

Sentencia T-442/02

ACCION DE TUTELA-Subsidiariedad/MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Eficacia

CONTRIBUCION PARAFISCAL-Monopolio rentístico de juegos de suerte y azar

ACCION DE TUTELA-Improcedencia para reclamar la suspensión de contribuciones parafiscales

La acción de tutela no procede para solicitar la suspensión del recaudo al que están sujetos los colocadores de loterías y apuestas independientes, pues ello equivaldría a ordenar el desacato a una disposición legal, en este caso la Ley 643 de 2001, lo cual es abiertamente contrario al ordenamiento constitucional. No sobra advertir que si el accionante considera que el artículo 56 de dicha ley vulnera la Carta Política, bien puede demandarla ante esta corporación en ejercicio del derecho político consagrado en el artículo 241 de la Constitución.

CONTRIBUCION PARAFISCAL-Naturaleza jurídica

Vale la pena recordar la naturaleza jurídica de la contribución parafiscal, para concluir que su pago, demás de obligatorio, no implica una contraprestación directa y equivalente por parte del Estado en favor del sujeto pasivo sino del gremio en general al que pertenece, en este caso el de los colocadores de loterías y apuestas independientes.

CONTRIBUCION PARAFISCAL-Características

CONTRIBUCION PARAFISCAL-Entidades recaudadoras no son las obligadas a filiar a los sujetos pasivos a la seguridad social

Las entidades que cumplen la función de recaudo de la contribución no están en la obligación de afiliar a los sujetos pasivos de la misma al régimen de seguridad social, sino la entidad concesionaria a la cual están vinculados contractualmente.

ACCION DE TUTELA-Inexistencia de perjuicio irremediable

Referencia: expediente T-565073

Acción de tutela interpuesta por José Edgar Orjuela contra la Lotería del Tolima

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA

Bogotá, D. C., treinta (30) de mayo de dos mil dos (2002)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados ALFREDO BELTRAN SIERRA, MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA y JAIME ARAUJO RENTERIA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

1. Hechos

En demanda presentada el 16 de diciembre de 2001, el señor José Edgar Orjuela interpuso acción de tutela en contra de la Lotería del Tolima, empresa industrial y comercial del Estado, por considerar que dicha entidad ha desconocido sus derechos fundamentales al trabajo, a la vida y a la seguridad social.

Manifiesta el accionante que es colocador de apuestas independiente en el Municipio de Flandes, Tolima, en virtud del contrato mercantil suscrito con la Empresa Concesionaria SEAPTO S.A. Indica que la Ley 643 de 2001, por medio de la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, creó una contribución parafiscal del 1% a cargo de los colocadores independientes, con la finalidad de atender el servicio de seguridad social en salud de estos trabajadores.

Señala que la entidad concedente, Beneficencia del Tolima, en la actualidad Lotería del Tolima, ordenó a SEAPTO S.A., mediante oficio No. 0915 del 9 de julio de 2001, descontar el 1% de los ingresos percibidos por los agentes colocadores de apuestas vinculados a esta empresa. En virtud de dicha orden, SEAPTO S.A. comenzó a descontar la contribución indicada al accionante y a los demás agentes colocadores en el mes de agosto de 2001, consignando tales sumas en la cuenta de ahorros de la Lotería del Tolima, a cuyo cargo se encuentra el recaudo de dichos recursos.

Aun cuando esta última recibe mensualmente la contribución parafiscal en comento, no se ha reglamentado aún el Fondo de Colocadores de Loterías y Apuestas Permanentes "FONDOAZAR", creado por la Ley 643 de 2001, al cual deben girarse las sumas correspondientes a esta contribución, ni tampoco se ha celebrado el contrato de administración entre el Gobierno Nacional y las organizaciones legalmente constituidas para representar a los afiliados, en el que se señalen los parámetros para el manejo de estos recursos.

Agrega que, a pesar de que se están realizando los aportes, ni la Lotería del Tolima ni FONDOAZAR lo han afiliado ni a sus beneficiarios al Sistema General de Seguridad Social en Salud en ninguna entidad prestadora del servicio de carácter público o privado, así como tampoco lo han hecho con los demás vendedores de apuestas permanentes.

Por último, manifiesta que la contribución del 1% de sus ingresos diarios tienen como finalidad financiar el servicio de salud, la cual no se está cumpliendo y, a su vez, ha visto disminuidos sus pocos ingresos, los cuales constituyen la fuente de subsistencia suya y de su familia.

2. Contestación de la LOTERIA DEL TOLIMA

El apoderado de la entidad accionada, mediante escrito del 18 de diciembre de 2001, argumentó que no está demostrado en la presente acción que exista algún vínculo laboral o contractual entre el accionante y la Empresa Concesionaria SEAPTO S.A., así como tampoco existe ninguna relación para que se pretenda endilgar a la Lotería del Tolima vulneración alguna de los derechos fundamentales del accionante, teniendo en cuenta que los descuentos parafiscales son un recaudo ordenado por la ley, de carácter obligatorio, según concepto emitido por la Superintendencia de Salud y por el Ministerio de Salud, ya que el Gobierno Nacional, a través del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, es quien determina la forma de orientar estos recursos y no la Lotería del Tolima.

Agrega que en virtud de las dudas que generó el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, implementado en los inicios del año 2001, se elevaron diversas consultas sobre el asunto en cuestión por parte de varias loterías, incluida la Lotería del Tolima, y por parte de las agremiaciones de loteros y vendedores de apuestas permanentes ante la Oficina Jurídica y de Apoyo Legislativo del Ministerio de Salud, la cual concluyó de

manera perentoria que "...es obligación de las Loterías efectuar el recaudo de dicha contribución..."

Con todo, considera que no se le está vulnerando los derechos al señor José Edgar Orjuela, puesto que está laborando en este momento y percibe unos ingresos que están por encima del salario mínimo mensual establecido por la ley.

1. Pretensiones

El actor solicita a la Corte conceder la tutela como mecanismo transitorio para proteger sus derechos fundamentales al trabajo, a la vida y a la salud. y, en consecuencia, se ordene a la entidad demanda que dentro de las 48 horas siguientes a partir de la notificación del fallo, suspenda los recaudos del 1% que se efectúan sobre sus ingresos como colocador de apuestas, hasta que se preste el servicio de salud a él y a sus beneficiarios.

4. Las pruebas recaudadas

* Oficio 0972 del 14 de diciembre de 2001, expedido por el Vicepresidente Jurídico de la empresa SEAPTO S.A., mediante el cual informa las sumas consignadas por concepto de aporte parafiscal del 1% de todos los colocadores independientes de apuestas en la cuenta perteneciente a la Lotería del Tolima y el valor discriminado de este aporte hecho por el Señor José Edgar Orjuela.

* Copia del oficio 0950 del 7 de diciembre de 2001, expedido por la Gerente Administrativa de SEAPTO S.A., en el que informa el procedimiento utilizado para la liquidación de la contribución parafiscal.

* Certificado de la empresa SEAPTO S.A., señalando las sumas consignadas por concepto de aporte parafiscal del 1%, en la cuenta perteneciente a la Lotería del Tolima, de fecha del 14 de diciembre de 2001.

* Certificación de afiliación del Señor José Edgar Orjuela como vendedor activo en la empresa

SEAPTO S.A.

* Certificado expedido por la Tesorera de la Lotería del Tolima, con fecha 18 de diciembre de 2001, mediante el cual rinde informe sobre el monto de las sumas recaudadas por concepto de contribución parafiscal y su destinación, indicando que ésta debe ser determinada por FONDOAZAR.

* Oficio 0977 del 17 de diciembre de 2001 expedido por la Gerente Administrativa de SEAPTO S.A., en el que manifiesta la imposibilidad de expedir certificación con relación a las comisiones canceladas al Señor José Edgar Orjuela, por cuanto éste no figura como vendedor.

* Fotocopia de los oficios 1646 del 8 de mayo, 2703 del 6 de julio, 4698 del 26 de octubre, 4701 del 26 de octubre y 4700 del 26 de octubre, todos de 2001, expedidos por la Jefe de la Oficina Jurídica y de Apoyo Legislativo del Ministerio de Salud, mediante los cuales se absuelven varias consultas elevadas a dicha oficina en relación con la aplicabilidad de la Ley 643 de 2001, el recaudo de la contribución parafiscal del 1% allí consagrada y con la organización y funcionamiento de FONDOAZAR.

I. DECISION OBJETO DE REVISION

La demanda correspondió al Juzgado Primero Civil del Circuito del Espinal, Tolima, quien por sentencia del 19 de diciembre de 2001 denegó el amparo solicitado. Consideró el a-quo que la obligación de la entidad accionada respecto de la contribución parafiscal que SEAPTO S.A. descuenta al accionante y a los demás colocadores de apuestas permanentes, es la de un simple recaudador, luego, mal podría pretenderse que aquélla afiliara al señor José Edgar Orjuela al Sistema de Seguridad Social en Salud, puesto que ésta es una función que compete directamente al Fondo de Colocadores de Loterías y Apuestas Permanentes FONDOAZAR.

Por lo anterior, no es competente el juez de tutela para enervar los efectos y alcances de una ley que tiene aplicación a lo largo y ancho del territorio nacional. Esta circunstancia, por sí misma y aisladamente considerada, impide la prosperidad de la acción de tutela impetrada

por el accionante.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE

Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

2. El asunto bajo revisión

El actor considera que los descuentos realizados sobre sus ingresos como contribución parafiscal destinada específicamente a financiar la prestación del servicio de seguridad social en salud afectan su subsistencia personal y familiar, teniendo en cuenta que, a pesar de realizar los aportes, no recibe ninguna contraprestación, por lo que considera que procede la tutela como mecanismo transitorio con la finalidad de suspender el recaudo de la referida contribución, mientras no le sea prestado el servicio de salud a él y a sus beneficiarios.

La Corte deberá analizar si en este caso la tutela procede como mecanismo transitorio para suspender el pago de la contribución parafiscal sobre el 1% de los ingresos percibidos por el accionante como agente colocador de apuestas permanentes, creada por la Ley 643 de 2001, mientras se comienza a prestar el servicio de salud a estos trabajadores.

3. Principio de subsidiariedad de la acción de tutela

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela sólo procede “cuando el afectado no disponga otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable,” disposición reiterada por el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991. Así pues, en razón a su naturaleza residual y subsidiaria, la acción de tutela es improcedente cuando el ordenamiento prevé otros mecanismos para la protección del derecho invocado, o cuando aquéllos no se ejercieron o se ejercieron en forma extemporánea y se pretende utilizar la tutela para suplir o enmendar dicha inactividad. De igual forma, la referida acción resulta improcedente para obtener un pronunciamiento más ágil o para evitar las cargas procesales propias de quien accede a la jurisdicción ordinaria.

En relación con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, la Corte ha señalado lo

siguiente:

“Se recalca que la justicia constitucional no puede operar como un mecanismo de protección paralelo y totalmente ajeno a los medios de defensa judiciales de carácter ordinario, sino que, por el contrario, se debe procurar una coordinación entre éstos, con el fin de que no ocurran interferencias indebidas e invasiones de competencia no consentidas por el Constituyente. Es precisamente la adecuada aplicación del principio de subsidiariedad lo que logra la articulación de los órganos judiciales en la determinación del espacio jurisdiccional respectivo.”¹

En este orden de ideas, la acción de tutela es improcedente cuando a través suyo se pretende la ejecución de una ley o de un acto administrativo, pues para ello el accionante cuenta con otro instrumento jurídico, como es la acción de cumplimiento consagrada en el artículo 87 de la Constitución, materia sobre la cual el juez de tutela claramente carece de competencia.

La referida acción tampoco procede para enervar o suspender los efectos de una norma jurídica de carácter general y abstracto, para lo cual existen otras vías judiciales ordinarias, siendo además que el objeto de la acción de tutela consiste en garantizar, a través de un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los derechos fundamentales efectivamente vulnerados o amenazados.

4. Improcedencia de la tutela para reclamar la suspensión de contribuciones parafiscales

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 50 de 1990, los colocadores de apuestas permanentes independientes son aquellas personas que “por su propio medio se dediquen a la promoción o colocación de apuestas permanentes, sin dependencia de una empresa concesionaria, en virtud de un contrato mercantil.”

Ahora bien, la Ley 643 de 2001, por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, consagra en su artículo 56 una contribución parafiscal para la Seguridad Social de dichos trabajadores, en los siguientes términos:

“Créase una contribución parafiscal a cargo de los colocadores independientes

profesionalizados de loterías y/o apuestas permanentes, equivalente al uno por ciento (1%) del precio al público de los billetes o fracciones de lotería o del valor aportado en cada formulario o apuesta en las apuestas permanentes. La contribución será descontada de los ingresos a los cuales tienen derecho estos colocadores y será recaudada por las loterías y deberán ser girados dentro de los primeros diez (10) días del mes siguiente en la forma en que determine el reglamento que para el efecto expida el Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar.

“La contribución será administrada en la forma como lo establezca el contrato de administración celebrado entre el Gobierno Nacional y las organizaciones legalmente constituidas para representar a los beneficiarios. El contrato de administración tendrá una vigencia de tres (3) años prorrogables y deberá someterse a las normas Constitucionales y legales vigentes para la administración y vigilancia de los recursos públicos parafiscales.”

Con el objeto de financiar la seguridad social de dichos trabajadores, en el artículo 57 de la misma ley se crea el Fondo de Colocadores de Lotería y Apuestas Permanentes “Fondoazar,” que se constituye con los aportes correspondientes a la referida contribución parafiscal. Dicha norma establece que el Fondo será administrado por sus beneficiados a través de las organizaciones constituidas por ellos, en la forma que señale el reglamento, y sus recursos “se destinarán exclusivamente a cubrir la parte que corresponda a los vendedores por su afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, los excedentes si los hubiere se destinarán a ampliar el POS de esta población.”

De esta manera, las empresas explotadoras y administradoras del monopolio rentístico en la modalidad del juego de loterías y apuestas permanentes están en la obligación de recaudar el porcentaje correspondiente a la contribución parafiscal en comento, así el Gobierno Nacional no haya celebrado el contrato de administración con las organizaciones legalmente constituidas para representar a los beneficiarios ni se haya reglamentado dicho Fondo.

El hecho de que no exista un contrato en tal sentido ni que se haya reglamentado el Fondo no justifica la procedencia de la tutela para exigir que las autoridades correspondientes efectivamente lo lleven a cabo. En efecto, siendo subsidiaria y residual, la acción de tutela resulta improcedente para procurar el cumplimiento de dicha normatividad, pues para ello el ordenamiento prevé otros mecanismos ordinarios tales como la acción de cumplimiento, la

cual no compete ventilar al juez constitucional.

Aduce el accionante, además, que como “se le está haciendo el descuento del 1% de aporte parafiscal y este recaudo lo recibe la Lotería del Tolima, se crea la obligación de prestar el servicio de seguridad social; pero como no se presta se debe suspender la contribución como medida provisional.”

Por las mismas razones expuestas anteriormente, la acción de tutela tampoco procede para solicitar la suspensión del recaudo al que están sujetos los colocadores de loterías y apuestas independientes, pues ello equivaldría a ordenar el desacato a una disposición legal, en este caso la Ley 643 de 2001, lo cual es abiertamente contrario al ordenamiento constitucional. No sobra advertir que si el accionante considera que el artículo 56 de dicha ley vulnera la Carta Política, bien puede demandarla ante esta corporación en ejercicio del derecho político consagrado en el artículo 241 de la Constitución.

Por otra parte, vale la pena recordar la naturaleza jurídica de la contribución parafiscal, para concluir que su pago, demás de obligatorio,² no implica una contraprestación directa y equivalente por parte del Estado en favor del sujeto pasivo sino del gremio en general al que pertenece, en este caso el de los colocadores de loterías y apuestas independientes. Al respecto, resulta ilustrativa la sentencia C-152 de 1997,³ en donde la Corte explicó las características esenciales de las contribuciones parafiscales así:

“1a. Son obligatorias, porque se exigen, como todos los impuestos y contribuciones, en ejercicio del poder coercitivo del Estado; 2a. Gravan únicamente un grupo, gremio o sector económico; 3a. Se invierten exclusivamente en beneficio del grupo, gremio o sector económico que las tributa; 4a. Son recursos públicos, pertenecen al Estado, aunque están destinados a favorecer solamente al grupo, gremio o sector que los tributa; 5a. El manejo, la administración y la ejecución de los recursos parafiscales pueden hacerse por personas jurídicas de derecho privado (generalmente asociaciones gremiales), en virtud de contrato celebrado con la Nación, de conformidad con la ley que crea las contribuciones, o por los órganos que forman parte del presupuesto general de la Nación; 6a. El control fiscal de los recursos originados en las contribuciones parafiscales, para que se inviertan de conformidad con las normas que las crean, corresponde a la Contraloría General de la República; 7a. Las contribuciones parafiscales son excepcionales. Así lo consagra el numeral 12 del artículo 150

al facultar al Congreso para establecer excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley.”

Por último, debe aclararse que las entidades que cumplen la función de recaudo de la contribución no están en la obligación de afiliar a los sujetos pasivos de la misma al régimen de seguridad social, sino la entidad concesionaria a la cual están vinculados contractualmente.

4. Análisis del caso concreto

El señor José Edgar Orjuela considera que los descuentos realizados sobre sus ingresos en razón a la referida contribución parafiscal afectan su subsistencia personal y familiar, por lo cual solicita suspender el recaudo de la misma hasta que no le sea prestado el servicio de salud a él y a sus beneficiarios.

Así pues, la pretensión del accionante se dirige a enervar la obligatoriedad de una disposición general y abstracta, como es el artículo 56 de la Ley 643 de 2001, aduciendo que, a pesar de que desde el mes de agosto de 2001 le han venido descontando el 1% de sus ingresos como ordena la norma, no ha recibido la respectiva contraprestación.

Como se demostró, la acción de tutela resulta improcedente para alcanzar dicho objetivo y, además, debe tenerse en cuenta que la referida norma, que establece todos los elementos del tributo tales como los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables y la tarifa aplicable, goza de plena obligatoriedad en la medida en que está vigente y no ha sido declarada inconstitucional por parte de la Corte. Por lo tanto, escapa de la órbita del juez de tutela ordenar su incumplimiento o suspender su ejecución hasta que se satisfagan las pretensiones del accionante, pues lo anterior no sólo desnaturalizaría la acción de tutela sino excedería claramente el alcance de las funciones del juez constitucional.

Sumado a lo anterior, es necesario aclarar que la Lotería del Tolima, en ejercicio de su función recaudadora de la contribución parafiscal a que alude el artículo 56 de la Ley 643 de 2001, no está obligada a afiliar a los colocadores de apuestas independientes al Sistema de Seguridad Social, como alega el accionante. Además, resulta contrario a toda lógica conceder una tutela en su contra, cuando al recaudar dicha contribución simplemente está dando cumplimiento a un mandato legal, lo cual tiene un claro sustento constitucional pues, al tenor

del artículo 4 de la Carta Política, es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y el artículo 6 ibídem consagra que los servidores públicos son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, así como por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Por último, conviene señalar que la acción de tutela no procede en este caso como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, en la medida en que el accionante no acredita la inminencia y la gravedad del mismo, ni la urgencia de las medidas llamadas a adoptarse por vía de tutela para evitarlo. El actor se limita a afirmar que dichos descuentos, que ascienden a la suma de \$278.289 para la fecha en que interpuso la tutela, afectan su subsistencia personal y familiar, cuando está demostrado que cuenta con un trabajo estable como colocador de apuestas, del cual devenga los recursos necesarios para sobrevivir y mantener su familia, siendo además, en sana lógica, que un descuento del 1% sobre sus ingresos no es un monto que afecte gravemente sus ingresos totales.

En todo caso, se trata de una contribución ordenada por el legislador en ejercicio de la potestad impositiva del Estado y, por tanto, constituye un daño jurídico, esto es, que el accionante está obligado a soportar, en la medida en que encuentra su justificación en la propia Constitución (Art. 150-12).

Tampoco puede aceptarse que unos recursos que se destinarán exclusivamente a cubrir la parte que corresponda a los referidos vendedores por su afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud y cuyos excedentes, si los hubiere, se destinarán a ampliar el POS de esta población, afecten de manera alguna la subsistencia del accionante, aun cuando en el momento no pueda obtener el beneficio de dicha destinación, como miembro del gremio favorecido.

Por las anteriores consideraciones, la decisión de única instancia será confirmada en su integridad.

IV. DECISION

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

RESUELVE :

Primero.- CONFIRMAR la sentencia proferida por Juzgado 1 Civil del Circuito del Espinal, Tolima, del 19 de diciembre de 2001, dentro de la acción de tutela de la referencia.

Segundo.- LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

LA SECRETARIA GENERAL

DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

Que el H. Magistrado doctor Alfredo Beltrán Sierra, no firma la presente sentencia por cuanto se encuentra en comisión en el exterior, la cual fue debidamente autorizada por la Sala Plena.

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Sentencia T-575 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

2 Respecto de este carácter obligatorio, la Corte ha señalado que “la parafiscalidad hace relación a unos recursos extraídos en forma obligatoria de un sector económico para ser reinvertidos en el propio sector, con exclusión del resto de la sociedad.” (Sentencia C-449 de 1992)

3 M.P. Jorge Arango Mejía.