suerte y azar administrados por entidades territoriales, la administración de derechos de explotación estará en cabeza de las entidades públicas administradoras del monopolio o, en su defecto, por el Gobernador o Alcalde, respectivamente, o por la entidad del respectivo nivel territorial que se determine.

La administración de estos derechos comprenden las actividades previstas en el inciso 4o del artículo 1o del Decreto 4048 de 2008 y para dicho efecto podrá hacer uso de todas las facultades contempladas en el Estatuto Tributario, así como ejercer las funciones de Policía Judicial de conformidad con las normas legales.

PARÁGRAFO Transitorio. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN tendrá hasta seis (6) meses para asumir estas competencias, contados a partir de la vigencia de la presente disposición, sin perjuicio de que en ese término pueda asumir gradualmente esas funciones. Mientras esto ocurre, la competencia estará radicada en la Empresa Territorial Para la Salud, ETESA o la entidad que haga sus veces.

ARTÍCULO 24. SANCIONES POR EVASIÓN DE LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN. Modifíquese el artículo 44 de la Ley 643 de 2001, que quedará así:

“Artículo 44. Sanciones por Evasión de los Derechos de Explotación. Sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar y de las sanciones administrativas y aduaneras que impongan las autoridades competentes, y de la responsabilidad fiscal, las entidades públicas

administradoras del monopolio y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, en relación con los derechos de explotación de su competencia, podrán imponer las siguientes sanciones por los siguientes hechos, mediante el procedimiento administrativo consagrado en la parte primera del Código Contencioso Administrativo, o el que lo modifique o sustituya, previa solicitud de explicaciones:

a) Cuando detecten personas operando juegos de suerte y azar sin ser concesionarios o autorizados, podrá cerrar los establecimientos, decomisar los elementos de juego y deberá poner los hechos en conocimiento de la autoridad penal competente.

En estos casos, para los juegos localizados o similares, a los responsables se les proferirá sanción de multa equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales por elemento de juego; para los juegos de suerte y azar, distintos a los localizados, cuya operación se haga por autorización, la sanción será de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes; y para los juegos de suerte y azar, distintos a los localizados, cuya operación se haga directamente o por contrato de concesión, la sanción será de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Las personas a quienes se denuncie por la operación ilegal de juegos de suerte y azar podrán ser suspendidas en el ejercicio de la actividad mientras se adelanta la respectiva investigación.

La sanción de multa conlleva una inhabilidad para operar juegos de suerte y azar durante los cinco (5) años siguientes a la imposición de la sanción.

b) Cuando detecten que los concesionarios o personas autorizadas no declaren los derechos de explotación en el periodo respectivo, proferirán, sin perjuicio de la suspensión definitiva del juego, liquidación de aforo por los derechos de explotación no declarados e impondrá sanción de aforo equivalente al doscientos por ciento (200%) de los derechos de explotación causados por el periodo no declarado.

c) Cuando detecten que los concesionarios o personas autorizadas omiten o incluyen información en su liquidación privada de los derechos de explotación de las cuales se origine el pago de un menor valor por concepto de los mismos, proferirá liquidación de revisión y en la misma impondrá sanción por inexactitud equivalente al ciento sesenta por ciento (160%)

de la diferencia entre el saldo a pagar determinado por la administración y el declarado por el concesionario o autorizado.

El término para proferir las liquidaciones y las sanciones de que trata el literal c) será de tres (3) años contados a partir del momento de presentación de las declaraciones. El término para proferir las liquidaciones y las sanciones de que tratan los literales a) y b) será de tres (3) años contados a partir del momento de conocimiento de los hechos por parte de la respectiva autoridad de fiscalización.

Las sanciones a que se refiere el presente artículo se impondrán sin perjuicio del cobro de las multas o la indemnización contemplada en la cláusula penal pecuniaria pactada en los contratos de concesión, cuando a ello hubiere lugar, y sin perjuicio del pago total de los derechos de explotación adeudados.

ARTÍCULO 25. COBRO DE RENTAS, DERECHOS DE EXPLOTACIÓN Y SANCIONES. Para efectos del cobro de las rentas y derechos de explotación sobre los juegos de suerte y azar y de las sanciones que apliquen los administradores del monopolio y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, se aplicará el procedimiento de cobro coactivo consagrado en el Estatuto Tributario.

ARTÍCULO 26. EJERCICIO ILÍCITO DE ACTIVIDAD MONOPOLÍSTICA DE ARBITRIO RENTÍSTICO. Modifíquese el artículo 312 del Código Penal, el cual quedará así:

“Artículo 312. Ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico. El que de cualquier manera o valiéndose de cualquier medio ejerza una actividad establecida como monopolio de arbitrio rentístico, sin la respectiva autorización, permiso o contrato, o utilice elementos o modalidades de juego no oficiales, incurrirá en prisión de seis (6) a ocho (8) años y multa de quinientos (500) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena se aumentará en una tercera parte cuando la conducta fuere cometida por el particular que sea concesionario, representante legal o empresario legalmente autorizado para la explotación de un monopolio rentístico, y hasta la mitad, cuando lo fuere por un servidor público de cualquier entidad titular de un monopolio de arbitrio rentístico o cuyo objeto sea la explotación o administración de este”.

ARTÍCULO 27. INTERVENTORÍA A LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR. El Gobierno Nacional podrá contratar interventorías a través de licitación pública, que dictaminen, principalmente, las condiciones en que se ha autorizado la operación o contratado las concesiones de los juegos de suerte y azar, si ellas se ajustaron a las exigencias legales, la forma como las entidades autorizadas o concedentes manejan los recursos generados por la explotación del juego, los costos de dicha operación y los giros que realizan a los fondos territoriales de salud.

Si del dictamen de las interventorías se establecen irregularidades en los procesos de concesión o seguimiento a los contratos de concesión de juegos de suerte y azar, se harán los traslados a las autoridades judiciales y de control respectivas. Si se detectan irregularidades en la ejecución de la autorización o en la ejecución del contrato, el autorizado o el concesionario estarán inhabilitados para operar juegos de suerte y azar por un periodo de diez (10) años y, para el caso de contratos, se generará la caducidad contractual.

Este término se contará desde el momento de ejecutoria del acto administrativo que profiera la Superintendencia Nacional de Salud, declarando la correspondiente inhabilidad.

ARTÍCULO 28. DESTINACIÓN DE LAS SANCIONES INTERPUESTAS A LOS GENERADORES DE RECURSOS. Los recursos obtenidos por las sanciones que interponga la Superintendencia Nacional de Salud a sus vigilados generadores de recursos en el régimen monopolístico de los juegos de suerte y azar, se destinarán al Fondo de Prestaciones Excepcionales en Salud, Fonpres.

CAPITULO IV.

REGULACIÓN DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO.

ARTÍCULO 29. CREACIÓN DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR. Créase la Comisión de Regulación de Juegos de Suerte y Azar, como el órgano técnico encargado de ejercer las funciones de regulación de la operación del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar y de la administración de los juegos a su cargo.

La Comisión de Regulación de Juegos de Suerte y Azar es una Unidad Administrativa Especial de carácter técnico con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal, adscrita al Ministerio de la Protección Social, que tendrá su domicilio en la ciudad de Bogotá,

D. C.

El Gobierno Nacional establecerá su estructura y adoptará la planta de personal para el ejercicio de sus funciones.

ARTÍCULO 30. FUNCIONES DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR. Corresponde a la Comisión de Regulación de Juegos de Suerte y Azar las siguientes funciones:

1. Definir las políticas de explotación, administración y operación de los juegos de suerte y azar.
2. Dirigir la elaboración de investigaciones y estudios especiales sobre el monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar.
3. Proponer mecanismos que sirvan de apoyo al mejor desempeño de la administración y operación de juegos de suerte y azar.
4. Aprobar tipos o modalidades de juegos de suerte y azar que no se encuentren regulados en la ley y que puedan operarse en el territorio nacional, así como aprobar los tipos o modalidades de juegos de suerte y azar extranjeros que podrán venderse en Colombia.
5. Preparar, aprobar y expedir los reglamentos y sus modificaciones de los distintos juegos de suerte y azar.
6. Determinar los criterios de estructuración y evaluación técnica y de factibilidad de las ofertas de autorización y contratación para la operación de los juegos de suerte y azar.
7. Establecer los derechos de explotación que deben pagar las personas que soliciten y reciban autorización de operar juegos de suerte y azar en el territorio nacional, de conformidad con la ley.
9. Calificar anualmente la gestión y eficiencia de las personas que operen juegos de suerte y azar, así como hacer seguimiento a los planes de desempeño de las mismas.
10. Diseñar y proponer estrategias para fiscalizar y controlar la evasión y elusión de los derechos de explotación de juegos de suerte y azar.

11. Definir los indicadores de gestión y eficiencia para evaluar las entidades públicas, del orden nacional o territorial, y los particulares que operen juegos de suerte y azar.

12. Determinar los porcentajes de las utilidades que las empresas públicas operadoras de juegos de suerte y azar, podrán utilizar como reserva de capitalización y señalar los criterios generales de utilización de las mismas.

Así mismo, determinar los recursos a ser utilizados por tales empresas como reservas técnicas para el pago de premios.

13. Administrar los juegos de suerte y azar a su cargo.

14. Emitir conceptos con carácter general y abstracto sobre la aplicación e interpretación de la normatividad que rige la actividad monopolizada de los juegos de suerte y azar.

15. Hacer seguimiento y control de las funciones asignadas al Director de Administración de Juegos.

16. Señalar los criterios para garantizar el cumplimiento de las normas y la transparencia de las contrataciones, así como hacer seguimiento a su cumplimiento.

17. Expedir su propio reglamento.

18. Las demás que las disposiciones legales y reglamentarias le asignen.

ARTÍCULO 31. ORGANIZACIÓN DE LA COMISIÓN. La Comisión de Regulación de Juegos de Suerte y Azar ejercerá sus funciones misionales a través del Consejo de Comisionados y de la Dirección de Administración de Juegos.

ARTÍCULO 32. CONSEJO DE COMISIONADOS. El Consejo de Comisionados, ejercerá las funciones de política y regulación de los juegos, de seguimiento de las funciones asignadas a la Comisión, y estará integrado por:

El Ministro de la Protección Social o su delegado, quien lo presidirá.

El Director del Departamento Nacional de Planeación, o su delegado.

El Ministro de Hacienda y Crédito Público, o su delegado.

El Gobernador que presida la entidad que agremie a los departamentos en el País.

El Alcalde que presida la entidad que agremie a los Alcaldes en el País.

Tres (3) comisionados expertos designados por el Presidente de la República.

PARÁGRAFO. El presidente del Consejo de Comisionados suscribirá los acuerdos, actas y demás actos administrativos referidos a las funciones de política y regulación, y suscribirá conjuntamente con los Comisionados Expertos los conceptos que deba emitir la Comisión.

La Comisión de Regulación de Juegos de Suerte y Azar tendrá una Secretaría Técnica, ejercida por el Director de Administración de Juegos, quien asistirá a las sesiones con voz y sin voto.

ARTÍCULO 33. COMISIONADOS EXPERTOS. Los comisionados expertos de la Comisión de Regulación en Juegos de Suerte y Azar serán de dedicación exclusiva y ejercerán por períodos individuales de tres (3) años, reelegibles por una sola vez; serán los encargados de preparar, emitir y suscribir, con el Presidente del Consejo de Comisionados, los conceptos con carácter general y abstracto sobre la aplicación e interpretación de la normatividad que rige la actividad monopolizada de los juegos de suerte y azar.

Los Comisionados Expertos serán los encargados de preparar, para consideración y aprobación del Consejo de Comisionados, los reglamentos de operación de los juegos de suerte y azar.

Los Comisionados expertos deberán acreditar título universitario, cinco (5) años de experiencia profesional, y título de maestría en ciencias jurídicas, económicas o administrativas o tres (3) años de experiencia profesional relacionada.

Adicional a la aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos, los comisionados no podrán tener directa o indirectamente, vínculo contractual o comercial con empresas públicas explotadoras y administradoras o sociedades de juegos de suerte y azar.

No podrán ser comisionados aquellas personas cuyo cónyuge o compañero(a) permanente, o sus parientes en el tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, sean representantes legales, directivos, miembros de junta directiva, socios, accionistas, asociados, propietarios o tengan contratos, empleos o encargos de confianza y manejo de establecimientos, personas jurídicas públicas o personas jurídicas privadas que comercialicen, exploten, administren u operen juegos de suerte y azar.

ARTÍCULO 34. DIRECCIÓN DE ADMINISTRACIÓN DE JUEGOS. La Comisión de Regulación de Juegos de Suerte y Azar, tendrá una Dirección de Administración de Juegos, encargada de las funciones de administración de las concesiones y autorizaciones de juegos de suerte y azar a cargo de la Comisión.

La Dirección de Administración de Juegos será ejercida por un Director de Unidad Administrativa Especial, de libre nombramiento y remoción, designado por el Consejo de Comisionados, quien será el representante legal de la Comisión de Regulación de Juegos de Suerte y Azar, suscribirá los actos administrativos y contratos relacionados con autorizaciones y concesiones de los juegos de suerte y azar de competencia de la Comisión, y ejercerá como ordenador del gasto, encargado de las funciones administrativas, financieras y de personal para el adecuado apoyo y funcionamiento de la Comisión.

ARTÍCULO 35. FINANCIACIÓN DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR. La Comisión de Regulación de Juegos de Suerte y Azar se financiará con recursos del Presupuesto General de la Nación y con los recursos propios que le sean asignados o le sean reconocidos.

El Gobierno Nacional realizará las apropiaciones, ajustes, modificaciones o traslados al presupuesto general de la Nación, con el objeto de garantizar el funcionamiento de la Comisión.

ARTÍCULO 36. REFERENCIAS NORMATIVAS. Todas las referencias legales vigentes referidas al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar deben entenderse referidas a la Comisión de Regulación de Juegos de Suerte y Azar.

El Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar mantendrá vigentes sus funciones establecidas en la Ley 643 de 2001, hasta la entrada en funcionamiento de la Comisión de

Regulación de Juegos de Suerte y Azar.

Corresponde al Ministerio de la Protección Social el establecimiento de la forma de recaudo y giro de la contribución parafiscal para la seguridad social de los colocadores independientes profesionalizados de loterías y/o apuestas permanentes.

Las funciones asignadas a la Comisión de Regulación de Juegos de Suerte y Azar en los artículos 4o, 10 y 20 de la presente disposición, serán asumidas por el Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, hasta la entrada en funcionamiento de la Comisión.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. C., a 21 de enero de 2010.

ÁLVARO URIBE VÉLEZ.

El Ministro del Interior y de Justicia,

FABIO VALENCIA COSSIO.

El Ministro de Relaciones Exteriores,

JAIME BERMÚDEZ MERIZALDE.

El Ministro de Hacienda y Crédito Público,

OSCAR IVÁN ZULUAGA ESCOBAR.

El Ministro de Defensa Nacional,

GABRIEL SILVA LUJÁN.

El Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural,

ANDRÉS DARÍO FERNÁNDEZ ACOSTA.

El Ministro de la Protección Social,

DIEGO PALACIO BETANCOURT.

El Ministro de Minas y Energía,

HERNÁN MARTÍNEZ TORRES.

El Viceministro de Comercio Exterior encargado de las funciones del Despacho del Ministro de Comercio Exterior,

GABRIEL DUQUE MILDENBERG.

La Ministra de Educación Nacional,

CECILIA MARÍA VÉLEZ WHITE.

El Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial,

CARLOS COSTA POSADA.

La Ministra de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones,

MARÍA DEL ROSARIO GUERRA DE LA ESPRIELLA.

El Ministro de Transporte,

ANDRÉS URIEL GALLEGO HENAO.

La Viceministra de Cultura Encargada de las Funciones del Despacho de la Ministra de Cultura,

MARÍA CLAUDIA LÓPEZ SORZANO.”

3. PRUEBAS RECIBIDAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

3.1. Informe conjunto del Ministro de la Protección Social y el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Estando dentro del plazo concedido por el Auto del 1 de febrero de 2010, mediante oficio de

5 de febrero del mismo año el Ministro de la Protección Social y el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República, señores Diego Palacio Betancourt y Edmundo del Castillo Restrepo, respectivamente, dieron conjuntamente respuesta a la solicitud de información formulada por el magistrado sustanciador en el auto de primero de febrero de 2010. En dicha comunicación expresaron lo siguiente:

3.1.1 Indican que el Decreto 130 de 2010 cumple con los requisitos de forma exigidos por el artículo 215 de la Constitución Política, puesto que: i) fue dictado en desarrollo del Estado de Emergencia Social, dentro del término de treinta días, ii) fue firmado por el Presidente de la República y todos los ministros y iii) su texto especifica las razones tendientes a demostrar la pertinencia de las medidas adoptadas y su relación de conexidad con la crisis que dio origen al Estado de Emergencia Social.

Señalan que el Sistema General de Seguridad Social en Salud es el modelo estructural diseñado por el Estado para garantizar el servicio público esencial a la población, con base en los elementos de cobertura, calidad, solidaridad y financiación, entre otros. Dentro de este modelo se tienen como presupuestos “la identificación y el reconocimiento de la capacidad contributiva que tiene un sector de la población, que coadyuvan con sus aportes en el aseguramiento del aportante y el de su grupo familiar, y en la obtención de los servicios previamente definidos en un plan de beneficios (plan obligatorio de salud - POS); por contraposición, el modelo también considera el aseguramiento y la prestación del servicio de manera subsidiada para quienes no presentan esa capacidad de pago, de manera que es el Estado el mayor y directo responsable de los recursos que financian las coberturas para esa población, amén del apoyo que representa una parte del aporte que deben hacer los que tienen mayor capacidad de pago en el régimen contributivo (solidaridad).”

Aducen que el actual sistema presenta ciertas “externalidades” por cuanto “la creciente población subsidiada que, por contraposición, no se compadece con el estancamiento de la población contributiva; la desfinanciación de los actores del sistema; la necesaria atención de la población no asegurada o población pobre no cubierta con subsidio a la demanda, y el incremento abrupto en la demanda de servicios y medicamentos no incluidos en los planes de beneficios (plan obligatorio de salud - POS), prestaciones éstas últimas que, en su gran mayoría, se hacen a través de la red pública hospitalaria por medio de las entidades territoriales y, en su gran mayoría, se hacen a través de la red pública hospitalaria por medio

de las entidades territoriales y, en menor proporción, a través del Fondo de Solidaridad y Garantías - FOSYGA.”

Estas “externalidades” han hecho que se incrementen los pagos por servicios no incluidos en el POS, las carteras de las instituciones prestadoras de servicios, el déficit financiero en las entidades territoriales y por lo tanto una interrupción en el flujo de recursos para la seguridad social, situaciones que amenazan una eficaz prestación del servicio.

Acerca de la necesidad de proteger la finalidad del Estado Social de Derecho, manifiestan que se hace necesario utilizar un mecanismo idóneo que logre evitar “el desbarajuste que se enquistó en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, lo que conduce indefectiblemente a su colapso, tal y como se advierte de las innumerables manifestaciones de las entidades territoriales y de todos los actores de la seguridad social, y de los datos que provienen de los organismos de control y del Ministerio de la Protección Social.

Así, en el informe que el Gobierno Nacional presentó al Congreso de la República sobre la declaratoria del Estado de Emergencia Social en todo el territorio nacional ordenado a través del Decreto 4975 de 2009, se indicó, entre otras, lo siguiente:

El Régimen Subsidiado presenta una situación similar de desequilibrio financiero, según información reportada por las entidades territoriales al Ministerio de la Protección Social, pues la dinámica del gasto NO POS de dicho régimen, según esa información, supera los ingresos definidos por la ley para atender tales gastos, esto es, parte de las rentas cedidas y los recursos asignados a cada entidad territorial a través del Sistema General de Participaciones para Salud en el componente de prestaciones de servicios de salud en lo no cubierto por la demanda, concepto éste dentro de los recursos del Sistema General de Participaciones que para el año 2009, representó \$1.26 billones¹. Como consecuencia del aumento en la cobertura del Régimen Subsidiado, se ha dado un crecimiento sustancial de la demanda por eventos NO POS-S que no se previó y para lo cual no hay recursos suficientes.”

Expresan que, por lo anterior, y ante la necesidad de garantizar el goce efectivo del derecho a la salud, debido a la grave amenaza de iliquidez y sostenibilidad en el sistema, se hizo necesario la expedición del Decreto 4975 de 2009, considerando esencial la declaratoria de Emergencia Social de acuerdo al artículo 215 de la Constitución, todo ello en pro del flujo,

consolidación y obtención de mayores rentas. El mencionado decreto indicó algunas consideraciones, dentro de las cuales se destacan:

“Que las medidas de carácter administrativo adoptadas por el Gobierno Nacional y otras autoridades en ejercicio de sus facultades ordinarias, se han revelado insuficientes para conjurar la crisis que atraviesa el sector salud, lo cual amenaza con perturbar grave e inminentemente el orden social;

Que para conjurar la situación descrita es indispensable adoptar medidas inmediatas tendientes a regular lo concerniente a la forma de acceso, condiciones, límites, fuentes de financiación y mecanismos para la prestación de servicios de salud y provisión de medicamentos no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud de los regímenes Contributivo y Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud;

Que es necesario adoptar medidas excepcionales para reasignar, redistribuir y racionalizar los recursos y las fuentes de financiación del Sistema o del sector salud, fortalecer los mecanismos de control a la evasión y elusión de las obligaciones parafiscales y demás rentas que financian el sector y crear nuevas fuentes, con el fin de evitar su inminente desfinanciación y garantizar la continuidad en la prestación de los servicios de salud;

En cuanto a la declaratoria de la Emergencia Social, dentro del estado de excepción, reconocen que se trata de una medida extraordinaria que se utiliza frente a situaciones que tengan ese carácter, pero que, “Tratándose de la condición actual del servicio público esencial de seguridad social en salud, como se puede advertir, las circunstancias que afectan al sistema general tienen esa connotación, dado que constituyen la agravación de una tendencia a la falta de flujo de recursos y financiación, lo que compromete la sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social en Salud y, por ende, el acceso efectivo a ese derecho fundamental, situaciones graves que no pueden ser controladas mediante mecanismos ordinarios y requieren medidas urgentes de naturaleza legal.

De esta manera, para un Estado y una administración sectorial responsables, que cuentan con indicios serios sobre el deterioro financiero del Sistema y de los diferentes actores, agravado en los últimos meses del año 2009, resulta imperativo construir las barreras y diques que prevengan la parálisis en los servicios y permitan aminorar los efectos de los daños que hasta hoy se vienen aconteciendo en el sistema. Así, la declaratoria de

Emergencia Social, no sólo ha sido conveniente y oportuna sino necesaria, en el momento en que los indicadores muestran una tendencia de iliquidez e insostenibilidad del sistema, que se busca conjurar con las medidas normativas adoptadas durante la Emergencia Social dispuesta por el Decreto 4975 del 23 de diciembre de 2009.”

Por otro lado, sostienen que el Monopolio Rentístico de Juegos de Suerte y Azar (Artículo 336 de la Constitución Política), es una parte esencial dentro del ejercicio financiero del sistema general de seguridad social en salud “con transferencias del orden de los \$553 mil millones al año¹, especialmente dirigidas al componente solidario y a la cobertura de la población más pobre y vulnerable”.

Además indican que “ante la coyuntura actual del sistema general de seguridad social en salud en Colombia, la institucionalidad creada para la explotación, administración y operación de los juegos de suerte y azar, no se puede sustraer de la crisis financiera que afronta el sistema, de manera que, ante la urgencia de consolidar las rentas existentes para la salud y de generar nuevas fuentes de financiación, se deben buscar espacios que permitan fortalecer e incrementar las rentas del monopolio, a través de medidas que, entre otras, estén dirigidas a la disminución de la ilegalidad, a la organización regulatoria que generen confianza en el mercado y al incentivo de distintas modalidades de juegos o de su operación, medidas que requieren de urgentes reformas sustantivas en el régimen legal del monopolio y que desbordan la capacidad reglamentaria del ejecutivo.

Precisa advertir que la ilegalidad y los fenómenos de elusión y evasión en el monopolio de juegos de suerte y azar vienen en franca consolidación, representan un menor valor en las transferencias e, incluso, amenazan gravemente con su disminución, lo que definitivamente debe evitarse en el marco de la situación financiera que determina la emergencia social. Por otro lado, para coadyuvar en la solución a la crisis del sector salud y además evitar un estancamiento en las rentas generadas, el monopolio presenta la inmediata urgencia de consolidar el mercado y generar confianza a través de una organización regulatoria e institucional sólida, así como también requiere hacer eficientes aquellas modalidades de juegos cuyas rentas han decrecido (concretamente las loterías) y la consideración de nuevas y “promisorias modalidades de mercado sin oferta disponible y con demanda acreditada²”.

3.1.2. Ahora bien, dentro del análisis que realizan respecto del Monopolio Rentístico de los

Juegos de Suerte y Azar en Colombia, indican que de acuerdo al artículo 336 de la Constitución Política y la interpretación dada por la Corte Constitucional en la sentencia C-540 de 20013, estos son una “reserva a la explotación de ciertas actividades económicas, no con el fin de excluirlas del mercado, sino para asegurar una fuente de ingresos que le permita atender sus obligaciones”, que para el caso de los juegos de azar está destinada a la financiación de los servicios de salud.

En seguida, describen la evolución normativa en cuanto al monopolio de los juegos de azar, refiriéndose al artículo 31 de la Constitución de 1886, la Ley 64 de 1923 que estableció el monopolio de loterías, la Ley 19 de 1932 para las rifas, la Ley 1ª de 1982 y la Ley 10 de 1990 que “declaró como arbitrio rentístico de la nación la explotación monopólica, en beneficio del sector salud, de todas las modalidades de juegos de suerte y azar, diferentes de las loterías y apuestas permanentes existentes”. Estos antecedentes fueron objeto de debate en la Asamblea Nacional Constituyente, además de ser analizados en cuanto al mismo artículo 336 de la Carta se refiere, en la sentencia C-1191 del 15 de noviembre de 20014, la cual expresa:

“18- Una revisión de los antecedentes del artículo 336 de la Carta muestra que el mantenimiento de los monopolios rentísticos fue altamente cuestionado en la Asamblea Nacional Constituyente. Así, la Comisión Quinta¹² propuso eliminar estos monopolios para, en su lugar, permitir la imposición de tributos sobre el consumo de los bienes y servicios correspondientes, supliendo con ello la necesidad de captar determinados recursos, pero dejando a los particulares la explotación de tales actividades. Dijo entonces la respectiva ponencia¹³:

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

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

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

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

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

No obstante lo anterior, durante el debate constituyente también fueron presentados algunos proyectos que defendían el mantenimiento de los monopolios como arbitrio rentístico, por su importancia para los ingresos de ciertas entidades territoriales¹⁴.

19- Esta breve revisión histórica muestra que el mantenimiento de los monopolios como arbitrio rentístico generó fuertes discusiones en la Asamblea Constituyente: algunos sectores propugnaron por su eliminación, por considerar que esos ingresos podían ser obtenidos más eficientemente por medio de impuestos, y que esos monopolios eran una fuente de corrupción e incoherencia estatal, puesto que no sólo los casos de peculados eran numerosos sino que se buscaba financiar servicios como la salud y la educación a través del estímulo a la venta de licores y de juegos de azar. Otros sectores, en cambio, defendieron la institución de los monopolios rentísticos por cuanto constituían una fuente esencial de ingreso para ciertos departamentos. Luego de las amplias discusiones, la Asamblea Constituyente llegó a una solución de transacción: mantener la posibilidad de los monopolios rentísticos pero sometidos a una regulación estricta¹⁵.

20- Estos antecedentes históricos permiten comprender mejor el contenido del artículo 336

de la Carta. Así, es claro que el Constituyente autorizó los monopolios rentísticos, pero que también buscó establecer un régimen severo que evitara los problemas de corrupción e ineficiencia que se habían detectado durante la vigencia de la anterior Constitución. Por ello la Carta establece que estas actividades están sujetas a un régimen jurídico “propio”, que deberá ser desarrollado por una ley de iniciativa gubernamental. La Carta cedió entonces al legislador la facultad de crear los monopolios para que, en el curso del debate político y democrático, determinara la conveniencia y necesidad de imponerlos, así como el régimen más adecuado y conveniente para su organización, administración, control y explotación. Pero la propia Carta configura algunos de los elementos de ese régimen propio. De esta manera, el artículo 336 superior establece que (i) todo monopolio rentístico busca satisfacer una finalidad de interés público, (ii) debe constituir un arbitrio rentístico y (iii) es necesaria la indemnización previa a los individuos que se vean privados de su ejercicio. Además, esa misma disposición (iv) predetermina la destinación de algunas de esas rentas, (v) ordena la sanción penal de la evasión fiscal en estas actividades y (vi) obliga al Gobierno a liquidar estos monopolios si no demuestran ser eficientes. Todo esto explica pues el cuidado de la Asamblea Constituyente en la regulación de estos monopolios rentísticos (subrayado fuera de texto).”

La ley 643 de 2001, es el régimen del monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar, que desarrolla el artículo 336 de la Carta Política, define el monopolio como aquella exclusiva facultad del Estado para manejar, explotar, organizar, etc., los juegos de suerte y azar; además, la forma en que los particulares los pueden operar y su destinación a los servicios de salud. Es así como de las precitadas normas concluyen ciertas características generales del mencionado monopolio, de las cuales se destacan:

“a. Las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar están destinadas exclusivamente a los servicios de salud(...).

(...)

c. Al establecer el constituyente la ley que desarrollará el régimen propio de del monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar, le asigna un amplia configuración legislativa al monopolio (...).

d. Las disposiciones de la ley del régimen propio pueden establecer tributos, pero también

pueden establecer contraprestaciones por la explotación de los juegos de suerte y azar, rentas que en ambos casos están destinadas al sector salud.(...) En este sentido, los derechos de explotación consagrados por la Ley 643 de 2001 no son en manera alguna tributos, sino contraprestaciones que el legislador estableció por la explotación de las diversas modalidades de juegos de suerte y azar con destino al sector salud.

Como primera conclusión general en cuanto al monopolio rentístico, sostienen que la “destinación de sus rentas a la prestación del servicio público esencial de seguridad social en salud, permiten evidenciar la necesaria y permanente intervención del Estado en su organización”. A su modo de ver es un deber del Estado ajustar y mejorar las condiciones en la prestación del servicio. Además, la urgente necesidad de atender la grave situación financiera por la que pasa el sistema general de seguridad social, en la que se pone en riesgo la sostenibilidad del servicio, sirve como base para que el Estado declare la Emergencia Social, como ocurre con la expedición del Decreto 4975 del 23 de diciembre de 2009, así mismo “la consecuente expedición de decretos con fuerza de ley que viabilicen esos urgentes ajustes y coadyuven la solución financiera de la crisis de la salud, entre otras medidas, a través del inmediato fortalecimiento del arbitrio rentístico, tal como ocurrió con el Decreto 130 de 2010”.

3.1.3. Entra enseguida el memorial gubernamental a explicar detalladamente la constitucionalidad del Decreto 130 de 2010, para lo cual, aclaran nuevamente que se trata de un estudio formal y material del decreto en cuestión, siendo el formal, la verificación de la firma presidencial, la de los ministros y si fue expedido en vigencia del estado de excepción. Por otro lado, del examen material, traen a colación sentencias de la Corte Constitucional en donde se han revisado otros decretos dictados y promulgados en desarrollo de declaratorias de Estado de Emergencia Social, en particular la sentencia C-226 del 30 de marzo de 20095.

Este fallo establece en primer lugar “la relación de conexidad material de las medidas adoptadas con las razones que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción”, también si “existe motivación suficiente para imponer limitaciones a los derechos fundamentales”. En segundo lugar “verificar que las medidas adoptadas, en su contenido mismo, no entren en contradicción específica con la Constitución”, la no interrupción y suspensión de derechos humanos y fundamentales, de las ramas del poder público y

desmejorar los derechos laborales. Mencionado lo anterior, aducen que “la Corte Constitucional establece el contenido y el alcance de la disposición a analizar, lo que incluye un análisis de la realidad del sector, y un análisis sobre la especificidad y el requisito de conexidad de la medida”.

La especificidad busca determinar si las medidas adoptadas por el gobierno, dentro de la declaratoria del estado de emergencia (art. 215 Corte Constitucional), están orientadas a “conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos y que deben referirse a asuntos que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia”⁶. Por su lado, la conexidad se refiere a aquel requisito que contiene una connotación tanto externa como interna; la primera “alude a la relación que deben tener las medidas adoptadas con las razones que dieron lugar a la declaratoria de la emergencia”, la segunda, “es la que debe existir entre tales medidas y las finalidades específicas expresadas por el gobierno para justificarlas”.

Igualmente, dentro del requisito de conexidad, la Corte estableció como elemento del mismo, que “una deficiencia en la motivación de los derechos de emergencia, porque sea insuficiente o, incluso, equivocada, no conduce inexorablemente a la declaratoria de inexecutable de los mismos, por cuanto la Corte ha señalado que para el análisis de constitucionalidad debe acudir, no sólo al texto de los correspondientes decretos, sino, también, al contexto en el que los mismos fueron expedidos, teniendo en cuenta las consideraciones del decreto por medio del cual se declaró el estado de emergencia, y apreciando la situación en conjunto con los demás decretos que se hayan expedido para hacerle frente”⁷.

Por todo lo anterior, los intervinientes entran a señalar lo siguiente, respecto de la constitucionalidad del Decreto 130 de 2010, teniendo en cuenta que fue expedido como medida urgente que no pueden adoptarse por los mecanismos ordinarios de reglamentación:

“Precisa advertir que a partir de la vigencia de la Ley 643 de 2001, en el ejercicio reglamentario el Gobierno Nacional ha expedido veintitrés (23) decretos, seis (6) resoluciones generales y catorce (14) acuerdos, todos atinentes a las generalidades del Monopolio, a la institucionalidad de la administración (principalmente ETESA), al control, a la

eficiencia y a la especificidad de los juegos de lotería, apuestas permanentes, rifas, promocionales, localizados, novedosos, y apuestas en eventos deportivos, gallísticos, caninos y similares.

Ese ejercicio ha arrojado un resultado de claridad en el Monopolio, que redundó en la obtención de transferencias al sector Salud, que en valores constantes pasa de \$265 mil millones en el año 2002 a \$553 mil millones en el año 2009.

No obstante, se han evidenciado situaciones imprevistas de consistente ilegalidad, corrupción en la administración y operación, desorganización institucional, falencia en la capacidad de regulación técnica, fallas en la operación de modalidades de juegos tradicionales e inexistencia de nuevas instituciones generadoras de rentas, entre otras. Esas situaciones impiden una mayor expansión del arbitrio rentístico, cuya búsqueda, insistimos, ya se agotó por medio de las competencias reglamentarias y ahora requiere del concurso legal, dado el carácter y contenido de las reformas requeridas.

En consecuencia, ante la necesidad de ajustes en el régimen legal del monopolio, el Gobierno Nacional, como responsable constitucional de la iniciativa de modificación al régimen legal de monopolio rentístico de juegos de suerte y azar²⁰, en varias oportunidades presentó al Congreso de la República proyectos de reforma legal²¹, sin que fueran aprobados, lo que, entre otras consecuencias, ha permitido resaltar en las exposiciones de motivos, en los debates, en las correspondientes ponencias²² y en la participación de las entidades territoriales y de los actores del sistema, la evidente carencia de herramientas para impedir que perduren condiciones de ilegalidad y corrupción, brindar solidez regulatoria en el monopolio, incentivar la operación de juegos tradicionales en distintas entidades territoriales en los que ya no se operan, y generar mayores rentas para la salud, lo que constituye un apremio frente a la actual crisis que afecta la financiación del servicio.

La diligencia del Gobierno Nacional en la presentación de iniciativas de reforma a la ley y los mensajes de urgencia que se le dieron a los respectivos trámites legislativos, aunados a la urgencia e insistencia demostrada por las entidades territoriales como destinatarias de las rentas que genera el monopolio para la cobertura de servicios de salud a su cargo, especialmente servicios excepcionales de salud, antes considerados como no POS, demuestran el interés legítimo por respetar y acatar resueltamente la institucionalidad

constitucional legislativa en cabeza del Congreso de la República; pero también, esa misma diligencia e insistencia en la presentación de proyectos de ley, pese a los archivos de las iniciativas legislativas, son evidencia de la urgencia de las medidas tendientes a la obtención de rentas para la salud, al punto que el grave déficit financiero que se presenta y del que hace parte la falta de mayores recursos generados por el Monopolio, es uno de los detonantes fundamentales de la emergencia, en desmedro de la población más pobre y vulnerable a cargo de las entidades territoriales, particularmente en su aseguramiento y la atención no POS, a quienes van dirigidas las rentas cedidas del Monopolio.

El Decreto 4975 de 2009, que declaró la Emergencia Social, señaló la necesidad de adoptar medidas inmediatas para conjurar la crisis, tendientes a optimizar y obtener fuentes de financiación y a regular la forma de acceso, condiciones, límites y mecanismos para la prestación de servicios de salud en general y para la provisión de prestaciones y medicamentos no incluidos en los planes de beneficios. Esa optimización de los recursos existentes y la obtención de otros adicionales para la salud, afectan a los monopolios constitucionales que detenta el Estado, como arbitrios rentísticos que necesariamente deben ponerse al servicio de ese interés público y esencial.

Por tanto, junto con la venta de licores, vinos y aperitivos, con la obtención de recursos de los cigarrillos y tabaco elaborado, las cervezas, sifones y refajos y, con los de otras fuentes de financiación, los recursos que provienen de la explotación del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar deben coadyuvar con la crisis y disponerse a su imperativa consolidación y crecimiento, para lo cual se requieren ajustes legales dirigidos a controlar la ilegalidad, la corrupción y la evasión y elusión de las rentas, a fortalecer la institucionalidad y la potestad regulatoria para mayor transparencia y solidez en la actividad monopolística y a obtener mayores rentas para la salud por medio de medidas que, entre otras, prevean el incentivo a juegos tradicionales y la inmediata puesta en operación de nuevos juegos.

En términos generales, el Decreto 130 de 2010, al dictar disposiciones relativas a la protección y optimización de recursos existentes y a la generación de nuevos recursos, está realizando ajustes al régimen legal propio del monopolio de juegos de suerte y azar, necesarios para conjurar los hechos que motivaron la declaratoria del estado de emergencia social y para una maximización de la actividad monopolística que permita un efectivo cumplimiento de su cometido constitucional.

Como podrá apreciarse en el análisis de cada una de las medidas tomadas, todas se orientan, desde el punto de vista de la financiación del sistema de salud, a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos, mediante la protección y optimización de recursos existentes y generación de nuevos recursos. De la misma forma, tienen relación directa y específica con una de las situaciones que determinó la declaración de la emergencia, cual es la escasa financiación del sector de la salud, y redundan en mayores recursos para garantizar el acceso de la población a los servicios de salud en el territorio nacional”.

3.1.4. Uno de los aspectos que resaltan como principal causa de la expedición de los decretos de emergencia social, es la debilidad e insuficiencia de recursos para la seguridad social en salud. Esto hace del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar un factor importante e indispensable, “cuyos reajustes redundan en el propósito esencial de evitar la parálisis del servicio”. Por lo cual, las medidas adoptadas en el decreto 130 de 2010 “tienen un talante integrador, propositivo y de fortalecimiento, de manera que no solo se procura la necesaria obtención de nuevas rentas, sino que busca una urgente protección a las rentas actuales y su crecimiento, con cambios institucionales que involucran la organización, regulación, la fiscalización. El control y la lucha decidida contra la ilegalidad, entre otros”.

Indican que deben tenerse en cuenta las consideraciones expuestas para la expedición del Decreto 130 de 2010, las cuales transcriben in extenso, de las cuales expresan que se puede apreciar la “relación directa y específica” entre el Decreto 130 de 2010 y el Estado de Emergencia Social declarado mediante el decreto 4975 de 2009.

3.1.5. Las estadísticas incorporadas al texto de la intervención, señalan una disminución en el incremento de las transferencias, lo que genera una tendencia al estancamiento en el monopolio.

Concluyen en este aspecto, que en términos generales “existe un arbitrio rentístico significativo por la actividad del monopolio, que reafirma la importancia de esta renta en el contexto de la financiación a la seguridad social en salud. Pero también, es evidente que existen signos de desgaste y de estancamiento en las rentas, tendencia que debe revertirse de inmediato para no afectar la financiación de la salud, amén de la urgente obtención de nuevas rentas, todo lo cual redundando en una necesidad sentida de ajuste legal al monopolio, especialmente en los asuntos que asumió el Decreto 130 de 2010, con medidas que

promuevan y fortalezcan la administración”.

3.1.6. En cuanto a la destinación y flujo de recursos, indican que “El decreto 130 de 2010 contiene un capítulo dirigido a la identificación legal de algunas rentas provenientes del monopolio, que hoy se encuentran retenidas en espera de definiciones jurídicas, para su adecuada destinación y flujo a la prestación de servicios la salud (sic) con el régimen subsidiado y en la atención de servicios excepcionales de salud (no POS), aspectos propios de la emergencia ordenada por el Decreto 4975 de 2009.

3.1.7. Cobro de premios y destinación de premios no reclamados. En este tema, expresan que la misma ley 643 de 2001 no establecía ningún tipo de prescripción para los premios que no eran reclamados por parte de los ganadores, por lo que aplicaban la norma ordinaria de 10 años en cuanto a la prescripción, y pasado este tiempo, estos recursos entrarían a formar parte del sector salud. Para evitar esto, el decreto 130 de 2010 establece un término máximo de 1 año para que los ganadores se acercaran a la agencia responsable por el pago, puesto que de no hacerlo, se extinguiría la obligación e inmediatamente pasarían a los recursos de la salud.

Aclaran que un buen funcionamiento del monopolio exige garantizar el pago de los premios, por lo tanto, incentiva su crecimiento. Esto a su vez permite que la claridad procesal al momento del cobro por parte del apostador se configure en una forma de hacerlo participe en el flujo de recursos del monopolio. Lo anterior implica que no obstante proteger los derechos del apostador, salvaguardando el premio por un periodo laxo de tiempo, también se le es exigible a esa misma persona un mínimo deber de diligencia en el cobro de lo ganado.

Entonces, de no ser reclamados dichos recursos, los administradores y operadores de los juegos de azar que cumplan con el arbitrio rentístico “y giren los recursos no reclamados, luego de prescritos o caducados, a los respectivos fondos de salud, recursos que no pueden considerar como suyos, en la medida que no cuentan con un título en el monopolio que así los acredite”.

Explican que dentro de la emergencia social, esta norma (artículo 1º Decreto 130 de 2010), liberaría “recursos por un valor aproximado de \$49.036 millones de pesos, concentrados fundamentalmente en el juego de lotería y en los juegos novedosos Superastro y Baloto, así:

Premios no reclamados loterías VALOR8

y juegos novedosos.

-Loterías (premios anteriores a 2006) = \$28.029

-Baloto = \$18.666

-Superastro = \$2.341

TOTAL = \$49.036

Fuente: Superintendencia Nacional de Salud

Empresa Territorial para la Salud ETESA.

Manifiestan que estos recursos deben ser dirigidos a planes de beneficios del sistema de salud, y de forma excepcional, respecto de los recursos anteriores al 2008 se destinan al FONPRES9. Todo lo anterior confluye en los presupuestos de la emergencia y responde a sus necesidades, sin embargo, su destinación solo “se puede dar en la medida en que se aclaren y unifiquen, para todos los juegos, los términos de prescripción o caducidad y se señale el destino de los recursos de los premios no reclamados, mediante norma con fuerza de ley”.

3.1.8. Giro directo de derechos de explotación en apuestas permanentes. Inicialmente aclaran que “Según señalaba el artículo 41 de la Ley 643 de 2001, los concesionarios tienen la obligación de liquidar, declarar y pagar los derechos de explotación mensualmente ante la entidad competente para la administración del respectivo juego del monopolio, declaración y pago que debe hacerse dentro de los primeros diez (10) días hábiles del mes siguiente a su recaudo.

Esa situación presentaba ineficiencia en el flujo de los recursos, en la medida que los derechos de explotación por concepto de apuestas permanentes no transitaban directamente a los fondos de salud, beneficiarios finales de las rentas, sino que pasaban inicialmente por las entidades administradoras para su posterior giro, lo que no solo generaba costos financieros que deben ahorrarse, sino que desdibujaban el plazo perentorio que la misma Ley señalaba, y que cumplían los operadores con el giro al administrador y no a los fondos de

salud, como debería ser.

Si bien esa intermediación en el giro propendía por la fiscalización y verificación de los recursos generados, está demostrado que el mecanismo de fiscalización no está ligado a la recepción del recurso, sino a la revisión de su generación, cuantía y efectiva consignación, al margen de que se haga directamente a los fondos de salud”.

Debido al problema de intermediación antes descrito, es que dentro del Decreto 130 de 2010 se estableció en su artículo 2º, el cual propone que en un plazo de cinco (5) días hábiles, los fondos de salud podrán disponer de estos recursos para la urgente atención en salud.

3.1.9 Gastos de administración. Consiste en aquellos recursos reconocidos a las entidades administradoras del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, cuando terceras personas administran y operan dichos juegos. Este presupuesto, según lo señalaba el artículo 9º de la Ley 643 de 2001, equivalían al 1% de los derechos de explotación (para el año 2009 era de \$4.500 millones). De la anterior suma, \$2.388 millones corresponden a los administradores del juego de apuestas permanentes y \$2.112 millones son para la Empresa Territorial para la Salud ETESA.

En conclusión, manifiestan que el incremento del porcentaje al 5%, establecido en el Decreto 130 de 2010, se configuró porque “La cuantía de estos recursos de administración resultaba muy baja frente a la dimensión del Monopolio, teniendo en cuenta que son sumas que sirven a la administración, lo que incluye acciones de promoción, control y seguimiento de los juegos, lo que motivó a su incremento en el artículo 3º del Decreto 130 de 2010, que modifica el artículo 9º de la Ley 643 de 2001.

3.1.10. Operación de juegos localizados en cruceros. Estos juegos potencializan el incremento de rentas, razón por la cual se incluyeron. Los cruceros que atracan en puertos colombianos no tenían una regulación definida en cuanto a los juegos de azar se refiere, lo que ocasionaba una pérdida de recursos para la salud. Ante dicha falencia, se creó el artículo 4º del Decreto 130 de 2010.

Con esta norma pretenden crear “mayores rentas para la salud, destinadas en un cincuenta por ciento (50%) de los derechos de explotación para el Fondo de Prestaciones Excepcionales en Salud - FONPRES, y el otro cincuenta por ciento (50%) junto con los gastos de

administración, al municipio en que atraque el crucero, con destino a la financiación de servicios de salud a su cargo”. Además, “Frente al Estado de Emergencia, la respuesta de obtención de mayores rentas cumple irrestrictamente con la conexidad y responde a la necesidad de solución a la crisis que la ocasionó”.

3.1.11 Derechos de explotación en juegos novedosos. Indican que ante la necesidad de financiar el régimen subsidiado y hacer frente a la Emergencia Social, se requirió una reasignación de recursos de diversas fuentes, incluyendo las rentas cedidas y una potencialidad de las existentes, es decir, concretamente la puesta en marcha de nuevos juegos de suerte y azar. Lo cual se establece en el artículo 5º del Decreto 130 de 2010.

Esta norma consagra el giro de recursos provenientes de los juegos novedosos hacia el Fondo de Prestaciones Excepcionales en Salud -FONPRES- “como regla general, con las excepciones de los juegos novedosos actualmente concesionados (Superastro y Baloto) y de los juegos cuya operación el mismo artículo autoriza para su pronta operación, cuyas rentas están asignadas a las entidades territoriales para el régimen subsidiado, y para el pago de servicios de salud de la población pobre no afiliada y eventos no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado”.

Expresan que tal destinación responde a las necesidades de la emergencia social y por lo tanto a los servicios de salud hoy en crisis. Actualmente existen dos juegos novedosos como lo es el Baloto y Superastro, los cuales generan rentas anuales aproximadas por un valor de \$77 mil millones (2009). Por lo tanto es necesario poner en operación dos juegos novedosos adicionales que serán operados por las entidades territoriales, receptoras de las rentas generadas. Esto responde así a la urgencia de recursos para la salud en los departamentos.

3.1.12. Destinación de rentas del monopolio al sector salud. Como consecuencia de la crisis, se definió la modificación de la asignación de los recursos obtenidos por los departamentos, el Distrito Capital y municipios, producto del monopolio de juegos de suerte y azar.

Ante la emergencia social y la necesidad de financiar prestaciones no cubiertas por el plan obligatorio de salud, se hace necesario cambiar la estructura de la distribución de las rentas, además de capacitar al personal médico. Es decir, “unificar las participaciones de Subsidios a la Demanda (Régimen Subsidiado) y de prestación de servicios de salud de la población pobre no afiliada y eventos No POS-S en una sola destinación previendo una transformación

progresiva hacia la Demanda, se relaciona directamente y específica con el estado de emergencia social declarado mediante el Decreto 4975 de 2009 por cuanto busca brindar mayor flexibilidad a la financiación de la unificación del POS del Régimen Subsidiado (POS-S) al POS del Régimen Contributivo (POS-C). Lo anterior al definir que progresivamente los recursos en cuestión serán destinados exclusivamente a Régimen Subsidiado en la medida una vez sean alcanzadas la universalización de la cobertura del Régimen Subsidiado en la medida una vez sean alcanzadas la universalización de la cobertura del Régimen Subsidiado, en primera instancia, y la unificación del POS, en segunda. Nótese que la universalización implica la no existencia de población pobre no afiliada, mientras que la unificación de los POS elimina el componente de prestaciones no incluidas en el POS-S pero si incluidas en el POS-C, donde la financiación tanto de las prestaciones de la población pobre no afiliada como del No POS-S son competencia de la entidad territorial (Ley 715 de 2001)".

Por lo tanto, el artículo 6º del Decreto 130 de 2010 redistribuyó los recursos obtenidos por los departamentos, el Distrito Capital y los municipios, "como producto del monopolio de juegos de suerte y azar, que son una de las fuentes de financiación del Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS, lo cual responde parcialmente a lo planteado como una necesidad en el considerando 37 del Decreto 4975 de 2009".

Además, la creación de una fuente de financiación del Fondo de Capacitación de los Profesionales, se relaciona directamente con el estado de Emergencia Social declarado mediante el Decreto 4975 de 2009, puesto que permite la formación de profesionales de la salud "en las necesidades requeridas en el país". Igualmente señalan que capacitar a los profesionales de la salud, les da la objetividad necesaria en la prestación asistencial y así evitar desviaciones que no respondan a criterios médicos y genere sobrecostos no justificables en el sector.

Consideran importante aclarar que se disminuyó el punto porcentual del Fondo de Investigación en Salud que consideraba el artículo 42 de la Ley 643 de 2001 para redireccionarlo al Fondo de Capacitación de los Profesionales de la Salud, para que de esta forma la investigación tenga un impacto real en beneficio de la salud de la población colombiana. En este sentido, el conjunto de medidas adoptadas en el Decreto 130 de 2010 "buscan fortalecer y optimizar la generación de rentas del monopolio de juegos de suerte y azar, aumentando la base sobre las cuales se debe realizar la transferencia del 6% al Fondo

de Investigación en salud”.

3.1.13. Gravamen de los movimientos financieros. Es una medida prevista en el artículo 7º del Decreto 130 de 2010, la cual busca garantizar que “los recursos destinados a la salud que provengan de impuestos, rentas o derechos de explotación por operación de juegos de suerte y azar, no sean objeto de gravamen a los movimientos financieros”. El gravamen constituye una desviación a evitarse para así generar mayor flujo directo de recursos a los fondos de salud.

3.1.14. Los juegos de origen en el extranjero. La operación de juegos de suerte y azar en Colombia, originados en el extranjero, requieren un control estricto por parte del Estado, con el fin de que no afecte la estabilidad del mercado interno o incluso para que genere rentas y estas se cobren en beneficio del sistema de salud.

De esta forma, el artículo 8º del Decreto 130 de 2010, señala las condiciones legales para la operación de juegos originados en el extranjero, como fuente adicional de recursos que requiere el sistema de salud. Así, establece “condiciones específicas de control, fiscalización y recaudo de derechos de explotación, para evitar que exista una operación contrariando esas disposiciones, en desmedro del monopolio y de su estabilidad (como competencia desleal a los juegos de origen en Colombia), o en perjuicio de las rentas que deben girar a la salud.

En cuanto a este artículo concluyen afirmando que “La operación de juegos de suerte y azar que se originan en el extranjero son una realidad en Colombia que no puede desconocerse y que, en estas condiciones de crisis, debe observarse con el interés de incrementar los recursos para la atención no POS, a través del fondo de Prestaciones Excepcionales en Salud-FONPRES, objeto de la emergencia, por supuesto, en condiciones regladas que no afecten el equilibrio en el mercado y con absoluto control, a través de medidas legales de inspección, vigilancia y fiscalización, previendo y atacando la ilegalidad”.

3.1.16. Fortalecimiento del juego de lotería. De los 32 departamentos que podrían operar el juego de lotería, solo 15 lo hacen, quedando un total de 17 por fuera, los cuales perciben solamente el monto proveniente de venta de loterías de otros departamentos, que es inferior a lo que recibirían si operaran su propia lotería.

El decrecimiento de las loterías se calcula en \$49.192 millones de pesos en ventas brutas. Frente a la necesidad de sostener los recursos del monopolio y repotenciar los juegos que presentan crisis, “el decreto 130 de 2010 establece unas medidas legales dirigidas a darle un nuevo aire al juego de la lotería, de manera que se sostengan las rentas actualmente generadas y demás se incrementen con la operación del juego en las entidades territoriales que no lo están haciendo”.

Es por esto que el artículo 10 se refiere a la comercialización electrónica de billetes de lotería.

Lo que finalmente pretenden estas disposiciones es la operación del juego en aquellos departamentos donde no existe actualmente, generando así más réditos para la salud.

Señalan que las quince (15) loterías que operan generan actualmente \$101.569 millones de pesos en el 2009¹⁰ para la salud. Para el 2002 las 28 loterías que operaban generaron un total de \$106.222 millones de pesos, la que inflactada a 2009 daría \$143.776 millones de pesos, “lo que indica que si todos los titulares operan el juego tradicional, existe una posibilidad razonable de incrementar los derechos de explotación para salud, en un margen similar o superior”.

3.1.17. Condiciones de operación en línea y en tiempo real de los juegos localizados. Indican que estos constituyen el segundo mayor proveedor de recursos para el sector salud, aportando un total de \$128.282 millones en el 2009. No obstante es uno de los focos más proclives a la corrupción debido a la dispersión que presentan sus locales en todo el territorio nacional. Por otro lado, la conectividad de los juegos de suerte y azar es un imperativo para el Estado, puesto que permite eficiencia y transparencia, además de mayores recursos en la operación.

A su parecer, si es posible identificar el monto de las apuestas y fortalecer el control, “el ocultamiento disminuye y, en consecuencia, se incrementan rentas para la salud, objeto esencial de las disposiciones que conjuran el Estado de Emergencia Social. Por tanto, la reforma legal prevista por el artículo 13 del Decreto 130 de 2010, referente a los mecanismos de cobro de derechos de explotación sobre juegos localizados, se encamina a esa identificación de los valores apostados, a través de mecanismos de conectividad que adicionalmente sirvan al control de la ilegalidad”.

3.1.18. Apuestas por eventos hípicas. Estos generan al año \$273 millones de pesos a la salud, teniendo en cuenta que solo opera un hipódromo en el país. Esta modalidad no tiene gran acogida inversionista debido a los grandes costos en infraestructura y crianza. Para incentivar esta clase de apuestas, el artículo 14 del Decreto 130 de 2010 “modifica la ley de régimen propio y señala unas condiciones de incentivo para las apuestas hípicas actuales y la entrada al mercado de nuevos operadores, con condiciones que les permita invertir y aportar más recursos a la salud, tales como contratos de concesión por un plazo de diez (10) años (antes era de 5), contratación a cargo de los Departamentos y el Distrito Capital, y parte de los derechos de explotación como propiedad de aquellos donde opere dicha modalidad de juego, entre otras medidas”.

3.1.19. El Decreto señala unas problemáticas específicas sobre las cuales se implementan medidas contra la ilegalidad. Están señaladas en los siguientes artículos:

Artículo 20: “Reafirma la exclusión de una serie de sorteos cuyo interés no atiende las necesidades del monopolio, pero al mismo tiempo los somete a unas condiciones rigurosas y específicas que dicte el reglamento, de manera que no se abuse de la excepción para amparar soterradamente práctica de juegos ilegales”.

Artículo 21: “La norma precisa sobre la exclusividad de los locales dedicados ala explotación de juegos localizados, para lograr así mayor eficiencia en la operación y hacer un control más eficaz, de suerte que al no poder existir elementos de juegos en establecimientos dedicados a otras actividades comerciales, se identifica claramente la ilegalidad en sitios que cuenten con otras actividades”.

3.1.20. Normas de administración y fiscalización. Indican que el objetivo del Decreto este sentido es el beneficio de la transparencia y la mayor obtención de rentas. Principalmente reafirma la administración de las rentas en las entidades territoriales (loterías y apuestas permanentes). También se involucra a la DIAN en la administración de las rentas que eran administradas por autoridades nacionales (artículo 23 Decreto 130 de 2010), esencialmente ETESA (en liquidación).

Los artículos 23 y 24 del Decreto 130 de 2010, establecen procedimientos y sanciones como herramientas para que las entidades territoriales y la DIAN controlen la evasión de los derechos de explotación, procurando una mayor exigencia en el urgente recaudo de las

rentas para la salud.

3.1.21. Acción Penal. El rigor penal se establece con el artículo 26 del Decreto, el cual prevé un incremento en la pena de prisión de seis (6) a ocho (8) años, y la multa de quinientos (500) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A su modo de ver, la suposición mencionada se justifica “por el carecer del bien jurídico tutelado, cual es la naturaleza pública de las rentas de la salud y su destinación a la prestación esencial del servicio público, amparo de un derecho colectivo y de un derecho fundamental por conexidad. Así, quien incurra en delito, se verá abocado a no tener beneficios de excarcelación, y deberá afrontar las consecuencias de su grave conducta”.

3.1.22. Respecto a la regulación del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, explican que con la Ley 643 de 2001 la regulación estaba repartida entre el Ministerio de Protección Social, el Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, y la Empresa Territorial para la Salud, ETESA. Señalan que el anterior esquema no permitía “una adecuada disposición institucional para la regulación del mercado y de la definición de políticas; tampoco permitía contar con mecanismos de regulación de la explotación, administración y operación de manera continua, en un mercado cuya dinámica e innovación es cada vez más profunda y extensiva a todas las modalidades de juegos”. Por lo anterior, se creó una Comisión de Regulación de Juegos de Suerte y Azar, prevista en los artículos 26 a 36 del Decreto 130 de 2010, los cuales desarrollan un marco institucional, organizacional y de gestión que genera mayor capacidad para la organización del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, lo que permite la optimización de recursos del monopolio destinados a la salud. Concluyen este aspecto al considerara que “ante la crisis financiera de las seguridad social en salud, y la denotada crisis que ha evidenciado la institucionalidad de la administración de juegos en el nivel nacional, concretamente la Empresa Territorial Para la Salud ETESA, cuya liquidación ya fue decretada, el surgimiento de la Comisión de Regulación de los Juegos de Suerte y Azar fortalece el monopolio, y da la solidez necesaria para la generación de las rentas que se procuran con las normas de emergencia”.

3.1.23. Finalmente, responden el cuestionario formulado por esta Corporación de la siguiente forma:

Pregunta 1:

“Las razones detalladas que expliquen por qué las medidas adoptadas en el Decreto legislativo 130 de 2010 contribuirán a superar la situación de insuficiencia de recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud y a garantizar el acceso de la población a los servicios de salud en el territorio nacional”

Señalan que el Decreto 4975 de 2009 indicó la necesidad de adoptar medidas necesarias para conjurar la crisis y así optimizar las fuentes de financiación y mejorar las condiciones de acceso y prestación de servicios al sistema de salud, más aún para la provisión de medicamentos no POS. Por lo tanto, las medidas contenidas en el Decreto 130 de 2010 son de gran importancia toda vez que buscan la financiación del sistema de salud, para conjurar la crisis por la que actualmente atraviesa.

Pregunta 2:

“Las razones por las cuales la reforma del régimen propio de juegos de suerte y azar contenida en el Decreto Legislativo 130 de 2010 tiene relación directa y específica con el Estado de Emergencia Social declarado mediante el Decreto 4975 de 2009”.

Indican que la respuesta se infiere de la pregunta anterior, pues las circunstancias que tienen a establecer la falta de recursos para el sector salud comprometen la sostenibilidad del sistema y por lo tanto el acceso a este derecho fundamental. Lo anterior no puede ser controlado con mecanismos ordinarios y requieren medidas urgentes de naturaleza legal.

Así pues, el monopolio rentístico de juegos de suerte y azar no puede ser ajeno a la crisis, pues existe la urgencia de generar más fuentes de financiación para el sector salud, por lo que se debe fortalecer en incrementar las rentas del monopolio con medidas tendientes a la disminución de la ilegalidad entre otras.

Pregunta 3:

“Las razones por las cuales las medidas adoptadas mediante el Decreto Legislativo 130 de 2010 están destinadas exclusivamente a conjurar el Estado de Emergencia Social declarado mediante el decreto 4975 de 2009 y a impedir la extensión de sus efectos, y no a cumplir otros propósitos”.

Como ya lo han mencionado, las medidas adoptadas en el Decreto 130 de 2010 se orientan a

“conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos, mediante la protección y optimización de recursos existentes y generación de nuevos recursos”.

Recuerdan que la existencia del monopolio y la destinación de sus rentas al sector salud evidencian la necesaria y permanente intervención del Estado en su organización y funcionamiento. Es por ello que el decreto 130 de 2010 se configura como una de las medidas necesarias para la mitigación de los hechos que generaron la emergencia social.

Pregunta 4:

“Por secretaría General de la Corte Constitucional, OFICIAR al Ministerio de la Protección Social para que, en el término de tres (3) días hábiles contados a partir de la comunicación de ésta providencia, explique ante es Corporación los efectos de las normas contenidas en el Decreto legislativo 130 de 2010, en términos de garantías de acceso de la población a los servicios de salud en el territorio nacional”.

Al respecto sostienen que “el Decreto 130 de 2010 tiene un talante integrador, _ropositivo y de fortalecimiento, de manera que no solo se procura la necesaria obtención de nuevas rentas, sino que se busca una urgente protección a las rentas actuales y su crecimiento, con cambios institucionales que involucran la organización, regulación, la fiscalización, el control y la lucha decidida contra la ilegalidad, entre otros”.

Por último, concluyen afirmando que todas las medidas adoptadas en el Decreto 130 de 2010 tienden a la obtención de mayores recursos para la financiación del sistema de salud y de esta forma “garantizar el acceso de la población a los servicios de salud”.

3.2.. Informe individual del Ministro de Hacienda y Crédito Público.

Estando también dentro del plazo concedido por el Auto de 1 de febrero de 2010, mediante memorial recibido en la Secretaría General de la Corte Constitucional el 5 de febrero del mismo año, el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, doctor Oscar Iván Zuluaga Escobar, procedió a dar respuesta a las solicitudes de información contenidas en el citado Auto de 1 de febrero de 2010. Lo hizo en los siguientes términos:

En lo relativo a los efectos presupuestales de las medidas adoptadas en el Decreto Legislativo 130 de 2010, el titular de la cartera de Hacienda reitera que el monopolio

rentístico de juegos de suerte y azar generará mayores recursos de los que actualmente se recaudan.

De acuerdo con las proyecciones presentadas en su escrito, el Ministro de Hacienda considera que para el primer año de adoptadas estas medidas en conjunto, se estima un monto cercano a \$100 mil millones adicionales para el sector salud, de los cuales \$27 mil millones se obtendrán de la recuperación del juego ilegal.

4. INTERVENCIONES.

4.1. Intervención del Departamento Nacional de Planeación.

El ciudadano Héctor Gustavo Ramírez Pardo, actuando en nombre y representación del Departamento Nacional de Planeación, interviene dentro del presente proceso con el fin de solicitar a esta Corporación que declare la exequibilidad del Decreto Legislativo 130 de 2010.

En sustento de la anterior petición expuso los siguientes argumentos:

4.1.1. En torno a los aspectos de forma, afirma que cumple los requisitos por cuanto:

“1. el decreto 130 de 2010 es un desarrollo de las causas invocadas en la declaratoria prevista en el Decreto 4975, tendiente a la solución de hechos distintos a aquellos que dan origen a la aplicación los artículos 212 y 213 ambos de la Constitución Política. De acuerdo con la motivación contenida en el decreto en análisis, los considerandos 2 a 11, se encuentran estrechamente asociados a los considerandos 5, 6, 7, 12, 13, 14 y 15 en cuanto a los hechos, y 38, respecto de las medida, del decreto de declaratoria, tema que se tratará con profundidad en el acápite siguiente.

2. de otra parte, fue expedido dentro del plazo que fijó aquel que declaró el estado de emergencia social, esto es, el día 21 de enero de 2010 y en desarrollo del mismo.

3. Se encuentra suscrito por el Presidente de la República en asocio de todos sus Ministros de Despacho o de quienes, en esa oportunidad, hicieron sus veces.

Adicionalmente, en el Decreto 130 de 2010 aparecen de manera explícita las razones orientadas a mostrar la pertinencia de las medidas en él adoptadas y la relación de conexidad que las mismas tienen con la crisis que motivó la declaratoria del estado de

emergencia social”.

4.1.2. Por otro lado, se refiere al aspecto de fondo, no sin previamente realizar un análisis juicioso y extenso del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en el cual, de acuerdo a los antecedentes constitucionales del mismo, la necesidad de las EPS, los distintos regímenes de salud, etc.

Continúa su intervención indicando que para el año 2009, el Gobierno nacional detectó una serie de fallas estructurales en cuanto a la financiación del Sistema de Salud, por cuanto grandes proporciones del presupuesto que normalmente tenían otros fines, terminaron soportando económicamente las prestaciones no incluidas en los planes de beneficios.

Indica que anteriormente, en la forma de financiación del sistema de salud. No estaba incluida la prestación de servicios diferentes a los que integran el Plan Obligatorio de Salud. No obstante, en sede constitucional¹¹, surgió la cobertura denominada “No - POS”, la que se ha convertido en una de las principales amenazas a la sostenibilidad financiera del sistema. Al respecto señalan que durante el año 2008 “se radicaron ante el FOSYGA un total de 1.657.461 recobros por valor de \$1.759.402.261.989. De este total, 817.757 recobros se presentaron por Medicamentos No POS, por la suma de \$719.881.952.803,48, de los cuales se han pagado \$585.148.340.366,36 correspondientes a 665.921 recobros. Por tutelas, se recibieron 839.704 recobros por valor de \$1.039.529.039.185, 76 y se han pagado \$622.583.914.160,67 correspondientes a 480.803 recobros”.

Sostiene que las entidades territoriales también se han visto afectadas con el incremento desmesurado de la atención en servicios No Pos, puesto que con la ley 715 de 2001, son ellas quienes deben cubrir los costos de los servicios por fuera del plan de beneficios del régimen subsidiado. Esta situación permite concluir que “el déficit que en la actualidad presentan las Entidades Territoriales, además de poner en riesgo la continuidad de la prestación del servicio de salud, afecta el flujo de recursos hacia las instituciones prestadoras de servicios y las entidades promotoras de salud del régimen subsidiado, conllevando su iliquidez y la afectación del goce efectivo del derecho a la salud de la población a su cargo”.

4.1.3. Entrado en materia, expresa que en el monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, la destinación está dada a la esencial financiación de los servicios de salud, lo cual hace necesario la constante intervención del Estado en su organización y financiamiento, en

procura de fortalecer las rentas e impulsar su crecimiento. Por lo tanto, menciona que “ante la necesidad de ajustes legales en el régimen monopolístico que permitan atender la urgencia que representa la ocurrencia de situaciones graves y excepcionales que ponen en riesgo la prestación misma del sistema de salud, principalmente por situaciones financieras y deficitarias en el sistema, tiene asidero la declaratoria de Emergencia Social, tal como ocurrió con la expedición del Decreto 4975 de 2009” .

4.1.4. Ahora bien, en cuanto a la relación de conexidad y especificidad entre las medidas adoptadas por el Gobierno y la crisis que originó el estado de emergencia social, sostiene que el Decreto 130 de 2010 lo que pretende es “adoptar normas relativas a la protección y optimización de recursos existentes y a la generación de nuevos recursos”, todo ello necesario para conjurar los hechos que motivaron la declaratoria de emergencia social y “para una maximización de la actividad monopolística que permita un efectivo cumplimiento de su cometido constitucional”. Además, hacen de la regulación del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar una de las rentas indispensables previstas constitucionalmente para financiar la salud. El Decreto 130 de 2010 no solo busca obtener nuevas rentas, sino proteger y acrecentar las actuales, realizando cambios que involucren organización, regulación, fiscalización control y lucha contra la ilegalidad.

4.1.5. Artículos 1 al 8 (flujo de recursos).

Están dirigidos a la identificación de algunas rentas destinadas a la salud pero que se encuentran en espera de definiciones jurídicas, con el fin de liberarlas en el menor tiempo posible y así contribuir al flujo de recursos a los servicios de salud en el régimen subsidiado y en la atención de servicios excepcionales de salud (no POS).

Las medidas adoptadas por el Decreto 130 de 2010 liberarían en materia de premios aún no cobrados por apostadores, alrededor de \$49.036 millones de pesos, concentrados fundamentalmente en el juego de lotería y Superastro y Baloto.

Además de lo anterior, señalan que “el control a la ilegalidad y la promoción y creación de nuevos juegos, responde a los presupuestos de la emergencia social, en procura de consolidar los recursos actuales y obtener fuentes diferentes y adicionales de financiación”.

Aclaran que “Frente al Estado de emergencia social, la respuesta de obtención de mayores

rentas cumple a cabalidad con la conexidad, responde a la necesidad de solución a la crisis que la ocasionó y está inexorablemente destinada a conjurar la situación que originó la declaratoria”.

La emergencia social generó la necesidad de financiar prestaciones no cubiertas por el plan obligatorio de salud, lo cual exigió un cambio en la estructura de la distribución de las rentas, “sumado a la necesidad de mayor capacitación al personal médico, como actor fundamental de calidad en el sector salud, pero también como actor de objetividad en la prestación asistencial, en procura de evitar desviaciones que no responden a criterios médicos y generen sobrecostos justificables en el sector”.

Otra forma de relación directa y específica con el estado de emergencia es “unificar las participaciones de Subsidios a la Demanda (Régimen Subsidiado) y de prestación de servicios de salud a la población pobre no afiliada y eventos No POS-S en una sola destinación previendo una transformación progresiva hacia la demanda”.

De otro lado, indican que con la creación del Fondo de Capacitación de los Profesionales de la Salud, se permita la formación de los profesionales en dicha área de acuerdo a las necesidades requeridas en el país, lo cual tiene relación directa y específica con el Estado de Emergencia Social.

4.1.6. Artículos 9 al 15 (Fortalecimiento del Monopolio para la eficiencia y generación de rentas).

En general, afirma que “Con estas disposiciones se espera que las loterías que actualmente operan busquen modelos de eficiencia en la operación que arrojen mayores réditos para la salud. Así mismo, se busca que los 17 departamentos que actualmente no operan el derecho, lo hagan en términos de eficiencia y productividad, volviendo a generar rentas para la cobertura del régimen subsidiado y para las prestaciones no cubiertas en el plan de beneficios, cuya desfinanciación generó la crisis y la consecuente emergencia social”.

Por lo tanto, se busca disminuir la subjetividad en el señalamiento de los valores contractuales, mitigando el riesgo de corrupción posible en el mercado, protegiendo la renta y potenciando su necesario crecimiento.

4.1.7. Artículos 16 a 28 (Control a la ilegalidad y fiscalización).

Establecen directrices para que entidades como la DIAN controlen la evasión de los derechos de explotación, procurando una mayor exigencia en el urgente recaudo de las rentas para la salud y su destinación a la prestación esencial del servicio público, amparo de un derecho colectivo y de un derecho fundamental por conexidad.

4.1.8. Artículos 29 a 35 (Regulación del monopolio rentístico).

Sobre estos artículos, señala que “la potestad regulatoria en el monopolio rentístico de juegos de suerte y azar constituye la forma de optimización y mayor gestión para la generación de recursos para la salud, máxime que la interacción de distintos actores, como administradores y operadores, y la dinámica expansiva de los juegos, hacen necesaria una intervención permanente en los mercados y en las reglas y políticas de explotación, administración y operación”

4.1.9. Finalmente manifiesta que “Existe una relación directa y específica con una de las situaciones que determinó la declaración de la emergencia, cual es la escasa financiación del sector de la salud, y redundan en mayores recursos para colaborar con garantizar el acceso de la población a los servicios de salud en el territorio nacional. Adicionalmente, tienen un talante integrador, propositivo y de fortalecimiento, de manera que no solo se procura la necesaria obtención de nuevas rentas, sino que se busca una urgente protección a las rentas actuales y su crecimiento, con cambios institucionales que involucran la organización, regulación, la fiscalización, el control y la lucha decidida contra la ilegalidad, entre otros”.

1. Informe individual del Ministro de la Protección Social.

Fuera del plazo concedido por el Auto de 1 de febrero de 2010, el señor Ministro de la Protección Social, doctor Diego Palacio Betancourt, procedió también a dar respuesta individual a las solicitudes de información contenidas en el citado Auto de 1 de febrero de 2010.

No obstante, el contenido del respetivo memorial de respuesta individual, el Ministro de la Protección Social indica que el documento es un recuento de lo reseñado ad supra en el numeral 3.1, de esta providencia, en donde intervino conjuntamente con el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República, doctor Edmundo del Castillo, por lo cual se hace innecesario volver a resumir ahora sus contestaciones.

1. Intervención del ciudadano Carlos Eduardo Peña.

1. Intervención de los ciudadanos investigadores del Grupo de Protección Social del Centro de Investigaciones para el Desarrollo -CID de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Colombia.

El Centro de Investigaciones para el Desarrollo de la Universidad Nacional de Colombia, a través de su director, Jorge Iván González Borrero, interviene dentro del presente proceso con el fin de “aportar elementos técnicos para evaluar las consecuencias de los decretos expedidos a la luz de la Emergencia Social”. En tal sentido, expresan lo siguiente:

Indican que es necesario proponer una nueva organización del sistema de salud, por cuanto los decretos de emergencia social resultan perjudiciales para el sistema de seguridad social en salud que actualmente rige en Colombia y más aún, teniendo en cuenta las razones el Gobierno, quien manifiesta que no había suficiente respuesta frente a la demanda de servicios no POS.

De otro lado señalan que la declaratoria de emergencia social “es equivocada e inconstitucional”. Además, que la falta de recursos para el sistema tiene origen en tres decisiones políticas que ha hecho inviable el sistema: “La primera fue la flexibilización laboral y la precarización del empleo que comenzó con la Ley 50 de 1990 del presidente Gaviria. Esta tendencia, profundizada por el actual gobierno, ha producido un estancamiento de la afiliación al régimen contributivo en un 39% y de los recursos de solidaridad que apoyen el régimen subsidiado”. La segunda, se trata de “la inversión de la inversión de los recursos del Fosyga en títulos de deuda pública o TES, supuestamente como ahorro o previsión(...). Esta

decisión retrasa el flujo de recursos , e incrementa los rendimientos del sector financiero.”, y en tercer lugar, “la disminución de recursos a los entes territoriales generada por las dos reformas consecutivas al sistema de transferencias, la primera en 2001, impulsada por el presidente Pastrana y su Ministro de Hacienda Juan Manuel Santos, y la segunda en 2007, a cargo de la administración de Uribe”.

También sostiene que las medidas adoptadas ante la grave situación de ingresos, como aumentar los impuestos a la cerveza, el cigarrillo y los juegos de azar, “pasa por encima del Congreso, de manera abusiva, tanto como se hace con las restricciones del plan obligatorio, y es así porque tales medidas no lograrían pasar el primer debate en ambas cámaras, por lo que se acude intencionalmente a la Emergencia Social”.

Concluyen afirmando que “Si se quiere superar el problema estructural del actual sistema, es necesario desarrollar un amplio debate nacional, y construir en medio de acuerdos políticos fuertes y legítimos, un nuevo arreglo institucional. El sentido del cambio debe comenzar por separar el derecho de la capacidad de pago y ligarlo a la condición de ciudadano o ciudadana. Esto es posible si se construye una nueva forma de financiamiento, que permita des-mercantilizar la salud y concentrar los recursos en la prevención y la mejor atención de las necesidades. En tal sentido, la integración de un fondo público único que recoja los recursos de cotizaciones con los de impuestos, para ofrecer una verdadera cobertura universal, es el primer paso. La administración de los recursos debe ser territorial, y la prestación mixta. De predominio público, fuertemente apoyada en la red hospitalaria pública, pero en el marco de un nuevo modo de atención y que privilegie la promoción de la salud, la prevención de la enfermedad, la atención integral y la participación efectiva de la población. Muchos países han demostrado que esto es posible, a menor costo y con mejores resultados. Además un sistema de este tipo se puede articular mejor a otras políticas de protección social, de salud y de mejoramiento de la calidad de vida de las personas”.

1. Intervención de la Facultad Nacional de Salud Pública de la Universidad de Antioquia.

El ciudadano Álvaro Cardona, decano de la Facultad Nacional de Salud Pública de la Universidad de Antioquia, junto con otros docentes de la misma dependencia, intervienen dentro del presente proceso con el fin de solicitar a esta Corporación que declare

inconstitucional la emergencia social establecida mediante el Decreto 4975 de 2009, lo que por consecuencia, se extiende al Decreto 130 de 2010, al ser una de las medidas que se derivan de aquel. Expone sus argumentos en la siguiente forma:

Dirige su intervención a identificar, dentro de un estudio juicioso, las falencias estructurales del actual Sistema General de Seguridad Social en Salud. Por lo tanto, su contenido no está directamente relacionado con el Decreto 130 de 2010, objeto de estudio en esta oportunidad, sin embargo, con el fin de precisar los puntos relevantes del escrito, en cuanto a la emergencia social, se procederá a citarlos textualmente para una mejor comprensión:

“1. No es cierto como se pretende en la declaratoria de la emergencia social que la salud enfrenta una crisis súbita y coyuntural. Los problemas del SGSSS son estructurales y de larga data. La reciente crisis de liquidez es una más de las crisis sociales e institucionales que el sistema ha generado en los últimos años desde su implantación, amparado en una política gubernamental que se ha centrado en desarrollar y mantener un negocio rentable alrededor de la enfermedad, que ha sido incoherente tanto con los principios constitucionales como con los fundamentos filosóficos de la salud pública.

2. La crisis de liquidez que argumenta el Gobierno para sustentar la emergencia social es producto de fallas estructurales del sistema: fundamentación del modelo en supuestos más que en evidencias; ineficiencia de las transacciones; falta de control estatal sobre la intermediación y aplicación de los recursos; inoperancia de una política regulatoria de precios para medicamentos, tecnologías y procedimientos y desarticulación de los servicios, Es también producto de una escasez ficticia generada por el manejo de una política social que privilegia otros gastos y que ha eximido de impuestos a los grupos económicos más poderosos.

3. Más allá de su dimensión financiera, el SGSSS presenta fallas estructurales de inconveniencia social que fueron ignoradas por el Gobierno en su declaratoria de emergencia social: predominio de una racionalidad económica sobre otros criterios de política sanitaria; generación de barreras de acceso al servicio; vulneración del derecho fundamental a la salud; deterioro de la calidad del acto médico; debilitamiento de la autoridad sanitaria; deterioro de la salud pública y ausencia de un sistema de información que fundamente las decisiones de política.

4. Las medidas fijadas por el Gobierno en los decretos de emergencia social no apuntan a la problemática estructural del sistema, aún tienen un alcance limitado frente a los problemas de liquidez, no son sostenibles en el tiempo y generan problemas adicionales para la población.

5. La última de las crisis del SGSSS que dio lugar al decreto 4975 de 2009 por el cual se declara la emergencia social, constituye solo otra expresión de la larga serie de inconveniencias sociales generadas por el modelo de gestión sanitaria adoptado por el país y por la política social del Gobierno desde hace varios años, cuya aparición era una consecuencia fácilmente previsible que el ejecutivo pudo intervenir por la vía ordinaria, con la participación de la sociedad civil y en coordinación con los organismos de control. En tal sentido, la situación descrita en el dicho decreto no se asimila a la condición de evento sobreviniente y excepcional y por lo mismo no puede ampararse en el artículo 215 de la Constitución . Tratándose de una de las manifestaciones de un procesos estructural que requiere soluciones integrales y de fondo, el Gobierno debió acogerse a los mecanismos democráticos establecidos por la Constitución y el Estado Social de Derecho”.

1. Nueva intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Daniel Mendoza Burgos, en su calidad de Asesor del Despacho del Ministro de Hacienda y Crédito Público, facultado mediante Res. 2231 del 19 de agosto de 2009 expedida por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, interviene dentro del presente proceso con el fin de solicitar a esta Corporación que declare EXEQUIBLE el decreto 130 de 2010. La solicitud se basa en los siguientes argumentos:

Indica, como otros intervinientes, que una de las causales para decretar la emergencia social, fue la debilidad e insuficiencia de los recursos para la seguridad social en salud, por lo tanto, hacen del monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar un actor importante, cuyo aporte ayuda a evitar la parálisis del servicio.

Así, el Decreto 130 de 2010 tiene un carácter “integrador, propositivo y de fortalecimiento, de manera que no solo se procura la necesaria obtención de nuevas rentas, sino que se busca una urgente protección a las rentas actuales y su crecimiento, con cambios

institucionales que involucran la organización, regulación, la fiscalización, el control y la lucha decidida contra la ilegalidad, entre otros”.

Transcribe en su totalidad las consideraciones que se tuvieron en cuenta para la expedición del Decreto 130 de 2010, de las cuales concluye que tienen relación directa y específica con el Estado de Emergencia Social, declarado mediante Decreto 4975 de 2009.

Entonces, señala que ante la necesidad de garantizar el efectivo goce del sistema de salud por parte de los afiliados a través de una mayor fuente de financiación, lo cual tiene una relación directa y específica con el Estado de emergencia Social declarado mediante el Decreto 4975 del 2009, cuyas medidas fueron concebidas exclusivamente para conjurar dicha situación e impedir su prolongación. Las razones de lo anterior, las expone de la siguiente forma:

“- Ante la urgente necesidad de garantizar el goce efectivo del derecho a la salud y hacer frente a la grave amenaza de iliquidez y sostenibilidad en el Sistema, entre otras medidas, a través de la búsqueda de flujo, la consolidación y obtención de mayores rentas, el Gobierno Nacional por medio del Decreto 4975 del 23 de diciembre de 2009, consideró esencial la declaratoria de la Emergencia Social en los términos y límites indicados en el artículo 215 de la Constitución Política, y atendiendo las exigencias previstas en la ley 137 de 1994.

- Las circunstancias que constituyen la agravación de una tendencia a la falta de flujo de recursos y financiación, comprometen la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social en salud, y por ende, el acceso efectivo a ese derecho colectivo que por conexidad es fundamental, situaciones graves que no pueden ser controladas mediante mecanismos ordinarios y requieren medidas urgentes de naturaleza legal. Así, resulta imperativo construir las barreras y diques que prevengan la parálisis en los servicios y permitan aminorar los efectos de los daños que hasta hoy se vienen aconteciendo en el sistema.

- Ante la coyuntura actual del sistema general de seguridad social en salud en Colombia, la institucionalidad creada para la explotación, administración y operación de los juegos de suerte y azar no se puede sustraer de la crisis financiera que afronta el sistema, de manera que, ante la urgencia de consolidar las rentas existentes para la salud y de generar nuevas fuentes de financiación, se deben buscar espacios que permitan fortalecer e incrementar las rentas del monopolio, a través de medidas que, entre otras, estén dirigidas a la disminución

de la ilegalidad, a la organización regulatoria que generen confianza en el mercado y al incentivo de distintas modalidades de juegos o de su operación, medidas que requieren de urgentes reformas sustantivas en el régimen legal del monopolio y que desbordan la capacidad reglamentaria del ejecutivo.”

Ahora bien, en cuanto a la constitucionalidad del Decreto 130 de 2010, respecto de los requisitos formales para su expedición, asegura que éste se ajusta a lo establecido en el artículo 215 de la Constitución Política, por cuanto fue expedido por el Presidente de la República con la firma de todos los ministros; fue expedido en el marco de la emergencia con la finalidad de conjurar la misma y evitar la extensión de sus efectos y fue remitido a la Corte Constitucional para su estudio correspondiente.

Respecto de los principios establecidos en el artículo 9 de la ley 137 de 1994, se propone explicar cada uno de ellos en la siguiente forma:

Principio de Finalidad: “En el caso específico del Decreto 130 de 2010, es claro que se da cumplimiento a este presupuesto en la medida en que, efectivamente, su finalidad es la de conjurar las causas de la crisis que da lugar a la declaratoria de la emergencia social, tal y como se estableció desde los considerandos del decreto 4975 de 2009”.

Principio de Necesidad: “Se refiere a que los decretos legislativos deben expresar en forma clara las razones por las cuales, cada una de las medidas adoptadas es necesaria para alcanzar los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción”¹². Indica que su explicación en párrafos anteriores, al referirse a las causales del Decreto 130 de 2010.

Principio de Proporcionalidad: “También en este punto el Ministerio de Hacienda y Crédito Público considera que el Decreto 130 de 2010 se ajusta a los lineamientos constitucionales y legales, pues dada la ampliamente conocida gravedad de la situación que dio origen a la emergencia social la adopción de medidas como las establecidas en el Decreto 130 de 2010 resulta perfectamente razonable, es más, necesaria para conjurar la crisis y evitar la extensión de sus efectos a través de la consecución de nuevos recursos(...)”.

Indica que el presente decreto no suspende derechos o libertades, no interrumpe el funcionamiento de las ramas del poder y no suprime organismos ni funciones básicas de investigación o juzgamiento.

Finalmente, sostiene el Ministerio de Hacienda, que con las medidas adoptadas se proyecta para el primer año una suma cercana a los \$100 mil millones adicionales para el sector salud, de los cuales \$27 mil millones provendrían de las gestiones de recuperación del juego ilegal.

4.7. Intervención de la Federación Colombiana de Municipios.

El ciudadano Gilberto Toro Giraldo, actuando como representante legal de la Federación Colombiana de Municipios, interviene para solicitar a esta Corporación la declaratoria de inexecutable del Decreto 130 de 2010, lo cual sustenta de la siguiente forma:

Por otro lado, afirma que el incremento en la demanda de los servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del régimen subsidiado, “no se puede calificar de sobreviniente. Que no se consideraron en la Ley 100 de 1993 no es argumento válido, dado que esta ley ha sufrido modificaciones, entre ellas las introducidas por las leyes de los Planes de Desarrollo en las que se adoptó como meta la cobertura del 100%, el mejoramiento de la calidad de los servicios y la nivelación de los planes de beneficio para todos.”

Así mismo, los problemas que motivan la declaratoria de emergencia social, ya estaban planteados por el Gobierno Nacional en los últimos seis años. Entonces “resulta insostenible que ahora se presenten como hechos sobrevivientes no previsibles para sustentar la declaratoria de emergencia. Si tal conjunto de situaciones pueden generar una situación de calamidad pública, pues estamos en ella desde 2001. Resulta oportuno señalar condiciones en las que ha operado el Sistema General de Seguridad Social en Salud como novedosas y de inminente calamidad, para declarar el Estado de Emergencia Social”.

Continúa, manifestando que la totalidad del articulado del Decreto 130 de 2010 no contiene una conexión lógica entre la situación a resolver y la medida de emergencia, por cuanto la emergencia “se sustenta en la acumulación de cuentas por pagar por los servicios No POS generada en un crecimiento abrupto de la demanda de este tipo de servicios, lo que en conjunto ha llevado el déficit de los departamentos y distritos a niveles insostenibles. Para

conjurar esta situación se decreta una extensa reforma el régimen de monopolios de juegos de suerte y azar en el que gran parte de las disposiciones son procedimientos que no contribuyen de manera directa a resolver la problemática que se invocó como sustento de la declaratoria del Estado de Emergencia”.

Finalmente indica que “Ninguno de los considerando de la declaratoria del Estado de Emergencia Social, hacen referencia a las condiciones de operación de los juegos de suerte y azar, a la comercialización y explotación de loterías, ó a la operación de juegos localizados.

Tampoco se menciona al Consejo nacional de Juegos de Suerte y Azar como protagonistas de la crisis y menos aún que estén directamente relacionados con la adecuada atención en salud a la población pobre.

(...)

Estos artículos introducen reglas que no son necesarias para conjurar la crisis, no son pertinentes, no guardan proporcionalidad con la gravedad de los hechos, y no tienen relación de finalidad suficiencia y eficiencia para superar los problemas que se invocan y que materializan la crisis, y menos aún aportan para evitar la extensión de sus efectos”.

4.8 Intervención de la Federación Colombiana de Juegos de Suerte y Azar – FECEAZAR.

El ciudadano Baltasar Medina, en su calidad de presidente y representante legal de la Federación Colombiana de Empresarios de Juegos de Suerte y Azar – FECEAZAR, interviene dentro del presente proceso para solicitar a esta Corporación que declare inexecutable la totalidad del Decreto 130 de 2010, fundamentado en los siguientes argumentos:

Sostiene que la expresión “de iniciativa gubernamental” contenida en el artículo 336 de la Constitución Política, significa que es el Ejecutivo quien debe presentar el proyecto de ley ante el Congreso y es éste último el que en forma exclusiva determina los aspectos relativos a la organización del monopolio, por lo tanto, “el Gobierno Nacional no lo puede asumir a través de la declaratoria de estados exceptivos consagrados en la Carta Política, pues estaría vulnerando al mismo Constituyente cuando determinó la competencia, privativa por parte del legislador en los términos del artículo 336”.

Por lo tanto es claro que solo a través de un proyecto de ley que se tramite ante el Congreso

de la República, es posible modificar, desarrollar y regular el monopolio estatal de los juegos de suerte y azar.

4.8.1. Indica que este decreto es una copia en gran parte de los siguientes proyectos de ley, presentados por el Gobierno Nacional desde el año 2003, en busca de reformar la ley 643 de 2001: 125 de 2003 Cámara; 136 de 2003 Senado; 182 de 2006 Cámara; 194 de 2007 Cámara; 235 de 2008 Senado; 265 de 2009 Cámara; 256 de 2009 Senado; 004 de 2009 Cámara y 138 de 2009 Senado.

De lo anterior, concluye que “el decreto 130 de 2010 jamás podría considerarse producto de una medida exceptiva, ni tampoco inmerso en una circunstancia sobreviniente, por tanto, mal podía el Gobierno en retaliación al Legislativo materializar reformas que no se lograron concretar a través de una ley, pues constituye una regulación que vulnera la función limitante de los distintos órganos que integran las ramas del poder público y los procedimientos ordinarios para la materialización de una reforma legal”. Con esto, no solo se viola el artículo 215 de la Constitución Nacional, sino que también el principio de la separación de poderes, suplantando funciones legislativas.

4.8.2. Sostiene que los cinco primeros considerandos del Decreto 130 de 2010 no tienen relación alguna con lo desarrollado posteriormente en su articulado. Además, “Tampoco es el decreto la respuesta correctiva y conexas para superar la presunta crisis sobreviniente, jamás puede considerarse el mismo como la respuesta exclusiva para solucionar fallas del sistema de salud, que poco tiene que ver con la renta, pues la organización, administración y operación de los juegos son pilares que fundamentan el soporte de una Industria de los Juegos, que a diferencia de los que plantea el Gobierno Nacional ha presentado desde su formalización importantes aumentos en la contraprestación que se entrega al sector salud”.

No se explica como un problema estructural del sistema de salud, que viene presentándose desde la expedición de la ley 100 de 1993, puede ser solucionado con un decreto que regula materias exclusivas y relativas a conceptos que fija la Constitución Política en temas de monopolio de juegos de suerte y azar.

A modo de conclusión señala:

“1. Las disposiciones concernientes al monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar no

han sido afectadas por acontecimientos “emergentes” o “sobrevinientes” como lo exige la Carta Política para que proceda esta clase de medidas apoyadas en la declaratoria de una “Emergencia Social”.

2. Los fenómenos aducidos en los considerandos del decreto 130 de 2010 para justificar las medidas de la emergencia son, distintos a las razones que ha expuesto el Gobierno nacional en el Congreso para el debate de reforma a la ley 643 de 2001, por lo que no debió incluirse a través de este mecanismo una reforma sustancial al régimen de juegos sin consultar con la corporación de elección popular que es la única que posee por mandato constitucional la facultad de introducir variaciones al monopolio.

1. Los temas de control que se plantean en el decreto 130 de 2010 son una respuesta a la ineficiente capacidad de vigilancia y corrección de la ilegalidad por parte del Estado para asegurar el aumento de los recursos a la salud”.

4.9. Intervención de la Empresa Territorial para la Salud en liquidación - ETESA.

El representante legal de ETESA en liquidación, César Augusto Torres Suescún, interviene dentro del proceso con el fin de solicitar la exequibilidad del Decreto 130 de 2010, para lo cual expone los siguientes argumentos:

Sostiene que ante la poca fluidez de recursos para el sector salud, el decreto 130 de 2010 ofrece una alternativa segura para fortalecer la eficiencia y generación de rentas destinadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Así mismo, el decreto 130 de 2010 refuerza los mecanismos de control de ilegalidad y de fiscalización que de una forma más amplia y concreta a la establecida en la Ley 643 de 2001, la cual regula el monopolio rentístico de juegos de suerte y azar.

Finalmente, manifiesta que el mencionado decreto es necesario para obtener la seguridad necesaria en el desarrollo del monopolio, así como para garantizar el normal recaudo de los recursos que son transferidos a título de derechos de explotación, los cuales se destinan para cubrir los servicios de salud.

1. . Intervención de la Federación de Loterías de Colombia.

La ciudadana Luz Stella Cardona Meza, presidenta de la Federación de Loterías y Entidades Públicas de Juegos de Suerte y Azar, interviene para aportar el análisis que de cada uno de los artículos de la emergencia social hacen de la siguiente forma:

Inicia manifestando que el Decreto 130 de 2010 permite obtener mayores recursos que una vez aportados a la financiación de la salud, ayudarán a superar la crisis actual del sistema.

Del artículo 1º señala que determina un mayor giro de recursos para la salud pero en corto plazo, lo cual se dificulta en la transferencia de cifras puesto que el monto de la misma a partir del corte a 2008 no será la misma, por lo que su impacto no se podrá ver a largo plazo.

En el artículo 2º sostiene que no está relacionado directamente con la emergencia social en cuanto a la generación de mayores recursos para la salud. Para el artículo 3º menciona que genera mayores recursos para el monopolio de juegos de suerte y azar pero no para la financiación de la salud.

En adelante, sobre los artículos 4 hasta el 16 presenta una interpretación de acuerdo a lo favorable o no que puede traer para la financiación del sector salud. Así, por ejemplo para el artículo 9 señala que no tiene que ver con la emergencia social por cuanto está relacionado con disposiciones del sector de juegos de suerte y azar y que vuelve más gravosa la situación para quien quiera tercerizar los juegos en Colombia. En general, se encarga de exaltar las falencias de cada artículo, por lo cual en la mayoría de casos señala que no existe una relación directa con la emergencia social o que ya fue regulado en otra disposición.

Finalmente, de los artículos 16 al 35, considera que no están relacionados con la emergencia social.

1. Intervenciones Ciudadanas.

4.11.1. El ciudadano William Alfonso Cuervo Terán, señala que el Decreto 130 de 2010 no conjura de inmediato la grave crisis de viabilidad del Sistema de Seguridad Social en Salud. Además, que acabar ETESA con el Decreto 175 de 2010, por las advertencias de corrupción hechas previamente, no constituye un hecho sobreviniente, por lo cual el Gobierno nacional disponía del tiempo y los mecanismos necesarios para evitarlo.

Sostiene que el decreto 130 de 2010 acabará con los empresarios de juegos localizados. Concluye al señalar que el decreto 130 de 2010 no conjura la crisis sino que por el contrario la empeora, pues las empresas de juegos quebrarían y por lo tanto dejarían de aportar a la salud.

4.11.2. El ciudadano Jorge Enrique García Ríos, solicita declara inexequibles todos los decretos expedidos en el marco de la emergencia social, al considerar que vulnera los artículos 48, 49 y 86, entre otros, de la Constitución. Relata la grave situación por la que pasó su difunto padre al no contar con asistencia médica de calidad durante los últimos días de su vida. También relata su propio caso en donde manifiesta que se sostiene con una exigua renta vitalicia de menos de 2 salarios mínimos. Ante esta situación, resalta lo precario del actual sistema de salud y la ineficacia de los decretos recientemente expedidos para conjurar la crisis que generó la emergencia social.

4.11.3. La Comunidad ante las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado de la ciudad de Bogotá D.C., solicita Audiencia Pública ante esta Corporación con la “PRESENCIA DEL PRESIDENTE, Y TODO SU GABINETE, Y LOS MIEMBROS DE JUNTAS DIRECTIVAS REPRESENTANTES DE LA COMUNIDAD, ACOPAÑADOS DE SU COMISIÓN JURÍDICA, TÉCNICA, ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA, PARA LLEVAR A CABO LA REVISIÓN DE LOS ARTÍCULOS DE LOS DECRETOS QUE NO PUEDEN SER POSIBLES”.

4.11.4. La ciudadana Eugenia Vanegas Castro, en representación del fondo de empleados FEMFUTURO, integrado por los 4500 empleados de GANA S.A., indica que al ser una organización compuesta en un 80% por mujeres madres cabeza de familia que devengan un salario mínimo, los decretos expedidos por el Gobierno Nacional los afectaría de tal manera que se daría un recorte de personal, los excedentes que se generan se disminuirán considerablemente y por lo tanto afectaría el desarrollo de obras de servicio comunitario.

4.11.5. La ciudadana Gloria Elena Ruiz Montoya, actuando como Directora Ejecutiva de

FUNDAGANA, indica que con el decreto 130 de 2010, se verá afectada la primera infancia pues muchos niños no podrán acceder a la formación integral que brinda la Fundación; además, habrá un incremento significativo en el desempleo, especialmente en las asesoras comerciales, quienes en la mayoría son madres cabeza de familia y devengan un salario mínimo, y por último, se afectarán las comunidades más vulnerables que se benefician de la gestión social de la Fundación.

4.11.6. El ciudadano Miguel Ángel Echeverri Chavarriaga, director ejecutivo de ACOPI-Antioquia, indica que el decreto en mención afectará el presupuesto de productos, generando un impacto negativo, por cuanto las empresas reajustarán sus estructuras eliminando la mano de obra y la reducción sustancial para los recursos de salud.

4.11.7. La ciudadana Luz Miryam Jacqueline Guzmán Restrepo, representante legal de Golden Game y Cía. Ltda., señala que mediante el decreto de Emergencia Social, el Gobierno aumentó el IVA del 5% al 16%, impuesto que los empresarios de juegos de suerte y azar han venido asumiendo como un costo, teniendo en cuenta que este no se le puede trasladar al operador, lo cual perjudica gravemente la empresa a la cual gerencia por cuanto solo favorece a las grandes casas de apuestas.

4.11.8. El ciudadano Carlos Eduardo Peña indica que los decretos de emergencia social favorecen sólo a las EPS, frente a lo cual, relata el caso de su difunta madre, en donde a pesar de existir dos fallos de tutela a su favor, murió, de lo cual culpa a la Nueva EPS.

4.11.9. La Cooperativa Nacional de Odontólogos pone sus servicios a disposición de esta Corporación con el fin de “apoyar la elaboración de los lineamientos de las guías de atención en el área odontológica para el POS y los proyectos a desarrollar dadas las condiciones de la emergencia social”.

4.11.10. La señora Nidia Gutiérrez interviene para manifestar su desacuerdo con el decreto de emergencia social, por cuanto fue elaborado sin la participación de pacientes y el poder legislativo.

4.11.11. El ciudadano Carlos Martín Ocampo, actuando como representante legal de la sociedad comercial El Gran Acierto Ltda., señala que con el decreto 130 de 2010, no se explica “porque si se establece un incremento del 4%, o sea del 1% preexistente a 5%, se

está hablando de adicionar a los derechos de explotación, por concepto de gastos de administración, se incluya el concepto o criterio de favorecimiento a la concesión de apuestas permanentes en un 3% cuando precisamente las apuestas permanentes son las que cancelan un menor porcentaje de derechos de explotación frente a las rifas, juegos novedosos y otros, o sea las rifas cancelan el 14% los juegos novedosos el 17% y las apuestas permanentes el 12%”.

4.11.12. El ciudadano Héctor Julio Acero Hernández, representante legal de la sociedad Cirsa de Colombia Ltda., solicita a esta Corporación tomar las medidas necesarias para ejercer control sobre los operadores de juegos ilegales y la autorización masiva de juegos localizados y clasificar los juegos localizados por operador, todo ello con el fin de poder seguir operando.

4.11.13. El ciudadano Juan E. Holguín, representante legal de Algazar S.A., considera inconstitucionales los Decretos 127 y 130 adoptados dentro de la emergencia social como medidas complementarias, ya que su aplicación afecta de manera directa a sectores productivos como el de los juegos de suerte y azar, y por el contrario, no se cumple el objetivo de garantizar la financiación. Además, en su contenido expresan una cosa, pero el Gobierno los interpreta de otra forma, por lo tanto hay confusión en cuanto a su debida aplicación.

4.11.14. Los representantes de los pensionados agrupados en el Comité de acción Unitaria de los Pensionados y Ex trabajadores de las Comunicaciones CAUPEC, consideran que “las soluciones económicas establecidas en los decretos afectan los principios sociales y democráticos; temas como la obligatoriedad de financiar la salud con las cesantías o con créditos especiales van en contra de los derechos fundamentales como la salud”.

4.11.15. El ciudadano Alberto Rivera Vergara, representante legal de CARJUEGOS S.A., manifiesta que no es justo el aumento exagerado del 5% al 16% de un impuesto, lo que a su parecer es imposible cumplir “conforme a los términos de los contratos de concesión que se encuentran vigentes y a los demás tributos que ya se imponen como concesionarios”. Además, vulnera el derecho al trabajo, por cuanto los establecimientos de juegos son una fuente laboral estable para muchas personas, lo que se vería afectado con la aplicación de los decretos 130 y 127 de 2010.

Los ciudadanos Jakeline Orozco Castañeda, Sandra Liliana Ceballos Duque, Diego Vargas, Lorena Orozco Martínez, Anabely Espinoza Espinoza, representante legal de Juegos El Dólar Ltda., y la empresa Liderjuegos Ltda., en sus respectivos escritos manifiestan similares argumentos que CARJUEGOS S.A.

4.11.16. La ciudadana María Nelly Piñeros, representante legal de Lucimag E.U., indica que el Decreto 130 de 2010 “no garantiza que los recursos recibidos se destinen para el servicio de salud, como pretende hacerlo creer el gobierno nacional, pues no existe ninguna regla clara y diáfana que avale que los recursos económicos que se perciban por concepto de IVA y transferencias lleguen al área de salud”.

4.11.17. La Unidad de Organizaciones de Promotores y Vendedores de Juegos de Suerte y Azar de Colombia, UNOPROVCOL, indican que el Decreto 130 de 2010 ya había pasado por el Congreso en anteriores oportunidades y fue archivado tres veces, por lo tanto, pretenden ahora revivir las mismas normas pero cobijadas con la emergencia social. Además, en el marco de la Ley 643 de 2001, la cual regula el monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, proponen “redefinir el sistema de contratación de modo que sea el Estado quien, como debe ser, capte el mayor porcentaje de las utilidades generadas por la comercialización de los juegos de suerte y azar. Por ejemplo fijar derechos de explotación para las apuestas permanentes o chance, por lo menos al mismo nivel de los juegos novedosos (el 17%) y no incrementar el IVA que al final afecta solamente al apostador porque gana menos en sus premios, a los trabajadores porque también se reducen sus ingresos y al mismo Estado cuya liquidación de los derechos de Explotación se hace a partir de estos decretos sobre un parámetro de menor valor”.

4.11.18. El ciudadano Andrés Ricardo Robayo Romero interviene con el fin de solicitar a esta Corporación que declare la inconstitucionalidad del decreto 130 de 2010, para lo cual expresa que la regulación del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar pertenece exclusivamente al Congreso de la República, razón por la cual, el Gobierno invade la competencia del Legislativo, de esta forma, viola el artículo 336 de la Constitución Política.

4.11.20. Por último, el ciudadano Mario Ramírez García, señala que el decreto 130 de 2010 va en contra de los artículos 95 ordinal 9º y 363 de la Constitución Política, por cuanto “las cargas contributivas que se pretenden imponer únicamente a los sectores económicos

señalados, van en contra de los principios tributarios de justicia y equidad, ya que no están consultando la realidad económica de todo el país(...)”. Además, aclara que “la problemática de financiación del Sistema de Salud no está en los recursos sino, tal vez, en su flujo, en su gestión, en la desactualización de las coberturas de servicios, los cuales impiden el cumplimiento de los postulados constitucionales”.

5. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

Dentro de la oportunidad legal prevista, el señor Procurador General de la Nación, Alejandro Ordóñez Maldonado, solicitó a la Corte que declarara inexecutable el decreto 130 de 2010. En apoyo de la solicitud, expuso los siguientes argumentos:

Previamente aclara que en virtud de la expedición del Decreto 4975 de 2009, con el cual el Gobierno Nacional pretende conjurar la grave crisis que presenta el sector salud, el Ministerio Público, en concepto emitido el 2 de marzo de 2010, solicitó a esta Corporación declarar inexecutable, el mencionado decreto, por considerar que no reunía las exigencias constitucionales para tal efecto. Por consiguiente, todos los decretos que se expidan con base en la declaratoria del estado de excepción, devienen inconstitucionales, por lo que “el Procurador General de la Nación solicitará a la Corte Constitucional declarar inexecutable el decreto 130 del 21 de enero de 2010”.

Sin embargo, de no acoger la solicitud del precitado concepto, la vista fiscal analizará el Decreto 130 de 2010.

5.1. Examen de Forma.

La Procuraduría encuentra que el decreto 130 de 2010 cumple con los requisitos formales exigidos por la Constitución, así:

1. Se encuentra sustentado en el artículo 215 de la Carta Política y en el Decreto declarativo 4975 de 2009. Además, en sus considerandos incluye las razones que lo motivan.

1. Fue firmado por el Presidente y todos sus Ministros. En este aspecto, recuerda que esta es una facultad exclusiva del jefe del ejecutivo.

1. El Decreto 130 fue expedido el 21 de enero de 2010 dentro del periodo de vigencia del estado de emergencia social que busca conjurar.

5.1.1. Examen de Fondo.

En desarrollo de este análisis estudiará los siguientes aspectos: “i) la relación de conexidad entre sus disposiciones y los motivos que dieron lugar a la declaratoria de la emergencia social que se pretende conjurar con aquéllas; y, ii) la compatibilidad entre su contenido normativo y los valores, principio y derechos fundamentales, en atención a la Supremacía y fuerza normativa que reviste la Constitución, y el artículo 7º de la Ley estatutaria de los Estados de excepción”.

5.2.2. Conexidad formal y material: El Decreto 130 del 21 de enero de 2010 regula situaciones que no se relacionan con la declaratoria de emergencias social.

Señala que la emergencia social (Decreto 4975 de 2009) está justificada en los graves problemas en la financiación de la salud, específicamente por servicios no incluidos en el POS. Ante dicha problemática, son necesarios recursos nuevos, es decir, distintos de aquellos que normalmente están destinados a la salud. Así, al recurrir a mecanismos excepcionales para la obtención de fondos, especialmente en la explotación del monopolio de juegos de suerte y azar, como arbitrio rentístico, se pretende conjurar en parte la grave crisis del sistema general de seguridad social en salud.

Por otro lado, “las rentas provenientes de los juegos de suerte y azar, sin desconocer su importancia, es apenas uno más de los instrumentos de financiación de la Seguridad Social en Salud, y no el determinante de la misma, o el eje central del flujo de recursos que permita la viabilidad financiera, que es como pareciera la intención del Gobierno Nacional, afectar esos sectores, para que se convirtieran en la tabla de salvación de los graves problemas económicos por los que atraviesa el sistema”.

Entonces, la optimización de los recursos que se busca en los juegos de suerte y azar, no

tiene sustento constitucional, “dado que dicho sector debe ser reestructurado a través de la regulación expedida por el Congreso de la República y no mediante la adopción de medidas extraordinarias(...)”.

En este orden de ideas, la Procuraduría encuentra que el decreto 130 de 2010 no respeta los criterios de finalidad, necesidad y proporcionalidad, que de acuerdo al precedente constitucional, se aplican para las medidas legislativas de carácter extraordinario.

Por lo tanto, a través del decreto 130 de 2010, el Gobierno pretende hacer una modificación estructural de la Ley 643 de 2001 que es el ordenamiento legal que reglamenta el monopolio rentístico de juegos de suerte y azar. Así, este no era el mecanismo adecuado para realizar tales reformas, siendo la actividad legislativa ordinaria la idónea para tal efecto, con lo cual, el Gobierno desconoce dicha facultad en cabeza del Congreso de la República.

Así las cosas, “el Decreto 130 de 2010 no tiene conexión alguna con la declaratoria de emergencia social adoptada en el Decreto 4975 de 2009, desconociendo el artículo 215 de la Constitución Política, puesto que la decisión del Gobierno Nacional fue aprovechar la coyuntura de dicha declaratoria, para proferir una profunda reforma al régimen del monopolio de los juegos de suerte y azar, que no corresponde a la naturaleza de las medidas extraordinarias para conjurar la crisis de la viabilidad del Sistema de Seguridad Social en Salud, sino a disposiciones legales que regulan integralmente el mencionado régimen”.

5.2.3. Concluye la vista fiscal afirmando que las medidas contenidas en el decreto 130 de 2010 “no están encaminadas a conjurar las causas de la perturbación y a impedir sus efectos, sino a expedir una completa reglamentación sobre los juegos de azar que en nada cumple con ese objetivo, y tampoco expresa claramente las razones por las cuales cada una de las medidas adoptadas son necesarias, pues el compendio de las normas proferidas de manera alguna reflejan el requerimiento de atender de forma inmediata la grave crisis del sistema de Seguridad social en salud, sino que por el contrario, se evidencia el afán de regular una materia en sus aspectos fundamentales y estructurales, lo cual es competencia del legislador ordinario, dada la abundante reglamentación, que es totalmente disímil de la adopción de medidas coyunturales en procura de enfrentar dicha perturbación”.

6. CONSIDERACIONES DE LA CORTE Y FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

6.1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos dictados en ejercicio de las facultades derivadas del artículo 215 de la Constitución, según lo dispuesto en los artículos 214, numeral 6º y 241 numeral 7º de la Carta Política.

6.2. Inexequibilidad por consecuencia.

Mediante Sentencia C-252 de 2010, esta Corporación judicial declaró la inexequibilidad del Decreto 4975 de 2009, por el cual el Presidente de la República declaró el estado de emergencia social, por un período de treinta días.

En dicho pronunciamiento, la Corte decidió que los efectos de la decisión, respecto de las normas dictadas en su desarrollo que “establecieran fuentes tributarias orientadas exclusivamente al goce efectivo del derecho a la salud”, serían diferidos en el tiempo hasta el 16 de diciembre de 2010.

El Decreto Legislativo 130 de 2010, “Por medio del cual se dictan disposiciones del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, en desarrollo del decreto 4975 del 23 de diciembre de 2009”, fue expedido con fundamento en el precitado Decreto 4975 de 2009.

En virtud de lo anterior, en la presente oportunidad se presenta la figura de la inconstitucionalidad por consecuencia, ante el retiro del ordenamiento de la norma que daba sustento jurídico al Decreto que ahora se examina.

En efecto, esta Corporación ha explicado que la inconstitucionalidad por consecuencia de los decretos legislativos consiste en el “decaimiento de los decretos posteriores a raíz de la desaparición sobreviniente de la norma que permitía al Jefe de Estado asumir y ejercer las atribuciones extraordinarias previstas en la Constitución”¹³. Ha agregado, que en este supuesto, “la Corte Constitucional no puede entrar en el análisis de forma y fondo de cada uno de los decretos legislativos expedidos, pues todos carecen de causa jurídica y son inconstitucionales por ello, independientemente que las normas que consagran consideradas en sí mismas, pudieran o no avenirse a la Constitución”¹⁴.

6.2. El posible efecto diferido de la presente decisión.

Dado que en la Sentencia C-252 de 2010, esta Corporación judicial decidió que los efectos de la decisión, respecto de las normas dictadas en su desarrollo que “establecieran fuentes tributarias orientadas exclusivamente al goce efectivo del derecho a la salud”, serían diferidos en el tiempo, a fin establecer si el Decreto legislativo 130 de 2010 contiene disposiciones de esta naturaleza, a continuación la Sala estudiará con particular detenimiento aquellos de sus artículos que en alguna forma puedan considerarse como determinantes de nuevos ingresos públicos.

6.2.1. Medidas adoptadas en el Decreto 130 de 2010 relacionadas con la generación de recursos para el SGSSS; análisis de aquellas susceptibles de generar concretamente “recursos tributarios”.

En las consideraciones siguientes, la Sala se detendrá a examinar exclusivamente aquellas disposiciones contenidas en el Decreto 130 de 2010 que sean susceptibles de generar recursos con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud, con el fin de establecer si tales recursos pueden ser calificados como de origen tributario.

6.2.1.1 Cobro de premios y destinación de premios no reclamados.

En el artículo 1° del Decreto legislativo 130 de 201, se dispone, entre otras cosas, lo siguiente:

-Se establece un término de prescripción de un año para el cobro del premio de todos los juegos de suerte y azar

-Se establece una caducidad de un año para intentar la acción judicial de reclamo del premio, cuando éste no es pagado voluntariamente.

-Se establece que ocurrida la prescripción extintiva del derecho o la caducidad de la acción judicial, el 100% del valor del premio se destinará a la unificación de los planes de beneficios del Sistema General de Seguridad Social en Salud¹⁵.

Al parecer de la Sala, no existen razones para estimar que son de carácter tributario los recursos que puedan generarse por la apropiación pública de los premios respecto de los cuales hayan operado los fenómenos jurídicos de la caducidad o de la prescripción. Se trata de la apropiación por el Estado de bienes o valores que pueden considerarse res nullius (cosa

de nadie).

6.2.1.2 Giro directo de los derechos de explotación de apuestas permanentes o chance.

El artículo 2° del Decreto bajo examen ordena que en el juego de apuestas permanentes o chance los derechos de explotación sean girados directamente por parte de los operadores del juego a los respectivos fondos de salud.

Como fácilmente puede apreciarse, esta medida sólo se refiere a la modificación del sistema de flujo de recursos, pero no a la generación de recursos tributarios.

1. Gastos de administración.

La Ley 643 de 2001 disponía que sin perjuicio de los derechos de explotación, cuando el juego se operara a través de terceros, estos reconocerían a la entidad administradora del monopolio como gastos de administración un porcentaje “no superior al uno por ciento (1%) de los derechos de explotación”.

El artículo 3° del Decreto 130 de 2010 modifica lo anterior y dispone que “cuando el juego se opere a través de terceros, estos reconocerán a la entidad administradora del monopolio por concepto de gastos de administración, un valor equivalente al cinco por ciento (5%) de los derechos de explotación. Para el caso de contratos de concesión de apuestas permanentes, ese porcentaje será del tres por ciento (3%)”. (Negrillas y subrayas fuera del original)

Como fácilmente puede apreciarse, lo que la nueva disposición prescribe es el incremento del pago hecho por el particular que explota el monopolio en virtud de una concesión, a la entidad pública administradora del monopolio, por concepto de “gastos de administración del monopolio”. Este concepto es de difícil catalogación como ingreso tributario, pues si bien podría llegar a ser considerado como una tasa, con más propiedad corresponde a un precio pagado por quien explota el monopolio, como contraprestación por los gastos administrativos en que incurra el titular del mismo. Según el mismo Gobierno lo explica en su intervención dentro del presente proceso, los gastos de administración “son sumas que sirven a la administración, lo que incluye acciones de promoción, control y seguimiento de los juegos”¹⁶, por lo que no es claro que se trate de sumas pagadas por el usuario de un servicio

para recuperar los costos de tal prestación. Esta falta de claridad impide catalogar los gastos de administración como tasas, y por tanto como ingresos tributarios.

6.2.1.4. Operación de juegos localizados en cruceros.

Los cruceros que atracan en puertos colombianos no tenían en la legislación anterior una regulación específica en cuanto a los juegos de azar se refiere. El Decreto contiene normas relativas al establecimiento de (i) derechos de explotación y (ii) cargos por gastos de administración, de juegos localizados a bordo de los cruceros.

a. Derechos de explotación:

En lo que concierne al establecimiento de la obligación de pagar “derechos de explotación” sobre los juegos de suerte y azar localizados a bordo de cruceros, sin duda el Decreto contiene una nueva fuente de recursos con destinación al Sistema General de Seguridad Social en Salud. No obstante, los derechos de explotación de un monopolio rentístico no pueden ser equiparados a ingresos tributarios. Ellos son la renta del monopolio que por la operación de cada juego debe pagar el operador¹⁷. Los derechos de explotación y los tributos son conceptos jurídicos diferentes, según pasa a explicarse:

Los ingresos tributarios han sido clasificados por la jurisprudencia de esta Corporación en tres categorías distintas, a saber: (i) impuestos, noción que corresponde a aquellas erogaciones pecuniarias directas a favor del Estado, que no originan una contraprestación para el contribuyente, sino una retribución colectiva, indirecta y no equivalente¹⁸; (ii) tasas, que son “ingresos tributarios que se establecen unilateralmente por el Estado, pero sólo se hacen exigibles en el caso de que el particular decida utilizar el servicio público correspondiente”¹⁹; y (iii) contribuciones parafiscales que cargas obligatorias que “se cobran solo a un gremio o colectividad específica y se destinan a cubrir las necesidades o intereses de dicho gremio o comunidad”²⁰.

Ahora bien, los derechos de explotación de un monopolio rentístico no coinciden con ninguno de los anteriores conceptos; en efecto, ellos son la renta del monopolio que por la operación de cada juego debe pagar el operador²¹. La noción equivale más bien al pago de un “precio” por el privilegio de explotar el monopolio público.

La distinción entre los derechos de explotación de los monopolios públicos y los impuestos fue hecha por el propio constituyente , según pasa a verse:

Ciertamente, en dicha Asamblea se propuso sustituir las rentas provenientes de la explotación de los monopolio públicos, por impuestos sobre los bienes o servicios monopolizados, propuesta que no hubiera podido ser formulada sino partiendo de la diferencia conceptual entre la renta del monopolio (derechos de explotación), y los gravámenes tributarios sobre el consumo del bien o el servicio monopolizado. Este análisis fue hecho en la Sentencia C-1191 de 2001 en donde al respecto se dijo:

“18- Una revisión de los antecedentes del artículo 336 de la Carta muestra que el mantenimiento de los monopolios rentísticos fue altamente cuestionado en la Asamblea Nacional Constituyente. Así, la Comisión Quinta¹² propuso eliminar estos monopolios para, en su lugar, permitir la imposición de tributos sobre el consumo de los bienes y servicios correspondientes, supliendo con ello la necesidad de captar determinados recursos, pero dejando a los particulares la explotación de tales actividades. Dijo entonces la respectiva ponencia¹³:

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

Nótese como con toda claridad en la Asamblea Nacional constituyente se distinguió entre la renta proveniente de la explotación de un monopolio, obtenida a partir del pago de derechos de explotación del mismo, y los recursos tributarios que en cambio de lo anterior pueden obtenerse, mediante la imposición de impuestos sobre el consumo de los correspondiente bienes. Lo anterior lleva a concluir que los derechos de explotación sobre un monopolio constituyen la renta de explotación del mismo, pero no un gravamen de tipo tributario, y que así fue entendido por el propio constituyente.

Debe señalarse, sin embargo, que a pesar de la propuesta postulada en la Asamblea Nacional Constituyente, que acaba de ser comentada, hoy en día la legislación contempla la posibilidad de que los monopolios rentísticos generen, no sólo derechos de explotación provenientes del monopolio, sino también el impuesto a las ventas sobre producto o servicio monopolizado.

En este punto debe observarse que mediante el artículo 3° del Decreto Legislativo 127 de 2010, el Gobierno Nacional modificó la tarifa del impuesto sobre las ventas aplicable a los juegos de suerte y azar, indicando que a partir del 1o de febrero de 2010, dichos juegos se gravarían con la tarifa general del IVA prevista en él, lo cual sí configura una medida destinada directamente a incrementar los recursos tributarios que se general a partir de los juegos de suerte y azar. Pero esta medida se encuentra recogida en un decreto distinto del que ahora estudia la Corte.

Es necesario precisar que el régimen impositivo sobre los juegos de suerte y azar, a que se acaba de hacer alusión, se aplica sin perjuicio del pago de los derechos de explotación a que hubiere lugar, pues como se dijo, se trata de conceptos diferentes. En efecto, sobre este punto la Corte ha dicho:

“(…) estos monopolios rentísticos, a pesar de que se establecen con el propósito de aumentar los ingresos del Estado y tienen fuente legal, son distintos a los tributos. Por ello esta Corte ha explicado que al lado de los impuestos que “constituyen, por excelencia, una parte importante de los ingresos fiscales de la Nación y de las entidades territoriales”, existen también “otros tipos de ingresos con los cuales también se alimenta el fisco, como es el caso de las rentas provenientes de la explotación de los monopolios establecidos por la ley en favor del Estado o de sus entidades territoriales.”²² ²³ (Negrillas y subrayas fuera del original)

También el h. Consejo de Estado ha distinguido entre los conceptos de impuestos y de derechos de explotación del monopolio de los juegos de suerte y azar, como se desprende de la cita del siguiente aparte jurisprudencial:

“...la Sala reitera el criterio expuesto en el sentido de que el ejercicio de la facultad de organización, administración y control de la actividad de explotación del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar destinado al sector de la salud en atención a lo preceptuado en el

artículo 336 superior corresponde a ETESA, y no es incompatible con la facultad que ostentan las entidades municipales y el Distrito Capital para exigir el impuesto por juegos permitidos autorizado legalmente para esas mismas actividades. En efecto, el sujeto pasivo de la obligación tributaria por el impuesto de “juegos permitidos”, es la persona, empresario o concesionario que ejerce la actividad relacionada con el juego, el hecho generador recae en la venta de billetes, tiquetes, boletas de rifas, apuestas o cualquier otro tipo de instrumento que permita el acceso al juego, al igual que sobre los premios que se pagan o entregan a quienes participan en dichas rifas y apuestas, cuya cuantificación económica determina la base impositiva, para la aplicación de la tarifa del diez por ciento (10%). Por tanto, la Administración municipal simplemente ejerció las facultades de liquidación del gravamen previstas en las normas que contemplan el tributo. En consecuencia al no existir incompatibilidad entre en arbitrio rentístico que versa en los juegos de suerte y azar que desarrolla la empresa por medio de sus casinos, con el impuesto liquidado por el municipio como juego permitido, la actuación impugnada se ajusta a derecho”.²⁴

Así las cosas, cuando el artículo 4° del Decreto 130 de 2010 regula los derechos de explotación de juegos localizados en cruceros, no se está refiriendo a ingresos de origen tributario, sino a la renta misma del monopolio.

b. Gastos de administración

En cuanto al establecimiento de pagos por gastos de administración del monopolio de juegos localizados a bordo de los cruceros, a que se refiere también el artículo 4° del Decreto, como antes se vio éstos tampoco pueden considerarse como una tasa, y por tal razón no pueden ser estimados como ingresos de carácter tributario.

Se dispone en el artículo 5°, que “la totalidad de los derechos de explotación que generen los juegos novedosos diferentes a aquellos cuya operación haya iniciado con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente disposición, se dirigirán al Fondo de Prestaciones Excepcionales en Salud, Fonpres.”

Esta norma no genera nuevos recursos tributarios, por dos razones: (i) porque los derechos de explotación de los juegos novedosos, como todos los derechos de explotación de los

monopolios rentísticos, según sea acaba de ver, no son ingresos tributarios; y (ii) porque los juegos novedosos ya estaban regulados por la Ley 643 de 200125 y daban lugar al pago de dichos derechos. Lo que se origina es una nueva destinación de la renta del monopolio que dichos juegos se lleguen a producir. En efecto, la norma consagra el giro de recursos provenientes de los juegos novedosos hacia el Fondo de Prestaciones Excepcionales en Salud -FONPRES-.

1. Destinación de rentas del monopolio al sector salud.

El artículo 6º del Decreto 130 de 2010 redistribuye los recursos obtenidos por los departamentos, el Distrito Capital y los municipios, “como producto del monopolio de juegos de suerte y azar”. Evidentemente aquí no hay no hay generación de nuevos ingresos tributarios, sino una modificación general en la destinación de las rentas del monopolio.

1. Ausencia de gravamen a los movimientos financieros.

El artículo 7º dispone que “los recursos destinados a la salud, que provengan de impuestos, rentas o derechos de explotación por operación de juegos de suerte y azar no podrán ser objeto del gravamen a los movimientos financieros”. Evidentemente, esta disposición tampoco genera nuevos ingresos tributarios destinados al SGSSS.

6.2.1.8. Juegos de origen extranjero.

El artículo 8º del Decreto 130 de 2010 se refiere a la operación de juegos o apuestas que se hagan en Colombia sobre juegos de suerte y azar originados en el extranjero, y al respecto, entre otras disposiciones, indica que tales juegos deberán tener autorización de la autoridad encargada de autorizar la operación de los juegos novedosos y que los destinatarios de la autorización “pagarán derechos de explotación del 17% sobre el valor de la apuesta”, con destino al Fondo de Prestaciones Excepcionales en Salud, Fonpres.

La anterior disposición se dirige a garantizar la generación de recurso por este concepto, con destino al Fonpres, pero dichos recursos no pueden ser considerados de carácter tributario,

pues según se explicó, los derechos de explotación de un monopolio rentístico no tienen esa naturaleza.

6.2.1.9. Derechos de explotación de los operadores de juegos localizados y de eventos hípicas.

La anterior disposición, por regular el asunto del pago de “derechos de explotación” del monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar, no puede entenderse referente a ingresos de estirpe tributaria, según se estudió arriba.

b. Otro tanto sucede con el artículo 14, referente, entre otras cosas, a los derechos de explotación derivados de las apuestas hípicas.

6.2.1.10. Sanciones por evasión de los derechos de explotación.

El artículo 24 del Decreto 130 de 2010 se refiere a la facultad de las entidades públicas administradoras de los monopolios para imponer sanciones por el no pago de los derechos de explotación. Algunas de estas sanciones consisten en el pago de multas. La anterior facultad da lugar a la generación de rentas, pero estas en modo alguno pueden considerarse como de origen tributario, pues no corresponden a impuestos, tasas, ni contribuciones.

6.3. Decisión a tomar.

Visto lo anterior, la Sala percibe que ninguna de las disposiciones del Decreto 130 de 2010 tiene la virtualidad de establecer “fuentes tributarias orientadas exclusivamente al goce efectivo del derecho a la salud.

Así las cosas, en la parte resolutive de la presente Sentencia, se declarará la inexecutable por consecuencia y sin efectos diferidos del Decreto 130 de 2010.

7. DECISION

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

R E S U E L V E

PRIMERO. Declarar INEXEQUIBLE el Decreto N° 131 de 2010, “Por medio del cual se dictan disposiciones del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, en desarrollo del decreto 4975 del 23 de diciembre de 2009”.

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

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Presidente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Con aclaración de voto

Magistrado

Con aclaración de voto

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Aclaración de voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Aclaración de voto

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO A LA SENTENCIA C-332 DE 2010

SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD DE DECRETO DECLARATORIO DE ESTADO DE EMERGENCIA SOCIAL-Modulación de efectos priva de eficacia la decisión (Aclaración de voto)

El diferimiento de los efectos de una inconstitucionalidad es una escisión inaceptable del juicio de validez de la norma jurídica y de los efectos del mismo, pues priva de toda eficacia a la decisión de inexecuibilidad, que aunque formalmente se retira del ordenamiento jurídico la disposición, sigue produciendo efectos, con lo cual no habría diferencia alguna entre declararla exequible o inexecuible, situación que se agrava si se esta en el marco de un estado de excepción.

INCONSTITUCIONALIDAD POR CONSECUENCIA DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA SOCIAL-Estudio de artículos sobre naturaleza de ingresos constituye un análisis que resultaba improcedente (Aclaración de voto)

Referencia: expediente RE-161

Revisión de constitucionalidad del Decreto Legislativo número 130 de dos mil diez (2010)

“Por medio del cual se dictan disposiciones del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, en desarrollo del decreto 4975 del 23 de diciembre de 2009”.

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de esta Corporación, el suscrito magistrado se ve precisado a aclarar su voto en los siguientes términos.

En primer lugar, es necesario reiterar brevemente los argumentos del salvamento parcial de voto expresado en la sentencia C-252 de 2010 en relación con la decisión de diferir los efectos de la inconstitucionalidad del decreto 4975 de 2009, declaratorio de la emergencia social, respecto de las normas que establecen fuentes tributarias de financiación. Como señalé en aquella oportunidad, el uso del efecto diferido en una decisión de inconstitucionalidad de un decreto declaratorio de un estado de excepción avala una práctica sumamente nociva para el funcionamiento democrático de nuestras instituciones, práctica de conformidad con la cual el poder ejecutivo decreta un estado de excepción que incumple con los presupuestos fáctico y de suficiencia, razón por la cual asume que será declarado inconstitucional, pero, amparado en la gravedad de la situación, espera que los efectos de esta inexecutable se difieran, consiguiendo así suplantar, al menos por un tiempo, al órgano legislativo en la expedición de normas jurídicas con fuerza de ley con un compromiso importante del principio de separación de poderes. Adicionalmente, el diferimiento de los efectos de una inconstitucionalidad es una escisión inaceptable del juicio de validez de la norma jurídica y de los efectos del mismo. Ello priva de toda eficacia a la decisión de inexecutable, pues aunque formalmente se retira del ordenamiento jurídico la disposición, por ser contraria al artículo 215 de la Carta Política, ésta sigue produciendo efectos. En otras palabras, se permite que una norma inconstitucional siga produciendo efectos jurídicos, con lo cual no habría diferencia alguna entre declararla executable o inexecutable, situación que se agrava si se esta en el marco de un estado de excepción.

En segundo lugar, específicamente en relación con el proceso de la referencia, aclaro mi voto frente a una de las consideraciones contenida en el fallo. En la sentencia se indica que “Dado

que en la sentencia C-252 de 2010, esta Corporación judicial decidió que los efectos de la decisión, respecto de las normas dictadas en su desarrollo que establecieran fuentes tributarias orientadas exclusivamente al goce efectivo del derecho a la salud, serían diferidos en el tiempo, a fin de establecer si el Decreto legislativo 130 de 2010 contiene disposiciones de esta naturaleza, a continuación la Sala estudiará con particular detenimiento aquellos de sus artículos que en alguna forma puedan considerarse como determinantes de nuevos ingresos públicos". Con esta afirmación, se hace un juicio de fondo sobre una norma que simplemente ha debido declararse inconstitucional por consecuencia y sobre la que, por tanto, no procedía un análisis ni material ni formal. Esta contradicción es consecuencia directa de los efectos paradójicos que genera, a mi juicio, la utilización del efecto diferido en la decisión de inconstitucionalidad de un decreto declaratorio de estado de excepción.

Fecha ut supra,

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO Y JORGE IVÁN PALACIO PALACIO A LA SENTENCIA C-332 DE 2010

DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA SOCIAL-Inexequibilidad por consecuencia pura y simple (Aclaración de voto)

SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Excepcionalidad de efectos diferidos de carácter ultra activos que obedece a precisas condiciones y circunstancias (Aclaración de voto)

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETOS DE ESTADOS DE EXCEPCION-Exigencia de un control rigurosamente estricto (Aclaración de voto)

SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR CONSECUENCIA-Modulación de efectos diferidos desconoce ratio decidendi de sentencia de inexequibilidad del estado de emergencia (Aclaración de voto)

La aplicación de la modalidad de sentencia diferida ultra activa termina por desconocer en un grado significativo los fundamentos constitucionales -ratio decidendi- que llevaron de manera unánime a la Corte a declarar la inexecutable del decreto declaratorio del estado de emergencia social en salud, centrado en el principio democrático como espacio de razón suficiente

INCONSTITUCIONALIDAD POR CONSECUENCIA DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA SOCIAL-Estudio de artículos sobre naturaleza de ingresos constituye un análisis material improcedente (Aclaración de voto)

Referencia: expediente R.E.161

Revisión constitucional del Decreto Legislativo número 130 del 21 de enero de 2010, "Por medio del cual se dictan disposiciones del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, en desarrollo del decreto 4975 del 23 de diciembre de 2009."

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Corte Constitucional procedemos a hacer explícitas las consideraciones que nos llevaron a aclarar el voto sobre la sentencia C-332 de 2010, que atiende específicamente la afirmación consistente en que al no haber regulado el Decreto 130 de 2010 fuentes tributarias de financiación no se hacía necesario entrar a diferir los efectos de la sentencia de inexecutable.

Los argumentos que soportan nuestra aclaración de voto parten de señalar que en la sentencia C-252 de 2010 se declaró inexecutable la declaración del estado de emergencia social en salud, sin embargo, como la mayoría de la Corte dispuso a renglón seguido conceder efectos diferidos a los decretos de desarrollo que instituyeran fuentes tributarias de financiación, nos llevó a salvar parcialmente el voto, y de ahí que ahora procedamos a aclarar el voto aunque participemos de la inexecutable por consecuencia del presente decreto. En este caso también debe observarse la serie de consideraciones a las que tuvo que acudir la Corte, en una forma muy particular de control constitucional sobre lo que resulta inexecutable pura y simplemente por consecuencia, para sostener finalmente la

inexistencia de fuentes tributarias de financiación.

Por lo tanto, reafirmamos las consideraciones que nos llevaron a salvar parcialmente el voto sobre el decreto matriz toda vez que recoge acertadamente los argumentos que nos permiten hoy aclarar el voto:

“1. Nuestra discrepancia radica esencialmente con el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia que dispuso: “Los efectos de la presente sentencia respecto de las normas que establecen fuentes tributarias de financiación se determinarán de acuerdo con el considerando 7.3.”.

Dicha determinación se fundamentó, para la mayoría de la Sala Plena, en que al reconocerse la presencia de una situación que reviste de “gravedad” en materia de sostenibilidad financiera del sistema de salud, se justifica que algunos decretos de desarrollo puedan mantener una vigencia temporal, concretamente los que establecen fuentes tributarias de financiación, para no hacer más gravosa la situación y poder garantizar de forma provisoria mayores recursos. También se indicó que frente al vacío legislativo que acontece por la declaración de inconstitucionalidad sobreviniente se generarían mayores consecuencias para la prestación adecuada y oportuna del servicio, y el goce efectivo del derecho, lo cual, encuentran, hace indispensable conceder un plazo adicional, así como prever el destino de tales recursos y control de los mismos.

2. Quienes nos apartamos de los anteriores razonamientos consideramos que la Corte termina contradiciendo su propia sentencia en cuanto al objeto de protección y garantía constitucional como lo fue el respeto por los principios democrático, participativo y de separación de poderes, que fundamentan el Estado de derecho (arts. 1º y 113 superiores).

3. Debemos empezar por señalar que este Tribunal ha recurrido a la modalidad decisional de “inexequibilidad diferida” bajo unas precisas condiciones y circunstancias, que pueden sintetizarse así: i) el carácter excepcional de su empleo, ii) ha de constituir la única alternativa para la defensa integral del orden constitucional, iii) no está sujeta a valoraciones de conveniencia o políticas, iv) tiene que estar motivada y suficientemente justificada, y v) debe constatarse que la inexequibilidad inmediata ocasiona un vacío legal tan traumático que la situación constitucionalmente sería más grave que el mantenimiento en el ordenamiento jurídico de la normatividad acusada, por lo cual el Tribunal establece un plazo

prudencial para que el Legislador corrija la inconstitucionalidad.²⁶

Los casos en que esta Corporación ha apelado de manera estricta a esta modalidad decisoria lo han sido, en términos generales, para periodos de normalidad institucional, esto es, de no alteración del orden público.²⁷ Ello sin desconocer su referencia en los estados de excepción pero circunscrito a si la inconstitucionalidad sobreviniente del decreto de desarrollo tiene efectos hacia el futuro (a partir de la sentencia) o pueden retrotraerse a la expedición del decreto, o incluso a partir de la sentencia que declaró inexecutable el decreto declaratorio.²⁸

4. En lo concerniente al alcance del control de constitucionalidad sobre los estados de excepción, la Corte ha manifestado que debe ser especialmente rigurosa -en principio un juicio estricto de constitucionalidad- atendiendo la invasión de la órbita del legislador ordinario y la restricción que pueda conllevar de las libertades ciudadanas. Ha afirmado que como a la declaratoria del estado de excepción le es consustancial un rediseño transitorio del funcionamiento del Estado, el Constituyente fue particularmente metódico en estipular controles jurídicos y políticos para contrarrestar los eventuales excesos del Ejecutivo, mantener el sistema democrático, salvaguardar el principio de separación y equilibrio de los poderes públicos, y garantizar el disfrute pleno de los derechos y libertades ciudadanas.²⁹

Además, el artículo 215 de la Constitución preceptúa que los decretos de desarrollo que se expidan podrán “en forma transitoria” establecer nuevos tributos o modificar los existentes, precisando que en estos últimos casos las medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso durante el año siguiente les otorgue carácter permanente. Debe observarse que la “temporalidad” que se establece sólo respecto de las “medidas tributarias” (la regla general es la vigencia indefinida) busca en palabras de la Corte salvaguardar el principio democrático (no suplantación definitiva de la voluntad popular y la democracia representativa), esto es, evitar el abuso del poder dada la máxima de que “no hay tributo sin representación” (principio de legalidad).³⁰

5. En el presente asunto, la Corte acogió por unanimidad la declaración de inexecutable del Decreto Legislativo 4975 de 2009 que declaró el estado de emergencia social en salud, tal como consta en el numeral primero de la parte resolutive, que tuvo como fundamento esencial:

* La inexistencia de hechos sobrevinientes y extraordinarios por la presencia de una problemática estructural, generada de tiempo atrás y recurrente que concierne al diseño, organización y sostenibilidad del sistema de salud en Colombia, además de que no pudo evidenciarse una agravación rápida e inusitada de un fenómeno ya existente. Específicamente, sobre la sostenibilidad financiera se expuso con base en sentencias del Consejo de Estado y de este Tribunal Constitucional la importancia de liberar recursos de la subcuenta de solidaridad del Fosyga y de la regresividad que algunas medidas legislativas presupuestales hubieran representado para la población subsidiada de no declararse su inexequibilidad. Las situaciones de abuso, evasión, elusión, ineficiencia administrativa y corrupción expuestas en el decreto declaratorio del estado de emergencia social en salud y las pruebas acopiadas llevaron a la Corte a señalar el deber de atacar las causas que propician el desequilibrio financiero antes que sus consecuencias, con políticas estables y profundas cuidadosamente diseñadas y razonadas, pues, de lo contrario sería realizar grandes esfuerzos fiscales para tratar de llenar un saco roto.

* Para esta Corporación si bien la valoración que hizo el Ejecutivo sobre la “gravedad” de la perturbación del orden social no resulta arbitraria, ni producto de un error manifiesto por las dimensiones que ha alcanzado con el transcurrir del tiempo la problemática estructural en salud en lo que concierne a la sostenibilidad financiera, ello no se muestra con la misma claridad respecto de la “inminencia” que debe demostrarse por no haberse acreditado suficientemente la existencia de un serio peligro o la materialización en cualquier momento de un colapso del sistema, ni que se esté ante una situación insalvable o incontenible.

* También pudo comprobarse la existencia de un marco de competencias y de poderes ordinarios suficientes con vista a prevenir y corregir la problemática estructural que se presenta en el sistema de salud, los cuales consideró la Corte que pudo haberse empleado desde el primer momento por el Ejecutivo y puede hoy en día hacerlo. Concretamente refirió a la imperiosa necesidad de acudir al proceso de discusión pública, esto es, al foro democrático por excelencia que es el Congreso de la República, en virtud de los principios de separación de poderes, democrático, participativo y pluralista, a efectos de tratar lo

correspondiente al diseño, la organización y la sostenibilidad financiera del sistema. Recalcó esta Corte que incluso a corto plazo el Gobierno cuenta con un marco de atribuciones ordinarias (trámite de leyes) que puede ejercer con mensaje de urgencia, además de las que dispone directamente en ejercicio de la potestad reglamentaria, para atender con la mayor prontitud y profundidad posible la situación deficitaria presupuestal. Adicionalmente, dispuso que tal problemática estructural fuera abordada en el Plan Nacional de Desarrollo, como también permitió residualmente el recobro por los entes territoriales ante el Fosyga de los servicios y medicamentos no POS-S que se requieren con necesidad, al igual que requirió a los órganos de control para que evitaran la dilapidación de los recursos de la salud.

En esa medida, para la Corte al no cumplirse ninguna de las exigencias previstas en el artículo 215 de la Constitución para la declaratoria del estado de emergencia social en salud, esto es, los presupuestos fáctico, valorativo y de suficiencia de los medios ordinarios (observancia concurrente para superar el juicio de constitucionalidad), la Corte procedió de forma unánime a declarar la inexecutable del Decreto Legislativo 4975 de 2009.

6. Es claro para la Corte, entonces, que frente a la inexecutable del decreto declaratorio del estado de emergencia social en salud los decretos de desarrollo devienen en inconstitucionales. Así lo ha sostenido este Tribunal al indicar que cuando se declara la inconstitucionalidad de un decreto legislativo (estados de excepción) que constituye el origen, la causa o el fundamento jurídico para la expedición de otros decretos, deben igualmente desaparecer del ordenamiento jurídico los que se expedieron en su desarrollo por ausencia de base jurídica, siempre que exista una relación de causa a efecto entre la norma causal y la derivada.³¹ Ha dicho este Tribunal:

“declarada la inexecutable del decreto básico, el Presidente de la República queda despojado de toda atribución legislativa derivada del estado de excepción y, por ende, ha perdido la competencia para dictar normas con fuerza de ley.”³² Negrillas al margen del texto transcrito en comentario.

7. La modalidad decisional de efectos diferidos acogida por la mayoría de la Sala Plena se muestra lejana a la observancia de los postulados constitucionales toda vez que una lectura holística permite apreciar que bajo la expedición de un decreto declaratorio de “estado de

excepción” -anormalidad institucional, emergencia social en salud-, que implica un juicio estricto de constitucionalidad -invasión de las atribuciones del legislador ordinario- y es declarado inexecutable por haber desconocido el principio democrático, además del participativo y de división de poderes que son expresiones del Estado de derecho, la Corte haya recurrido a una modalidad de sentencia sobre los decretos de desarrollo que resulta de uso “excepcional” por los tribunales constitucionales -efectos diferidos de carácter “ultra activos-, que comporta mantener vigente un decreto emitido por el Ejecutivo sin que se hubieren presentado las circunstancias para su expedición, en periodos de no alteración del orden público, respecto de una materia tributaria cuya vigencia por disposición del Constituyente es efímera -regla general es la contraria, vigencia indefinida-, que busca salvaguardar igualmente el principio democrático -no hay tributo sin representación, principio de legalidad-.

8. El anterior esquema expositivo nos permite concluir a quienes salvamos el voto sobre el numeral segundo de la sentencia C-252 de 2010, en el desconocimiento de una línea jurisprudencial pacífica y consistente que termina por flexibilizar hasta desaparecer el juicio estricto de constitucionalidad, sin que se hubiere expuesto mayores fundamentos jurídicos, además de también verificarse la existencia de una contradicción argumentativa que termina por descartar el objeto de garantía constitucional que motivó la sentencia de inconstitucionalidad.

8.1. Respecto de una de las formas de estado de excepción (declaratoria del estado de emergencia social en salud) encontrada inexecutable, la mayoría de la Corte procedió a emplear una modalidad de sentencia sobre algunos decretos de desarrollo que resulta de uso extraordinario, según lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, que la ha limitado implícitamente en su aplicación para tiempos de normalidad institucional (efectos diferidos ultra activos) y que concierne a una materia de regulación transitoria (carácter temporal de las normas tributarias) y no permanente (regla general), sin que se hubieren expuesto mayores razonamientos constitucionales para llegar a tal determinación.

8.2. La aplicación de la modalidad de sentencia diferida ultra activa termina por desconocer en un grado significativo los fundamentos constitucionales -ratio decidendi- que llevaron de manera unánime a la Corte a declarar la inexecutable del decreto declaratorio del estado de emergencia social en salud, centrada en el respeto por el principio democrático como

espacio de razón pública.

8.3. Al permitirse que continúen vigentes algunos decretos de desarrollo se termina generando un contra argumento a la sentencia de inconstitucionalidad. Como se ha explicado y aunque resulte insistente, no fueron encontradas validas a la luz de la Constitución los hechos que adujo el Gobierno para la declaratoria del estado de emergencia por cuanto pudo determinarse que:

i) se está ante una problemática estructural que concierne al diseño, organización y sostenibilidad financiera del SGSSS33 (atribución legislativa) sin que pueda observarse la adopción de medidas legislativas profundas para su atención oportuna, ii) se presentan situaciones de abuso, ineficiencia administrativa y corrupción que desequilibran aún más la sostenibilidad financiera del sistema, por lo que debe controlarse el destino de los recursos públicos, iii) no logró demostrarse una inminencia en la perturbación del orden social o de una situación insalvable o incontenible, y iv) se dispone de un marco de competencias ordinarias a corto, mediano y largo plazo, suficientes para prevenir y corregir la problemática en salud con oportunidad y eficiencia (diseño de las políticas públicas en salud), lo cual por la materia que incumbe debe agotar indefectiblemente el camino de la democracia, el proceso de discusión pública, el trámite participativo y pluralista ante el Congreso, todo en la búsqueda del respeto por los derechos de los usuarios del servicio de salud.

Entonces, cómo es posible sostener bajo una modalidad decisoria ultra activa, que luego de la comprobación constitucional de la inacción del Estado para establecer unas políticas profundas, serías y estables en salud reconocida además por los actores de la salud, del desgreño administrativo y corrupción campeante sobre los recursos de la salud expuesta por el Gobierno y aceptada igualmente por los agentes de la salud, y de haberse encontrado finalmente por la Corte inconstitucional el decreto declaratorio del estado de emergencia social en salud por sustituir uno de los pilares del Estado de derecho como lo es el principio democrático, deba premiarse por el mismo garante de la Constitución tal situación manteniendo temporalmente algunas medidas extraordinarias tributarias que al rompe puede apreciarse que deben obedecer con mayor ahínco a la expresión de la voluntad popular y la democracia representativa bajo un proceso de discusión pública ante el Congreso (art. 215 superior).

8.4. Si el motivo de la inconstitucionalidad fue la inobservancia del principio democrático del cual emerge un proceso de discusión pública que busca garantizar la participación, el pluralismo y la publicidad, en correspondencia con los principios de soberanía popular y de separación de poderes, no es posible entender que la mayoría de la Sala Plena haya optado por habilitar constitucionalmente una modalidad de decisión que termina por desvirtuar el mismo objeto de protección constitucional acogido por unanimidad de la Corte. Ha de reiterarse que la procedencia de las sentencias de inexecutable diferida o de constitucionalidad temporal se ha limitado en tiempos de normalidad del Estado a que constituya “la única alternativa que posibilite la defensa integral del orden constitucional. No se trata entonces de una decisión sujeta a valoraciones políticas o de conveniencia, sino [e]l resultado de un estudio de los efectos del fallo de inexecutable sobre las normas constitucionales.”³⁴

8.5. Si bien la Corte reconoció la “gravedad” de la situación financiera que atraviesa el sistema de salud, ello lo fue bajo el contexto de la inexistencia de hechos sobrevinientes y extraordinarios, de la no acreditación de una inminencia (requisito concurrente con la gravedad para configurar el presupuesto valorativo) y de la existencia de un conjunto de atribuciones ordinarias para conjurar la problemática integral en salud (trámite de ley ordinaria con mensaje de urgencia).

8.6. Al disponer la mayoría de la Sala Plena sobre los decretos de desarrollo que establezcan fuentes tributarias de financiación i) un plazo determinado de vigencia, ii) cuál será el destino de los recursos y iii) la adecuada vigilancia por los órganos de control, termina la Corte efectuando un juicio de constitucionalidad material sobre lo que resulta inconstitucional por consecuencia pero diferido en el tiempo, a más de que entra a modificar el contenido normativo del decreto en una especie de “executable condicionada”. El planteamiento expositivo empleado por la mayoría de la Sala Plena permite colegir que los decretos de desarrollo que en virtud de la modulación de la sentencia mantendrían su vigencia transitoria, tampoco hubieran superado el más flexible control de constitucionalidad.

8.7. Incluso partiendo del supuesto de la procedencia de los efectos diferidos ultra activos en los estados de excepción, no se cumplirían los presupuestos que se han instituido para su procedencia en periodo de normalidad institucional (deberían resultar aún más rigurosos para los periodos de alteración del orden público), toda vez que el Gobierno siempre ha

dispuesto constitucional y legalmente de diversas atribuciones ordinarias como la iniciativa legislativa con mensaje de urgencia, además del ejercicio de la potestad reglamentaria, para atender con oportunidad, profundidad y eficiencia la situación financiera que aqueja al sistema de salud. Así tampoco se cumple el requisito que hubiera habilitado una inconstitucionalidad diferida bajo el supuesto indicado, esto es, que constituya la “única alternativa” que posibilite la defensa integral de la Constitución, que vendría por demás a restar todo sustento jurídico al presunto vacío legislativo que supuestamente había generado una situación de mayor inconstitucionalidad, cuando la realidad es que la consecución del diseño de la política pública en salud implica abordarla, a más de la inmediatez, bajo un proceso de discusión pública que atienda y resuelva con pertinencia y de manera sustancial la problemática estructural que aqueja el sistema de salud.

8.8. Entonces, puede sostenerse que la Corte buscó rescatar el principio democrático, no obstante con la modulación de la sentencia terminó otorgando vigencia temporal a algunos decretos extraordinarios de desarrollo que justamente resultaban inconstitucionales por consecuencia al suplantar el camino de la democracia, para finalmente la Corte enjuiciar materialmente dichos decretos estableciéndoles unos cambios normativos que terminan por desvirtuar aún más el proceso de discusión pública que debe agotarse ante el Congreso.

La pretensión de la mayoría de la Sala Plena consistente en desligar los efectos de una sentencia respecto de la ratio decidendi que motiva la misma, termina por desconocer la necesaria congruencia que precede a toda decisión constitucional, como su observancia y apreciación integral.

8.9. Preocupa altamente a quienes en esta oportunidad salvamos parcialmente el voto que el centro del debate haya quedado reducido a los efectos de una sentencia cuando la Constitución impone edificar una determinación a partir de su eficacia misma, teniendo siempre como norte inalterable la supremacía e integridad de la Carta Política (art. 241 superior).³⁵

8.10. De ahí que el modo de ejercer la defensa integral de la Constitución Política estaba dado en declarar la inexecuibilidad consecencial de todos los decretos de desarrollo, sin tener que acudir a modulación alguna sobre los mismos.”

Así dejamos expresados los argumentos que nos llevan a aclarar el voto en esta

oportunidad.

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

A LA SENTENCIA C-332 de 2010

Referencia: expediente RE-161

Asunto: Revisión oficiosa de constitucionalidad del Decreto Legislativo 130 de 2010, “por medio del cual se dictan disposiciones del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, en desarrollo del decreto 4975 del 23 de diciembre de 2009”

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Con el debido respeto por las decisiones de esta Corporación, me permito aclarar mi voto a la presente sentencia, en la cual se decidió declarar inexecutable por consecuencia el Decreto 130 de 2010, en razón a que en su momento salvé mi voto frente a la sentencia C-252 de 2010, en la cual se decidió declarar la inexecutable del Decreto 4975 de 2009 y al mismo tiempo otorgar efectos diferidos a dicha inexecutable en relación con las medidas tributarias.

En este sentido, me permito reiterar aquí las razones que dieron lugar a mi disenso en relación con la decisión modulada adoptada en la sentencia C-252 de 2010, por cuanto considero que tal modulación de los efectos del fallo en mención resulta contradictoria y riesgosa por las siguientes razones que expuse en el correspondiente salvamento de voto:

“(i) Es una decisión que conlleva una insalvable contradicción jurídica en tanto de un lado se declara la inexecutableidad de una norma y de otro lado se prolonga en el tiempo la vigencia jurídica de la misma, aunque sea parcialmente, lo cual es de entrada contradictorio desde el punto de vista jurídico y lógico, por cuanto la declaratoria de inexecutableidad del tribunal constitucional como “Legislador negativo” es la expulsión de las normas declaradas inexecutableas del ordenamiento jurídico. En este caso, la Corte declara que un Decreto que declara una emergencia social es inexecutable, lo cual debería tener la consecuencia de expulsar de inmediato del ordenamiento jurídico tal normativa, sin embargo, la Corte, deja vigentes en el tiempo unas medidas, respecto de las cuales adicionalmente ha reconocido expresa y claramente en el fallo la absoluta carencia de competencia por parte del órgano que las profiere, lo cual entraña a todas luces una clara contradicción lógica y jurídica;

(ii) Es una decisión que implica un gravísimo menoscabo a la plenitud y vigencia del estado de derecho, a sus formas y procedimientos, en tanto se convalidan, así sea transitoriamente, medidas tributarias expedidas con absoluta carencia de competencia por parte del Gobierno;

(iii) Es una decisión que riñe con el texto constitucional por cuanto de acuerdo con el artículo 215 de la Constitución Política, el Gobierno solo podrá habilitarse para establecer nuevos tributos o modificar los existentes, con el propósito de afrontar directa y específicamente el estado de emergencia, cuando se acrediten todos los presupuestos (fáctico, valorativo y de suficiencia) derivados de dicho precepto superior; y,

(iv) Finalmente, pero no menos importante, esta es una decisión riesgosa, porque se crea un deplorable precedente, según el cual, independientemente del uso indebido que se le de a las facultades de excepción, el Gobierno podrá confiar en la benevolencia y comprensión del tribunal constitucional, quien, al margen de los exigentes presupuestos que la Constitución ha establecido para la declaratoria de un estado de emergencia, convalidará las decisiones tributarias por razones diferentes a las estrictamente constitucionales;

Por todo lo anterior, el suscrito magistrado reitera que la modulación de los efectos de este fallo resulta claramente contradictoria y riesgosa, y que la única forma de defender a cabalidad la integridad de la Constitución, así como la vigencia del estado de derecho, y del

principio de separación de poderes, era declarando la inexecutable integral y sin condicionamientos, ni modulaciones del Decreto 4975 de 2009.

Por las razones expuestas anteriormente discrepo de la decisión mayoritaria adoptada en esta sentencia, respecto de la inexecutable con efectos diferidos del Decreto 4975 de 2009.”

Con fundamento en lo anterior, aclaro mi voto a la presente providencia.

Fecha ut supra

LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

1 Datos de la Superintendencia Nacional de Salud y del Ministerio de la Protección Social con proyección de cifras al 31 de diciembre de 2009.

2 Ministerio de la Protección Social. Exposición de Motivos, Proyecto de Ley 004 de 2009 Cámara.

4 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

5 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

6 C-226 del 2009.

7 Ibídem.

8 Cifras en millones de pesos.

9 Fondo de Prestaciones Excepcionales en Salud.

10 Cifras proyectadas con fundamento en información de la Superintendencia Nacional de Salud.

11 Sentencia SU-480 de 1997.

12 Artículo 11 de la Ley Estatutaria 137 de 1994.

13 Sentencia C-967 de 1999, M.P. Fabio Morón Díaz.

14 Ibídem

15 Para los actuales beneficiarios de premios cuyo cobro no se haya efectuado, los términos de prescripción y de caducidad aquí previstos se contarán a partir de la vigencia de la presente disposición.

16 Ver el Informe conjunto del Ministro de la Protección Social y el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República, reseñado en esta providencia en el numeral 3.1. del acápite de Intervenciones.

17 El artículo 8° de la Ley 643 de 2001 define los derechos de explotación de los juegos de suerte y azar así:

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

18 Cfr. Sentencia C-465 de 1993. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

19 Sentencia C-465 de 1993. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

20 Sentencia C-040 de 1993. M.P. Ciro Angarita Barón.

21 El artículo 8° de la Ley 643 de 2001 define los derechos de explotación de los juegos de suerte y azar así:

ARTÍCULO 8°. Derechos de explotación. En aquellos casos en que los juegos de suerte y azar se operen por medio de terceros, mediante contrato de concesión o por autorización, la

dependencia o entidad autorizada para la administración del respectivo juego del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, percibirá a título de derechos de explotación, un porcentaje de los ingresos brutos de cada juego, salvo las excepciones que consagre la presente ley.

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

23 Sentencia 1191 de 2001, F. 17. M. P. Rodrigo Uprimny Yepes.

24 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección Cuarta. Sentencia de doce (12) de abril de dos mil siete (2007), Consejera Ponente: Maria Inés Ortiz Barbosa. Radicación número: 76001-23-25-000-1999-01067-01(15382)

25 ARTÍCULO 38. Juegos novedosos. Reglamentado por el Decreto Nacional 2121 de 2004. Son cualquier otra modalidad de juegos de suerte y azar distintos de las loterías tradicionales o de billetes, de las apuestas permanentes y de los demás juegos a que se refiere la presente ley. Se consideran juegos novedosos, entre otros, la lotto preimpresa, la lotería instantánea, el lotto en línea en cualquiera de sus modalidades y los demás juegos masivos, realizados por medios electrónicos, por Internet o mediante cualquier otra modalidad en tiempo real que no requiera la presencia del apostador.

26 Sentencias C-852 de 2005, C-551 de 2003 y C-221 de 1997. Para la Corte Constitucional se explica así la aparente paradoja de que constate la inconstitucionalidad material de una norma pero decida mantener su vigencia porque en estos casos resulta todavía más inconstitucional la expulsión de la normatividad impugnada del ordenamiento jurídico por los graves efectos que ella acarrea sobre otros valores y principios constitucionales (C-221 de 1997).

27 Sentencias C-720 de 2007, C-737 de 2001, C-141 de 2001, C-700 de 1999 y C-221 de 1997.

28 Sentencias C-619 de 2003, C-186 de 1997 y C-171 de 1993.

29 Sentencia C-619 de 2003.

30 Sentencia C-224 de 2009. Cft. sentencia C-776 de 2003.

31 Sentencia C-530 de 2000. Cft. sentencia C-284 de 2009.

32 Sentencia C-488 de 1995.

33 Sistema General de Seguridad Social en Salud.

34 Sentencia C-221 de 1997. Cft. sentencia C-737 de 2001.

35 Cft. sentencia C-619 de 2003.