

Campus Universitario del Puente del Común, Chía, Cundinamarca, Septiembre 1º de 2003.

Honorable Magistrado
ÁLVARO TAFUR GALVIS
H. CORTE CONSTITUCIONAL.
Calle 12 # 7-65
Palacio de Justicia Alfonso Reyes Echandía
E.S.D.

Referencia: Expediente Número D-4758.

Norma Acusada: Ley 643 de 2001, artículo 5, Juegos de Suerte y Azar. Juegos Excluidos.

Actor: Julio César López Espinosa.

Hernán Alejandro Olano García, ciudadano en ejercicio identificado como aparece al pie de mi firma, actuando como comisionado de la ACADEMIA COLOMBIANA DE JURISPRUDENCIA, entidad en la cual ostento el título de Miembro Correspondiente, mediante el presente escrito y dentro del término concedido, presento respuesta al Oficio 1339 de la Secretaría General de la Corte Constitucional, en relación con el proceso de la referencia, seguido parcialmente en contra del artículo 5 de la Ley 643 de 2001, que no reproduzco por ser de Usted conocido.

DEL CONCEPTO SOLICITADO:

Mediante oficio 1339 de agosto 19 de 2003, emanado de la Secretaría General de la Corte Constitucional y recibido el día diecinueve (19) en la Academia Colombiana de Jurisprudencia, el H. Magistrado Álvaro Tafur Galvis solicita a la Corporación, si lo estimase oportuno, concepto que se emite dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la citada comunicación.

En sesión ordinaria del miércoles veinte (20) de agosto de 2003, el Señor Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, ha tenido a bien asignarme la consulta formulada, de acuerdo con el consecutivo A.C.J. C.C. 00-064, aunque encontrándome en esas fechas en la República Argentina, recibí la comunicación finalmente el lunes veinticinco (25) de agosto de 2003.

Teniendo en cuenta que el proceso versa sobre la exclusión del ámbito de la Ley 643 de 2001 de los sorteos promocionales que realicen los comerciantes o los industriales para impulsar las ventas, las rifas para el financiamiento del cuerpo de bomberos, los juegos promocionales de las beneficencias departamentales y los sorteos de las sociedades de capitalización que sólo podrán ser realizados directamente por estas entidades.

Los arbitrios rentísticos, son temas a los que se referían los artículos 31 y 32 de la Constitución de 1886. Estos artículos señalaban:

"Artículo 31.- Ninguna ley que establezca un monopolio podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una industria lícita.

"Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio Rentístico y en virtud de ley.

"Sólo podrán concederse privilegios que se refieran a inventos útiles y a vías de comunicación."¹

(Art. 4o. del Acto Legislativo número 3 de 1910).

"Artículo 32.- Se garantizan la libertad de empresa y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, pero la dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados, para racionalizar y planificar la economía a fin de lograr el desarrollo integral.

". . ."

(Art. 6o. del Acto Legislativo número 1 de 1968).

Ya en desarrollo del artículo 32, la Nación se había pronunciado expidiendo la Ley 10 de 1990, que en su artículo 42 dijo: "**Arbitrio rentístico de la Nación.** *Declárase 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.*"

Posteriormente el Constituyente de 1991 reformó los artículos 31 y 32 de la anterior Carta con el artículo 336, que a la letra dice:

"**Artículo 336.** Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley.

"La ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita.

"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 destinados exclusivamente a los **servicios de salud.**

". . ."2

Así, según la sentencia C - 313, de 7 de julio de 1994 de la Corte Constitucional, se infiere, *exempli gratia*, de la preceptiva del artículo 366 Superior, de acuerdo con cuyo tenor literal "*El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud y de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable. Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.*"

¹ OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. *Constitución Política de Colombia – Comentada y Concordada*-. Sexta edición. Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, D.C., 2002. Página 795.

² OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. Op. Cit., Página 795

La Corte Constitucional, ya se ha pronunciado sobre el Arbitrio Rentístico, Juegos de Suerte y Azar y Monopolio sobre el arbitrio rentístico, a través de los siguientes fallos:

T-425/92
C-005/93
C-126/93
C-475/94
T-291/94
C-587/95
C-149/97
C-521/97
C-256/98
C-540/01
C-584/01
c-837/01
C-1108/01
C-1114/01
C-1191/01

Según Henri Capitant³, Monopolio es el régimen de derecho, o de hecho, que substraer a una empresa o a una categoría de empresas del régimen de la libre concurrencia y les permite así ser dueñas de la oferta en el mercado. En cuanto a las condiciones de establecimiento del monopolio, distínguese el monopolio de hecho del monopolio de derecho, según que resulte de la ley o simplemente de determinadas circunstancias económicas o administrativas. En consideración al beneficiario, el monopolio es público o privado, según sea en beneficio del Estado o de los particulares. Los monopolios públicos se subdividen, a su vez, por el objeto perseguido, en monopolios fiscales y monopolios administrativos, según se dirijan a procurar a la colectividad pública recursos financieros o persigan un objeto de interés general; pudiendo existir monopolios mixtos, en partes fiscales y en parte de interés.

Según el demandante, todo lo relacionado con la organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos deberá someterse a un estatuto básico y excluir los juegos promocionales y las rifas enumeradas en la demanda, constituyen una violación directa a la preceptiva constitucional, al no incluirse dentro de una ley de régimen propio, sin que cancelen los dineros destinados a la salud y al cumplimiento a través de este servicio de las finalidades sociales del Estado.

En la Sentencia C-475 de 1994, la Corte expresó su parecer respecto de lo que debe entenderse por **régimen propio**, de acuerdo con la distinción hecha por el ciudadano interviniente en ese proceso (el D-534), doctor Jesús Vallejo Mejía:

"El asunto gira en torno de lo que deba entenderse por régimen propio dentro del contexto de las disposiciones constitucionales pertinentes.

"A la voz propio corresponden varias acepciones, según lo registra el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, algunas de las cuales nada tienen que ver en relación con lo que aquí se trata. Otras en cambio, pueden servir para calificar un régimen dado, como las siguientes:

³ CAPITANT, Henri. *Vocabulaire juridique*, París, 1936. Página 339.

" 2. Característico, peculiar de cada persona o cosa. 3. Conveniente, adecuado."

"Que de acuerdo con el artículo 336 de la Constitución Política el régimen de los monopolios rentísticos debe ser característico o peculiar, no significa que dicho régimen deba constar en un cuerpo legal que se abstenga de tratar sobre cualquier otro tema.

"Igual consideración debe hacerse si se entiende que lo de propio en la disposición constitucional referida quiere decir conveniente o adecuado."

Las rifas a las que se refiere el párrafo son **las menores**, sobre las cuales **no se estableció el arbitrio rentístico monopólico**. Por consiguiente, no son objeto de la restricción constitucional, en lo referente a su organización, administración, control y explotación, aunque la evasión que pueda causarse con las mismas no debe ser tal que imponga al Estado una grave carga para que con ella llegue a incumplir sus obligaciones sociales.

Si bien la Sentencia C-587 de 1995 citada por el demandante, dice que: "*Cuando la ley crea un monopolio, debe hacerlo, por expreso mandato constitucional (artículo 336 C.P.), como arbitrio rentístico, es decir, con la finalidad única de obtener recursos para el fisco, lo cual excluye de plano toda posibilidad de que se repartan utilidades a particulares, así sea parcialmente, pues con ello se desvirtuaría por completo la específica y perentoria exigencia del Constituyente*", la exclusión que fija el artículo 5° de la Ley 643 de 2001 no considero que vulnere el derecho a la igualdad que también alega el accionante.

Por las anteriores razones, las posibles transgresiones a los artículos 13 y 336 contenidas en el cargo de la demanda del señor López Espinosa, no prosperan, ya que las rifas no son monopolio del Estado, pero sí parte del monopolio rentístico de la Nación, pues en cada caso deben ser objeto de autorización por autoridad legalmente competente, como esa misma Corporación lo estimó en la Sentencia C-1114 de 2001.

Aún cuando el artículo 5° de la Ley 643 de 2001 fue ya estudiado en su extensión y declarado exequible en la Sentencia C-1191 de 2001, Magistrado Ponente (e) Rodrigo Uprimny Yepes, en la que el proceso fue resuelto en relación con los cargos del actor formulados y analizados por la Corte, conforme a los señalado en los fundamentos 34 (no vulneración de la autonomía financiera de las entidades territoriales) y 43 (no desconocimiento de la reserva de ley) de la parte motiva de esa ya citada sentencia.

La exclusión del ámbito de la Ley 643 de 2001 de los sorteos promocionales que realicen los comerciantes o los industriales para impulsar las ventas, las rifas para el financiamiento del cuerpo de bomberos, los juegos promocionales de las beneficencias departamentales y los sorteos de las sociedades de capitalización que sólo podrán ser realizados directamente por estas entidades, por no ser servicios estrictamente indispensables, de acuerdo con la mención expresa y clara de la citada ley.

CONCLUSIÓN:

En mérito de lo expuesto, concluimos que NO debe prosperar la pretensión de inconstitucionalidad contra el artículo 5 de la Ley 643 de 2001 en sus apartes acusados, promovida por el ciudadano Julio César López Espinosa, ante la H. Corte Constitucional.

Del H. Magistrado Tafur Galvis, con todo respeto,

HERNÁN ALEJANDRO OLANO GARCÍA
Miembro Correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia
C.C. 6.776.897 de Tunja
T.P. 57752 del C.S. de la J.

HAOG/haog.