

Sentencia C-571/03

MONOPOLIO RENTISTICO-Regulación legislativa propia

MONOPOLIO-Concepto en materia económica/MONOPOLIO RENTISTICO-Reserva de ciertas actividades estratégicas o servicios públicos por el Estado

MONOPOLIO RENTISTICO-Actividad económica del Estado o particulares mediante autorización o contrato de concesión

MONOPOLIO RENTISTICO DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-Facultad legislativa para determinar régimen propio

EXPLOTACION DEL MONOPOLIO DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-Operación por intermedio de terceros

MONOPOLIO EN JUEGOS DE SUERTE Y AZAR LOCALIZADOS-Modalidades

MONOPOLIO RENTISTICO DE ENTIDADES TERRITORIALES-Titularidad derechos de explotación de juegos localizados

MONOPOLIO RENTISTICO-Competencia del legislador para fijar tarifas para la operación de máquinas tragamonedas

El legislador estableció específicamente las tarifas indicadas para la operación de las máquinas tragamonedas, con el fin legítimo de procurar recursos económicos al Estado para el cumplimiento de fines de interés público o social, mediante el desarrollo de tal actividad por parte de los particulares, a cambio del pago de unos derechos de explotación, y ante la dificultad técnica de determinar los ingresos brutos del negocio y aplicar la regla general contenida en el Num. 5 del mismo artículo.

APUESTAS-Monto de utilidades depende de su valor

MAQUINAS TRAGAMONEDAS-No establecimiento tarifa diferencial de derechos de explotación

DERECHOS DE EXPLOTACION-Determinación por legislador de las tarifas

DERECHO A LA IGUALDAD-Tratamiento jurídico no idéntico

DERECHO A LA IGUALDAD-Alcance/JUICIO DE IGUALDAD-Criterios de diferenciación

PRINCIPIO DE IGUALDAD-Criterio de razonabilidad

IGUALDAD-Exigencia de comparación

La igualdad exige siempre una comparación entre dos o más personas, actos, conductas, situaciones o cosas. Lo que se compara es un elemento determinante, que debe tener incidencia en la materia o tema regulado; por ejemplo, la capacidad económica o riqueza es elemento fundamental de la materia tributaria y quien tiene más paga más impuestos y quien tiene menos paga menos; sin embargo, la raza o el sexo de los contribuyentes es indiferente o neutro en esta materia, ya que el blanco rico paga lo mismo que el negro con igual riqueza o el individuo de raza amarilla de idéntica capacidad económica. La raza, en cambio, es elemento relevante para establecer políticas de “discriminación inversa”, que les dan puestos de trabajo a los negros por encima de los blancos o a las mujeres por encima de los hombres.

MONOPOLIO RENTISTICO-Derechos de explotación generan rentas

MONOPOLIO RENTISTICO Y TRIBUTO-Distinción

POTESTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA-Expedición de decretos para ejecución de leyes

POTESTAD REGLAMENTARIA-No es exclusiva del Presidente de la República

POTESTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA-Expedición residual y subordinada de normas generales por Ministros/POTESTAD REGLAMENTARIA-Competencia de regulación para órganos administrativos diferentes

REGLAMENTO-Expedición por órganos administrativos/REGLAMENTO-Expedición por Ministros del Despacho

POTESTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA-Subordinación de competencias de regulación administrativa de ministerios

CONSEJO NACIONAL DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-Fundamento/CONSEJO NACIONAL DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-Determinación recursos utilizados como reservas técnicas/CONSEJO NACIONAL DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-Autorización venta en Colombia de juegos extranjeros

CONSEJO NACIONAL DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-Funciones se circunscriben a temas técnicos que no alteran potestad reglamentaria del Presidente de la República

Referencia: expediente D-4412

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 34, numeral 1 (parcial) y 47, numerales 1, 2 y 3 de la Ley 643 de 2001.

Demandante: Antonio Eduardo Bohórquez Collazos

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA

Bogotá D.C., quince (15) de julio de dos mil tres (2003).

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Antonio Eduardo Bohórquez Collazos demandó los artículos 34, numeral 1 (parcial) y 47, numerales 1, 2, y 3 de la Ley 643 de 2001, “por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar”.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de

constitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

I. NORMAS DEMANDADAS

A continuación se transcribe el texto de las disposiciones demandadas, conforme a su publicación en el Diario Oficial No. 44294 de 17 de Enero de 2001, subrayando los apartes demandados:

LEY 643 DE 2001

(enero 16)

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

El Congreso de Colombia

DECRETA:

(...)

CAPITULO VI

De la explotación, organización y administración de los demás juegos

(...)

Artículo 34. Derechos de explotación. Los concesionarios u operadores autorizados para la operación de juegos localizados pagarán a título de derechos de explotación las siguientes tarifas mensuales:

Descripción del juego	Tarifa
1. Máquinas tragamonedas	% de un salario mínimo mensual legal vigente
Máquinas tragamonedas O - \$500	30%

Máquinas Tragamonedas \$500 en adelante 40%

Progresivas interconectadas 45%

(...)

CAPITULO IX

Fiscalización, control y sanciones en relación con los derechos de explotación

(...)

Artículo 47. Funciones del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar. Además de las que se señalan en las diferentes normas de la presente ley, le corresponden al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, las siguientes funciones:

1. Aprobar y expedir los reglamentos y sus modificaciones de las distintas modalidades de juegos de suerte y azar.
2. 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.
3. Autorizar los tipos o modalidades de juegos de suerte y azar extranjeros, que podrán venderse en Colombia, al igual que el régimen de derechos de explotación aplicables a los mismos, derechos que no podrán ser inferiores a los establecidos para juegos nacionales similares.
4. Preparar reglamentaciones de ley de régimen propio, y someterlas a consideración del Presidente de la República.
5. 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.
6. Darse su propio reglamento.

7. Las demás que le asigne la ley.

III. DEMANDA

El demandante manifiesta que la normatividad acusada infringe el preámbulo y los artículos 2, 13, 189, numeral 11, y 363 de la Constitución Política, porque contraviene los fines esenciales del Estado, el derecho a la igualdad, la potestad reglamentaria y algunos principios del Derecho Tributario.

Fundamenta su afirmación en que los porcentajes fijados en el Art. 34 de la Ley 643 de 2001 para el pago de derechos por la explotación de las máquinas tragamonedas infringen el principio de igualdad, ya que en el mercado no sólo existen máquinas tragamonedas de variados precios, sino que ellas producen distintas ganancias dependiendo de las cantidades de dinero permitidas para apostar. Estas caracterizaciones exigen un trato diferenciado en el pago de derechos de explotación, teniendo como base el nivel de ingresos. Por ello la normatividad acusada viola el artículo 363 de la Carta Política, puesto que no respeta el principio de progresividad, al no establecer que los que ganen más paguen mayores cantidades.

Considera que las tarifas señaladas en las normas acusadas desconocen el principio de igualdad, pues “no es igual quien explota los juegos de suerte y azar en un establecimiento donde ello no constituye su labor principal (verbigracia, tienda de barrio, almacén, restaurante y similares) que aquel que se dedica exclusivamente a esta actividad, por ejemplo, casinos, salones de juegos, etc.”.

Expresa que el legislador ha debido fijar para los juegos mencionados una tarifa del 17% de los ingresos brutos, como lo estableció en forma residual para los demás juegos localizados en el Num. 5 del mismo Art. 34 de la citada ley.

Finalmente, el impugnante argumenta que los numerales 1, 2 y 3 del artículo 47 de la citada ley desconocen la potestad reglamentaria que ostenta el Presidente de la República, al asignar al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar facultades de reglamentación que debe ejercer aquella autoridad.

I. INTERVENCIONES

1. Intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho

Mediante escrito presentado el 18 de Febrero de 2003, la ciudadana Ana Lucía Gutiérrez Guingue, actuando en la calidad de apoderada del Ministerio de Justicia y del Derecho, solicita a la Corte que declare la exequibilidad de las normas acusadas, con sustento en lo siguiente:

Afirma que los apartes acusados del Art. 34 de la Ley 643 de 2001 no consagran un enunciado normativo de carácter autónomo y requieren otros preceptos para tener sentido jurídico, ya que las cifras porcentuales por sí solas no producen efectos jurídicos. Sostiene que lo acusado carece de un sentido propio, por lo cual no puede ser objeto de controversia, como lo ha expuesto la doctrina constitucional.

En relación con la validez de las funciones del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, contenidas en el artículo 47 ibídem, expresa que si bien la potestad reglamentaria se encuentra en cabeza del Presidente de la República como Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, también es cierto que otras autoridades administrativas pueden, en forma residual, participar en esa función. En efecto, el legislador no podría vaciar la potestad reglamentaria que ostenta el Presidente de la República, para radicarla en otra autoridad u órgano, ya que con ello desconocería el sistema de fuentes que prohíja la Carta, pero sí podría atribuir determinadas funciones a órganos administrativos para ejercer la potestad reglamentaria en asuntos técnicos y residuales y siempre subordinados a un acto de reglamentación general expedido por aquella autoridad.

Sostiene que las tres funciones acusadas del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar pueden dividirse en dos grandes actividades, así:

La primera actividad concierne a la expedición de reglamentos de las distintas modalidades de juegos de suerte y azar. Efectivamente, se trata de una actividad de regulación en asuntos técnicos, pues corresponde a asuntos especiales de tales juegos como son sus modalidades.

La segunda actividad se refiere a los numerales 2 y 3 del artículo 47. Contrariamente a lo

afirmado por el actor, tales atribuciones no revisten el carácter de potestad reglamentaria, pues ellas aluden a temas específicos y concretos. En consecuencia, el argumento del demandante para considerarlas inconstitucionales es infundado.

Por medio de escrito radicado el 18 de Febrero de 2003, la ciudadana Astrid Consuelo Salcedo Saavedra, actuando en la calidad de apoderada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público pide a la Corte que declare exequibles las normas impugnadas, con base en las siguientes razones:

Sostiene que el Artículo 34 de la Ley 643 de 2001 no vulnera el principio de igualdad, dado que ni la ley ni la Constitución señalan que los derechos de explotación tengan que fijarse tomando en consideración el costo de las máquinas o aparatos de juego.

Expresa que las tarifas señaladas en la Ley 643 de 2001 no obedecieron a un capricho del legislador, sino que las mismas se adoptaron luego de un estudio de mercado contratado con Fedesarrollo (que acompaña como prueba), del cual se deduce que, en general, cada máquina tragamonedas, revierte a los apostadores, en promedio, el 82% de los valores apostados, en virtud de que la misma está programada por el fabricante para que ello ocurra así.

Añade que lo anterior permite afirmar que la ganancia de cada operador está directamente relacionada con el valor de la apuesta que recibe la máquina, y no con el valor de ésta, por lo cual la ley establece tarifas diferenciales que dependen de aquel valor, teniendo en cuenta que a mayor apuesta habrá mayor utilidad para el operador y a menor apuesta habrá menor ganancia para el mismo.

Por otra parte, señala que la base a la cual se aplica la tarifa de los derechos de explotación para este tipo de juegos no está constituida por los ingresos brutos, como sí ocurre para otros juegos, en virtud de que por la estructura del juego examinado, y conforme al estudio elaborado por Fedesarrollo, existe dificultad para estimarlos o para comprobarlos, y como quiera que se trata de un monopolio rentístico, en donde la finalidad primordial es la de obtener recursos para el Estado con fines de interés social, el Gobierno Nacional se vio forzado a buscar un mecanismo eficaz que permitiera controlar el recaudo de los derechos de

explotación, el cual consistió en cobrar un valor determinado sobre cada elemento de juego.

En cuanto a la vulneración del principio de igualdad por desconocer la diversa naturaleza de los establecimientos donde se explotan dichos juegos, afirma que es necesario precisar que el hecho de que en un casino existan muchas máquinas tragamonedas y en otro tipo de locales comerciales exista únicamente una o dos, ello no es razón suficiente para determinar derechos de explotación diferentes, puesto que los derechos se pagan por cada máquina y, en consecuencia, a mayor número de ellas, mayores derechos de explotación percibirá el Estado. Por ello asevera que lo importante para determinar la tarifa de los derechos de explotación es el valor que cada máquina recibe por la apuesta, y no el lugar en donde se encuentre ubicada aquella.

En lo referente a la vulneración del principio de igualdad en relación con otros juegos, estima que tampoco le asiste la razón al demandante, puesto que cada juego tiene una estructura diferente. Mientras las máquinas tragamonedas, como lo demuestra el estudio de Fedesarrollo, revierten a los jugadores como premio, en promedio, el 82% de los valores apostados, en los demás juegos los costos de operación son diferentes y por tanto es factible y constitucionalmente válido un tratamiento diferente.

Con relación a los principios del Derecho Tributario consagrados en el Artículo 363 de la Carta, expone que no son aplicables a los derechos de explotación de juegos, que constituyen una contraprestación por el permiso para ejercer una actividad monopolizada por el Estado, y no configuran un tributo.

Respecto del cargo dirigido contra el artículo 47, numerales 1,2 y 3, de la Ley 643 de 2001, no comparte la posición del demandante, porque si se analiza con detenimiento el contenido total de dicho artículo se observa que en el numeral 5 están contempladas las facultades de reglamentación de la ley conferidas en la Constitución al Presidente de la República.

Finalmente manifiesta que el reglamento de que trata el numeral 1 del mismo artículo no se refiere a la reglamentación de la ley, sino a los reglamentos de los juegos, es decir, las facultades allí señaladas son estrictamente administrativas, y no de reglamentación de la ley.

3. Intervención de la Universidad Santo Tomás

Mediante escrito recibido el 21 de Febrero de 2003, el ciudadano Héctor García Angarita, obrando en representación de la Universidad Santo Tomás, conceptúa que las disposiciones demandadas se ciñen a los preceptos superiores invocados en la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Según la Carta Política de 1991 son principios fundamentales del sistema tributario los de equidad, eficiencia y progresividad. Estos principios deben ser analizados teniendo en cuenta la totalidad del sistema tributario y no haciendo referencia únicamente a los medios, ya que los fines pueden desvirtuar las características de justicia que pueden ostentar los medios.

Enuncia que lo primero que cabe advertir en relación con el artículo 363 de la Carta es que no alude a cada impuesto en particular sino a la generalidad del sistema tributario, de manera que, desde el punto de vista de la progresividad, la constitucionalidad de las normas fiscales debe examinarse a la luz de toda la estructura tributaria, para concluir si verdaderamente afecta en mayor grado a quienes tienen más capacidad contributiva.

Acerca del desconocimiento del artículo 189, numeral 11, superior, indica que los numerales acusados del artículo 47 de la ley mencionada no restringen ni excluyen el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Presidente de la República, y sólo señalan las funciones del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar para determinar las modalidades de juego, fijar los porcentajes de las utilidades y autorizar modalidades de juegos de suerte y azar extranjeros. Ello no significa que el Presidente de la República no pueda reglamentar la Ley 643 de 2001 con el propósito de darle la debida ejecución.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

En Concepto No. 3162 radicado el 6 de Marzo de 2003, el Procurador General de la Nación solicita a esta corporación que declare la exequibilidad de las normas acusadas, con los siguientes fundamentos:

Sostiene que no existe limitación constitucional para la fijación de las tarifas de los derechos de explotación de los juegos de suerte y azar, lo que implica que el legislador al establecerlas debe someterse a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Con base en lo anterior, estima que la fijación de la tarifa por parte del legislador no fue

arbitraria y, por el contrario, se fundamentó en un estudio contratado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público con Fedesarrollo, que muestra los aspectos operacionales del negocio y permitió al legislador concluir que debe aplicar una tarifa teniendo en cuenta la generalización del negocio en todo el país y la definición del promedio de devolución de las apuestas a los jugadores en un 82%.

Señala que con este porcentaje consideró el legislador que debía establecer una tarifa con base en el salario mínimo legal mensual, pues existe dificultad para establecer el nivel de ingresos del negocio y en estas condiciones, por seguridad jurídica, era necesario establecer la tarifa en la forma indicada, de tal manera que fuera fija en relación con los ingresos y variable respecto del salario mínimo. En atención a lo anterior, la ley establece tarifas diferenciales por concepto de los derechos de explotación, en tanto la utilidad de los operadores está determinada por el valor de la apuesta y no por el valor de la máquina.

Afirma que la norma demandada está dando un trato igual a operadores iguales, en tanto explotan un mismo juego localizado que tiene las mismas características, sin importar en qué establecimiento de comercio estén ubicadas las máquinas tragamonedas, pues sea que ellas se encuentren situadas en un establecimiento dedicado exclusivamente a dicha actividad o sea que ellas se hallen ubicadas en uno destinado a diversas actividades, en ambos casos se aplicará la misma tarifa fijada en la norma demandada.

Sostiene que cuando el Estado, de acuerdo con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, estima que para los juegos localizados de máquinas tragamonedas la tarifa debe ser fija, lo hace porque no es posible establecer los ingresos reales del negocio y que para los otros juegos localizados la tarifa se establece con relación a los ingresos brutos. Ello no significa que se esté dando un trato desigual injustificado, en tanto las condiciones de cada tipo de negocio son distintas.

Acerca de los principios del sistema tributario señalados en el artículo 363 de la Constitución, supuestamente vulnerados por cuanto al regular la tarifa mencionada no se tuvo en cuenta la progresividad, asevera que los 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.

Expresa que por ello la Corte ha explicado que al lado de los impuestos, que constituyen una

parte importante de los ingresos fiscales de la Nación y de las entidades territoriales, existen otros tipos de ingresos con los cuales también se alimenta el fisco, como en el caso de las rentas provenientes de la explotación de los monopolios establecidos en la ley en favor del Estado y sus entes territoriales.

Manifiesta que en estas condiciones, si las tarifas de los derechos del Estado en la explotación de los juegos de suerte y azar no constituyen un tributo, sino una renta, entonces no tiene el legislador el deber de sujetarse en su definición al principio de progresividad, que es propio del sistema tributario.

Por último, considera que las funciones de reglamentación asignadas al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 47 de la Ley 643 de 2001 no violan la Constitución Política, pues mientras el Presidente de la República hace uso de dicha potestad sin limitación temporal ni material, la facultad de reglamentación de otros órganos del Estado recae sobre los asuntos específicos previstos en las normas constitucionales y legales que atribuyen la competencia, es decir, es residual y subordinada.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE

Competencia

1. Dado que la disposición acusada pertenece a una ley de la República, corresponde a esta corporación resolver sobre su constitucionalidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 241 del Estatuto Superior.

Problema jurídico planteado

2. Corresponde a la Corte establecer si las tarifas señaladas en el Art. 34, Num. 1, de la Ley 643 de 2001 para la operación de máquinas tragamonedas y las funciones atribuidas al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar en el Art. 47, Nums. 1, 2 y 3, de la misma ley, son contrarias al principio de igualdad (Art. 13 de la Constitución Política), el principio tributario de progresividad (Art. 363 ibídem), el principio de un orden justo (preámbulo y Art. 2º ibídem) y la función reglamentaria del Presidente de la República (Art. 189, Num. 11, ibídem).

Para tal efecto se harán algunas consideraciones sobre el monopolio rentístico de juegos de

suerte y azar y a continuación se analizarán los cargos formulados.

Monopolio rentístico de juegos de suerte y azar

3. De conformidad con lo dispuesto en el Art. 336 de la Constitución Política, “ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley”.

“(…)

“La organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental.

“Las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud”.

En relación con el concepto de monopolio económico la Corte ha expresado:

“El monopolio, desde el punto de vista económico se describe como la situación que se da cuando una empresa o un individuo es el único oferente de un determinado producto o servicio¹. Por lo mismo, la figura puede constituirse tanto de la órbita de las relaciones económicas privadas como públicas.

“Dentro del diseño económico constitucional, el monopolio resulta ser una figura en cierta medida reprobable, al punto que le encomienda al Estado evitar las prácticas monopolísticas, porque entiende que vulneran los principios que informan la libertad económica, fundamentalmente la libre competencia que se recoge por la Carta Política como “un derecho de todos” (arts. 75 inciso 2 y 333 inciso 4), pero permite el monopolio público bajo ciertos condicionamientos, e incluso prohíja el monopolio oficial dentro de una significación diferente al arbitrio rentístico, autorizando al Estado para reservarse, de acuerdo con la ley, determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, desde luego, y como en cualquier caso, indemnizando a quienes se vean privados del ejercicio de una actividad lícita”. 2

La actividad económica objeto de un monopolio rentístico puede ser desarrollada directamente por el Estado o a través de los particulares, mediante el otorgamiento de una autorización o la celebración de un contrato de concesión y a cambio de una

contraprestación que representa los llamados derechos de explotación, en las condiciones y casos del Art. 336 de la Constitución.

Por su parte, el Art. 1º de la Ley 643 de 2001, por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, define éste como “la facultad exclusiva del Estado para explotar, organizar, administrar, operar, controlar, fiscalizar, regular y vigilar todas las modalidades de juegos de suerte y azar, y para establecer las condiciones en las cuales los particulares pueden operarlos, facultad que siempre se debe ejercer como actividad que debe respetar el interés público y social y con fines de arbitrio rentístico a favor de los servicios de salud, incluidos sus costos prestacionales y la investigación”.³

Así mismo, el Art. 7º de la misma ley, que trata de la operación de dicho monopolio rentístico mediante terceros, contempla que en ese caso “la renta del monopolio está constituida por los derechos de explotación que por la operación de cada juego debe pagar el operador”.⁴

De otro lado, la misma ley prevé los juegos de suerte y azar localizados, los cuales según su Art. 32 consisten en modalidades de juegos de suerte y azar que operan con equipos o elementos de juegos, en establecimientos de comercio, a los cuales asisten los jugadores como condición necesaria para poder apostar, tales como los bingos, vídeobingos, esferódromos, máquinas tragamonedas y los operados en casinos y similares.

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

Análisis de los cargos formulados

4. El demandante considera que el Art. 34 de la Ley 643 de 2001 parcialmente acusado quebranta el principio de igualdad, al establecer una tarifa mensual del 30% de un salario mínimo mensual vigente para máquinas tragamonedas entre \$0 y \$500 y del 40% de un salario mínimo mensual vigente para máquinas tragamonedas de \$500 en adelante, cuando el mismo artículo en su Num. 5 establece que los demás juegos localizados, no contemplados en él, pagarán por concepto de derechos de explotación el 17% de los ingresos brutos.

Considera que se viola también dicho principio en cuanto establece las mencionadas tarifas

para todos los casos de operación de las máquinas tragamonedas, sin distinguir entre los establecimientos comerciales que se dedican exclusivamente a la explotación de dichos juegos y los que combinan ésta con otras actividades comerciales.

5. Al expedir la disposición parcialmente acusada el legislador tomó como fundamento el estudio realizado por Fedesarrollo con el título “Costos de Operación de Algunos Juegos de Azar en Colombia. Informe Final”, con fecha 24 de Mayo de 2000, y allegado al expediente por la interviniente en representación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (Fls. 54-149).

Según dicho estudio, “en general, una máquina tragamonedas devuelve a los jugadores de la misma en promedio un 82% de los ingresos que percibe por apuesta. Este porcentaje ha sido documentado en la literatura internacional.

“(…)

“(…) Las tarifas que cobra Ecosalud sobre las máquinas tragamonedas están denominadas en porcentajes de salarios mínimos legales mensuales vigentes. Por lo tanto son fijas en relación a los ingresos de estos negocios y variables en relación a los cambios en el salario mínimo. Esta independencia en relación a los ingresos del negocio se explica por la dificultad de estimarlos realmente. (...)” (Fls. 87-89) (negrillas por fuera del texto)

Se observa así que el legislador estableció específicamente las tarifas indicadas para la operación de las máquinas tragamonedas, con el fin legítimo de procurar recursos económicos al Estado para el cumplimiento de fines de interés público o social, mediante el desarrollo de tal actividad por parte de los particulares, a cambio del pago de unos derechos de explotación, y ante la dificultad técnica de determinar los ingresos brutos del negocio y aplicar la regla general contenida en el Num. 5 del mismo artículo.

Por otra parte, el legislador tuvo en cuenta que el monto de las utilidades depende lógicamente del valor de las apuestas, y no del valor de las máquinas, por lo cual estableció la distinción según el menor o mayor valor de las monedas introducidas en ellas.

Consecuentemente con estas razones, el legislador no estableció diferencia en las tarifas por motivo de la localización de las máquinas tragamonedas en establecimientos comerciales

destinados exclusivamente a la explotación de juegos de suerte y azar o en establecimientos que combinan esta actividad con otras comerciales, y adoptó en cambio un criterio uniforme y proporcional en virtud del cual el operador con pocas máquinas paga menos por concepto de derechos de explotación y el operador con muchas máquinas paga más por el mismo.

Adicionalmente, el legislador determinó las tarifas mensuales en porcentajes del salario mínimo legal mensual vigente, con lo cual se mantiene el poder adquisitivo del dinero que puede percibir el Estado por concepto de los derechos de explotación y se favorecen sus intereses, concretamente los servicios de salud como destinatarios exclusivos de tales rentas de conformidad con lo preceptuado en el Art. 336 superior.

Puede entonces deducirse que el legislador aplicó un medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzar el fin mencionado, es decir, que aplicó con acierto los criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Acerca de este tema la Corte ha manifestado:

“Como en reiterada jurisprudencia de esta Corte se afirma⁵, el derecho a la igualdad que responde al postulado según el cual todas las personas nacen iguales ante la ley y, en consecuencia, deben recibir la misma protección y trato de las autoridades y gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación (C.P., art. 13) no significa que el legislador deba asignar a todas las personas idéntico tratamiento jurídico, porque no todas ellas se encuentran colocadas dentro de situaciones fácticas similares ni en iguales condiciones personales.

“También se recuerda que para delimitar el alcance y aplicación del principio de igualdad se ha acudido a la fórmula clásica de que “hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual”.

“(…)

“La Corte Constitucional ha tenido oportunidad de señalar en varias oportunidades los criterios de diferenciación a los cuales debe acudir el juzgador cuando tiene que formular un juicio de igualdad, con el propósito de aceptar o rechazar un tratamiento desigual adoptado por el legislador al expedir la norma y que en esencia se reducen a dos: la razonabilidad de la

diferenciación y la proporcionalidad de los medios incorporados en la norma y los fines que se propone lograr”. 6

Por estas razones el cargo por violación del principio de igualdad resulta sin fundamento.

6. El demandante expone que las tarifas señaladas en la disposición acusada para la operación de máquinas tragamonedas son contrarias al orden justo previsto en el preámbulo y el Art. 2º de la Constitución, teniendo en cuenta que conforme a lo dispuesto en el Num. 5 del mismo artículo los demás juegos localizados pagarán por concepto de derechos de explotación el 17% de los ingresos brutos, de suerte que si el operador de estos últimos no percibe ingresos no debe pagar tales derechos, mientras que el operador de aquellas está obligado a pagar las tarifas fijadas aunque no perciba ingreso alguno.

Al respecto puede afirmarse que el criterio de razonabilidad exige que al evaluar la constitucionalidad de las normas jurídicas debe tomarse como base su efecto normal, y no su efecto extraordinario, excepcional o, incluso, extremo. En este caso se observa que no se quebranta el principio de igualdad, pues el mismo exige dar trato igual a los iguales y desigual a los desiguales.

La igualdad exige siempre una comparación entre dos o más personas, actos, conductas, situaciones o cosas. Lo que se compara es un elemento determinante, que debe tener incidencia en la materia o tema regulado; por ejemplo, la capacidad económica o riqueza es elemento fundamental de la materia tributaria y quien tiene más paga más impuestos y quien tiene menos paga menos; sin embargo, la raza o el sexo de los contribuyentes es indiferente o neutro en esta materia, ya que el blanco rico paga lo mismo que el negro con igual riqueza o el individuo de raza amarilla de idéntica capacidad económica. La raza, en cambio, es elemento relevante para establecer políticas de “discriminación inversa”, que les dan puestos de trabajo a los negros por encima de los blancos o a las mujeres por encima de los hombres.

Por estas razones el cargo formulado resulta infundado.

7. El demandante plantea que al señalar el Art. 34 de la Ley 643 de 2001 las tarifas

mencionadas, quebranta el principio tributario de progresividad consagrado en el Art. 363 de la Constitución.

A este respecto es oportuno expresar que de conformidad con los conceptos y principios de la Hacienda Pública los derechos de explotación que deben pagar los concesionarios o los operadores autorizados por causa del desarrollo de actividades económicas que constituyen monopolio rentístico del Estado en virtud de la ley, no configuran un tributo, sino una renta del mismo, correspondiente a una contraprestación.

Sobre este punto la Corte ha manifestado:

“(…) 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.”⁷ 8

Por tanto, el cargo carece de fundamento.

8. El demandante aduce que los Nums. 1, 2 y 3 del Art. 47 de la Ley 643 de 2001 contrarían el Art. 189, Num. 11, de la Constitución, al atribuir al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar funciones de reglamentación que son exclusivas del Presidente de la República.

En virtud del Art. 189, Num. 11, superior, corresponde al Presidente de la República “ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”.

Esta es una función intemporal e inagotable de dicha autoridad, que debe ejercer en la medida en que el cumplimiento de su cometido lo exija o aconseje, pero no es exclusiva, ya que puede ser ejercida también por otros funcionarios del Estado a quienes la ley la atribuya en forma expresa y determinada en relación con materias de orden técnico, aunque su ejercicio siempre estará subordinado a aquella por tener la misma un fundamento constitucional.

Esta corporación ha expresado acerca del tema:

“Toda facultad de regulación que tenga como contenido expedir normas para la cumplida ejecución de las leyes, pertenece, en principio, por atribución constitucional, al Presidente de la República, sin necesidad de que la ley así lo determine en cada caso. Dentro del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico, la potestad reglamentaria tiene un lugar propio. Por virtud de ella el Presidente de la República expide normas de carácter general, subordinadas a la ley y orientadas a permitir su cumplida aplicación. Tales normas revisten, además, una forma especial, y se expiden con la firma del Presidente y el Ministro o Director de Departamento Administrativo del ramo.

“Lo anterior no obsta para que, de manera general, se pueda afirmar la existencia de ciertas competencias de regulación para órganos administrativos diferentes, y para el caso concreto, para los Ministros del Despacho. Pero tales competencias para la expedición de normas generales por los ministros sólo pueden ejercerse, frente a la potestad reglamentaria del Presidente de la República, con criterio residual y subordinado. Sobre este particular, el Consejo de Estado al referirse a las competencias de regulación de la Superintendencia Nacional de Salud expresó que:

“El Presidente de la República es, ciertamente, el titular constitucional de la potestad reglamentaria, pero ello no quiere decir que dentro de su ámbito de competencia y nivel de subordinación jerárquica y normativa, las demás autoridades administrativas no pueda adoptar medidas de carácter general a fin cumplir o hacer cumplir las disposiciones superiores relativas a los asuntos a su cargo, de donde, como titulares de autoridad administrativa, están investidas de las facultades o potestades propias de la administración, dentro de las cuales está justamente la reglamentaria. De allí que los actos administrativos generales pueden emanar de cualquier autoridad administrativa, en lo que concierna a los asuntos a su cargo.”⁹

“Encuentra la Corte que, en este contexto, la potestad reglamentaria no puede atribuirse por la ley a otros órganos administrativos distintos del Presidente de la República. La atribución de tal competencia la hace la Constitución a un órgano constitucional como es el Presidente de la República y por tanto no puede ser variada por la ley. Atribuir la parcialmente por la ley

a un órgano distinto, implicaría disminuir y limitar la competencia que, sin condicionamiento alguno, ha sido atribuida por la Constitución.

“Ello, como se ha señalado, no obsta para que otros órganos administrativos, en este caso los Ministros del Despacho, expidan reglamentos, pero tales reglamentos, no tienen, en el sistema de fuentes, la misma jerarquía de aquellos que expide el Presidente de la República en ejercicio de la Potestad Reglamentaria, sino que se encuentran subordinados a ellos. Así, por ejemplo, no podría un Ministro, obrando dentro de su ámbito competencial, expedir un reglamento o una regulación técnica que sea contraria a lo dispuesto en un Decreto Reglamentario del Presidente de la República.

“En ese contexto, es posible que la ley atribuya a los ministerios, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, la función de expedir normas de carácter general, sin que por ello se entienda disminuida la potestad reglamentaria del Presidente de la República. Ello no implica que en cada caso concreto sea el propio legislador el que determine el ámbito propio de la potestad reglamentaria frente a las competencias de regulación que puedan tener o que se les atribuyan a los Ministerios, por cuanto eso equivaldría a vaciar de contenido la Potestad Reglamentaria, la cual quedaría reducida al espacio de regulación que quede después de que por los Ministros se haya ejercido la función de regulación atribuida por la ley. Es claro que cuando el legislador atribuye una competencia de regulación a un ente administrativo, la misma debe ejercerse sin desconocer el espacio propio de la potestad reglamentaria. Así, cuando el legislador señala que corresponde a un determinado Ministerio expedir la regulación técnica o especializada de cierta materia, resulta evidente que tal regulación debe hacerse con sujeción a la ley y al reglamento que por virtud de la competencia general que le asigna la Constitución expida el Presidente de la República.

“Se tiene entonces que los Ministros pueden ejercer competencias de regulación de carácter netamente administrativo, dentro del ámbito de sus funciones y subordinadas, en todo caso, a los reglamentos que el Presidente de la República haya expedido para la cumplida ejecución de las leyes.

“(…)

“En los anteriores términos, no resulta inconstitucional que una ley atribuya, de manera directa, a los Ministros del Despacho, competencias para expedir normas de carácter general

sobre las materias en ella contenidas, cuando tales normas correspondan a regulaciones de carácter técnico u operativo, dentro de la orbita competencial del respectivo Ministerio, por cuanto, en ese caso, la competencia de regulación tiene el carácter de residual y subordinada respecto de aquella que le corresponde al Presidente de la Republica en ejercicio de la potestad reglamentaria”. 10

La disposición impugnada asigna al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar las funciones de aprobar y expedir los reglamentos y sus modificaciones de las distintas modalidades de juegos de suerte (Num. 1); 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 su utilización, y determinar los recursos que deben ser utilizados por tales empresas como reservas técnicas para el pago de premios (Num. 2), y autorizar los tipos o modalidades de juegos de suerte y azar extranjeros que podrán venderse en Colombia, al igual que el régimen de derechos de explotación aplicable a los mismos (Num. 3).

Se nota claramente que estas funciones se circunscriben a temas técnicos propios del ámbito del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, por lo cual su asignación al citado órgano no altera la potestad reglamentaria constitucional del Presidente de la República, a la cual deberá estar subordinado el ejercicio de aquellas.

En efecto, el Num. 1º se refiere a las reglas de los diversos juegos; el Num. 2º trata de las reservas técnicas, para los fines allí indicados, y el Num. 3º no asigna propiamente una competencia de reglamentación sino la facultad de autorizar la venta en Colombia de juegos extranjeros.

En consecuencia, el cargo planteado no puede prosperar.

Por lo anterior, la Corte declarará exequibles las normas acusadas, por los cargos examinados en esta sentencia.

VII. DECISION

Con fundamento en las consideraciones expuestas, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declarar EXEQUIBLES las expresiones “30%” y “40%” contenidas en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 643 de 2001 y los numerales 1, 2 y 3 del artículo 47 de la misma ley, por los cargos examinados en esta sentencia.

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

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

LA SUSCRITA SECRETARIA GENERAL

DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

Que el H. Magistrado doctor MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA, no firma la presente sentencia por encontrarse en permiso y licencia debidamente autorizado por la Sala Plena.

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Congdon-Mcwilliams, Diccionario de Economía, Grijalbo, 1985, p.136.

2 Sentencia C-154 de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

3 Esta disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-1070 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

4 Este artículo y unos apartes del mismo fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-1191 de 2001, M. P. Rodrigo Uprimny Yepes.

5 Sentencia C-154 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

6 Sentencia C-1114 de 2001. M.P. Alvaro Tafur Gálvis.

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

9 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: Juan Alberto Polo Figueroa. Bogotá D.C., 24 de agosto de 2000. Radicación número 6096.

10 Sentencia C-805 de 2001. M. P. Rodrigo Escobar Gil. Aclaración de voto de Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Araújo Rentería.