

REPUBLICA DE COLOMBIA



CORTE CONSTITUCIONAL

SENTENCIA C-1108/2001

Ref: Expediente D-3507
Demanda de inconstitucionalidad contra el
artículo 37 de la Ley 643 de 2001.

Actor:
Enrique José Arboleda Perdomo.

Magistrados Ponentes:
RODRIGO ESCOBAR GIL
MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) octubre de dos mil uno (2001)

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Enrique José Arboleda Perdomo, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, demandó la inexecutable del artículo 37 de la Ley 643 de 2001.

La Corte mediante auto de abril treinta (30) de 2.001, proferido por el Despacho del magistrado sustanciador, Rodrigo Escobar Gil, admitió la demanda y dio traslado al señor Procurador General de la Nación para lo de su competencia.

Como durante el curso de la discusión del proyecto de sentencia en Sala Plena surgieron diferencias de criterio en torno a algunos aspectos del mismo, la Sala acordó encomendar la ponencia sobre tales aspectos, de modo que se recogiese la opinión mayoritaria, al Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra.

Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución y en el Decreto 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA

El tenor de la disposición cuya inconstitucionalidad se demanda, es el siguiente, según aparece publicada en el Diario Oficial No 44.294 de enero dieciséis (16) de 2001:

LEY 643 DE 2001

“por la cual se fija el régimen del monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar”

“Artículo 37. Eventos hípicas. Las apuestas hípicas nacionales pagarán como derecho de explotación el dos por ciento (2%) de sus ingresos brutos.

Las apuestas hípicas sobre carreras foráneas pagarán como derechos de explotación el quince por ciento (15 %) de sus ingresos brutos.

En el caso que el operador de apuestas hípicas nacionales, explote apuestas hípicas sobre carreras foráneas pagará como derecho de explotación el cinco por ciento (5 %) de los ingresos brutos.

Parágrafo 1°. Los premios de las apuestas hípicas que se distribuyan entre el público, no podrán ser inferiores al sesenta por ciento (60 %) de los ingresos brutos.

Parágrafo 2° Los derechos de explotación derivados, de las apuestas hípicas, son propiedad de los municipios o del Distrito Capital, según su localización”.

III. LA DEMANDA

1. Normas constitucionales que se consideran infringidas

Estima el actor que la disposición acusada es violatoria de los artículos 13, 333, 336, 157, 160, y 161 de la Constitución Política de Colombia.

2. Fundamentos de la demanda

El ciudadano Arboleda Perdomo plantea dos cargos en contra del artículo demandado. El primero se refiere al trámite legislativo y el segundo tiene que ver con la presunta trasgresión de las normas relativas al principio de igualdad, a la libre competencia y a los monopolios rentísticos.

2.1. Para sustentar el primer cargo realiza un pormenorizado recuento, en relación con lo acusado, del trámite legislativo del proyecto que luego se convertiría en Ley 643 de 2001.

Señala que de dicho recuento es posible concluir que *“[n]i la materia ni el texto de la regulación contenidas en el artículo 37 de la Ley 643 de 2001 fueron aprobados en primero y segundo debates por la Cámara de Representantes.”*

Al respecto, afirma el actor que en los dos debates que se realizaron en la Cámara de Representantes, tanto en la Comisión Tercera, como en la Plenaria, no se incluyó regulación alguna sobre el tema de los eventos hípicos o en general sobre las apuestas en las carreras de caballos. Agrega que la intención declarada de los ponentes fue exactamente la de no reglamentar el asunto, manteniendo la legislación existente, es decir, la Ley 6° de 1992.

Expresa que sólo en la ponencia para primer debate en la Comisión Tercera del Senado, una vez agotado el trámite en la Cámara, se analiza el tema de las apuestas y se incluye una propuesta orientada a establecer una prohibición para los operadores nacionales que no tengan hipódromos, para la explotación apuestas sobre carreras foráneas. En su concepto, este nuevo tema o materia por regular con su respectivo articulado no pasó por la Cámara de Representantes, ni sufrió los correspondientes debates. Con ello se habría violado la Constitución Política, pues se promulgó una regulación que no había cursado el trámite legislativo completo.

A juicio del libelista no es suficiente para que quedara válidamente expresada la voluntad del legislador, que se manifieste, que al salir el proyecto de ley de la Plenaria del Senado, se conformaron las comisiones de conciliación y el texto acordado entre ellas fue sometido a la plenaria de las Cámaras, porque no se estaba en presencia de “textos” cuya redacción o cuyas soluciones legislativas fueran diferentes en una y otra cámara, sino que en este caso, en los dos debates de la Cámara de Representantes, no hubo decisión alguna, pues los ponentes, expresamente, excluyeron de la discusión y aprobación lo referente a las apuestas o eventos hípicos, y por tal razón no había dos textos para conciliar sino uno sólo.

Trae a consideración citas de la Sentencia C-702 de 1999, proferida por esta Corporación para señalar que *“la doctrina constitucional transcrita declara que es inconstitucional una norma jurídica cuando la materia que ella regula no fue objeto de discusión en los cuatro debates que ordena la Carta Fundamental, por lo cual en el caso que nos ocupa al no haberse debatido en la Comisión Tercera Constitucional de la Cámara de Representantes al darse el primer debate de la ley el tema de las apuestas hípicas, ni tampoco haber sido objeto de consideración en el segundo debate en la Cámara en Pleno, la decisión que sobre el mismo adoptó la comisión accidental de conciliación no suple la ausencia de tales debates y la necesidad de las aprobaciones correspondientes.*

Estima que es claro, entonces, que el artículo 37 de la Ley 643 de 2001 es inconstitucional por no haber sido sometido a los cuatro debates que ordena la Constitución Política.

2.2. Pasa el actor a sustentar el cargo por violación de las normas constitucionales que consagran la igualdad, la libre empresa en condiciones de sana y leal competencia y los monopolios rentísticos.

Con relación al principio de igualdad, expresa que la norma lleva implícita

una especie de prohibición para los operadores nacionales que no tengan hipódromos, pues deben pagar un 10 % más de regalías que los operadores que si los tengan. En este orden de ideas, la norma acusada consagraría un verdadero privilegio a favor de los “operadores de apuestas hípcas nacionales”, porque ellos deben pagar el 5 % de los ingresos brutos por explotar las carreras foráneas, mientras que los demás operadores nacionales deben pagar el 15 %, es decir que se establecen unas regalías altas para unos y bajas para otros, que implica para los primeros una prohibición de hecho, situación que se torna aún mas grave si se tiene en cuenta que sólo opera un hipódromo en nuestro país.

Sostiene el demandante con relación al mencionado cargo que en el presente caso, se encuentra que el artículo enjuiciado, está regulando una misma actividad, que es la explotación en Colombia de las apuestas sobre carreras hípcas que se realizan en el extranjero. En cuanto a los sujetos, hay dos clases, los que explotan tales carreras al mismo tiempo que operan carreras nacionales y los que no las operan y dos obligaciones fiscales a saber, los primeros pagan el 5 % como derecho de explotación y los segundos el 15 %. La pregunta que, según el actor, debe plantearse para aplicar un test de razonabilidad, es la siguiente: “¿constitucionalmente se justifica la diferencia entre operadores con carreras nacionales y sin tales carreras, y se justifica la diferencia económica de un 10 % de los ingresos brutos entre ellos?”

En concepto del ciudadano Arboleda Perdomo la respuesta para los anteriores interrogantes es negativa, por lo cual concluye que el artículo 37 de la Ley 643 de 2001 es abiertamente inconstitucional y afirma además que el resultado del juicio de razonabilidad de esta distinción entre operadores es contrario a la Constitución, pues la diferenciación entre las dos clases de empresarios no es consecuencia de la necesidad de proteger la industria híptica, o la cría de caballos etc., típica medida de carácter intervencionista, sino la de crear una prohibición de hecho, gravando económicamente un grupo de personas con el fin de dar ventaja económica a otro grupo social. Como la base de tal privilegio no son los méritos o los fines de fomento que legitiman las medidas de intervención económica, este se torna arbitrario.

Como la posibilidad de explotar un juego de suerte y de azar es indiscutiblemente una oportunidad económica, es decir una posibilidad de realizar negocios por concesión del Estado. Debido a que el principio democrático exige que todas las oportunidades que se encuentren en cabeza de este deben ser entregadas en las mismas condiciones, no puede entonces haber privilegio entre las personas que las ejercen y las disfrutan. Castigar, agrega el actor, a unas personas que ejercen una oportunidad dándole ventajas a otras implica romper la igualdad entre los concesionarios.

Al no existir una racionalidad constitucional que justifique la diferencia entre los dos tipos de operadores de apuestas para efectos del pago de los derechos de explotación, la ley crea un desequilibrio entre ellos lo que influye entonces en una competencia insana, pues la diferencia de un 10 % en los ingresos brutos lejos de invertirse en un verdadero fomento de una

actividad confiere una clara ventaja a un empresario frente a otro y por lo tanto vulnera el principio de la libre empresa y demás normas constitucionales que consagran como regla de conducta la lealtad en la competencia económica, vulnerándose así los artículos 333 y 336 de la Constitución.

Por último, agrega el demandante que de la lectura de los antecedentes legislativos se desprende que con el 15 % establecido, no se buscó regular el monopolio rentístico creando una tarifa económicamente razonable sino crear una prohibición de hecho a la actividad de las apuestas que no fueran operadas en hipódromos nacionales, razón por la cual lo que verdaderamente respeta la voluntad del legislador, es declarar en la sentencia que la legislación vigente es la contenida en la Ley 6 de 1992 y esperar que con relación a este tema, con el suficiente debate e ilustración, el legislativo cambie las tarifas y las adecue a la realidad económica tanto del monopolio fiscal como del negocio mismo de las apuestas en las carreras hípicas.

IV. INTERVENCIONES

1. Intervención del Ministerio de Salud

El ciudadano Bernardo Alfonso Ortega Campo, actuando en representación del Ministerio de Salud, y dentro de la oportunidad procesal prevista, presentó escrito de intervención en defensa de la disposición demandada, solicitando, la declaratoria de exequibilidad de la misma.

El interviniente, señala que la jurisprudencia constitucional se ha referido al monopolio, exigiendo que se cumplan las provisiones establecidas en el artículo 336 de la Constitución Política, en el cual se demanda que el establecimiento del monopolio se haga como arbitrio rentístico y con la finalidad de interés público y social.

Agrega el ciudadano que como Estado Social de Derecho, Colombia debe cumplir unas funciones claramente determinadas en lo social, en lo político y en lo económico, y como tal se fundamenta en la prevalencia del interés general, en el servicio a la comunidad, en la promoción de la prosperidad general dentro de un contexto de respeto a los principios y a los derechos fundamentales del hombre y de la sociedad.

La actual Carta Fundamental considera algunas funciones que debe cumplir el Estado a través de las instituciones previstas para tal fin, entre las cuales se considera la de regulación económica que busca garantizar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, la distribución eficiente de los recursos y de las oportunidades.

Con relación a la ley de monopolios rentísticos, sostiene el ciudadano textualmente, *“tal y como lo expresa el Doctor Juan Camilo Restrepo Salazar, en su calidad de Ministro de Hacienda y Crédito Público, se reconoce expresamente la titularidad que los departamentos, distritos y*

municipios tienen sobre el monopolio rentístico de las loterías tradicionales, estableciendo un sistema administrativo y operativo que permite una mayor eficiencia en la posible explotación del mercado de los juegos de suerte y azar (...)”

Con relación al primer cargo, luego de hacer un pormenorizado análisis de lo establecido en los textos de la ponencia para primer y segundo debate al proyecto de ley 035 de 1999 Cámara, “Por el cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar”, de la Gaceta del Congreso No. 493 de diciembre 1 de 1999, en la cual se transcribe el texto del proyecto de ley mencionado, aprobado en primer debate por la Comisión Tercera Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes en sesión ordinaria del día 19 de noviembre de 1999, de la Gaceta del Congreso No 565 de diciembre 21 de 1999, en la cual aparece el texto definitivo del proyecto de ley mencionado, aprobado en segundo en sesión plenaria de la Cámara de Representantes el día 7 de diciembre de 1999, de la Gaceta del Congreso No. 154 de mayo 23 de 2000, en la cual aparece la ponencia para primer debate al proyecto de ley 214 de 2000 Senado, “por el cual se fija el Régimen Propio del Monopolio Rentístico de los Juegos de Suerte y Azar” y el Pliego de Modificaciones al citado proyecto y en la Gaceta del Congreso No. 177 de mayo 31 de 2000, en donde figura un “Adendo Modificatorio para el Primer Debate al Proyecto de Ley mencionado...” El interviniente, llega a la conclusión que el mismo texto conciliado es el que aparece en la Ley 643 de enero 16 de 2001, publicado tanto en la gaceta del Congreso No 12 de febrero de 2001, como en el Diario Oficial No 44.294 de enero 17 de 2001.

Con lo anteriormente expuesto, aduce el ciudadano, se demuestra claramente que el texto de la norma acusada fue objeto del trámite legalmente previsto para la conciliación de disposiciones que presentan diferencias entre los textos aprobados tanto en Cámara como en Senado y trae a colación lo manifestado por el doctor Orlando Vásquez Velásquez, Senador Ponente de la Ley 5 de 1992, “las comisiones de Mediación o de Conciliación que son interparlamentarias o mixtas cumplen una novedosa gestión al desarrollar el artículo 161 constitucional: son integradas por los Presidentes de las Cámaras, como comisiones accidentales, para superar las discrepancias que surgieren respecto del articulado de un proyecto. Sus informes son definitivos en la consideración final que de los textos realicen las Cámaras. (no cierra comillas) y apartes de la Sentencia C-072 de 1999.

En cuanto al Segundo cargo, el cual hace relación con la violación de las normas constitucionales que consagran la igualdad de todos los asociados y la libre empresa en condiciones de sana y leal competencia, advierte el interviniente que en la norma demandada no se presenta la desigualdad que pretende advertir el actor, en razón a que si se observa el texto de la misma, lo que la disposición genera es un trato desigual entre diferentes, pues uno es el porcentaje que deben pagar el operador de apuestas hípcas nacionales que explote apuestas hípcas sobre carreras foráneas y otro el operador de carreras foráneas, razón por la cual no se puede manifestar que se está ante un mismo operador, por lo tanto no se da la discriminación que se expresa en la demanda.

2. Intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público

La ciudadana María Olga Montejo Fernández, actuando en representación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y dentro de la oportunidad procesal prevista, presentó escrito de intervención en defensa de la disposición demandada, solicitando, la declaratoria de exequibilidad de la misma.

Afirma la interviniente, que no existe vulneración de las normas constitucionales artículos 157, 160 y 161, ni legales (Ley 5 de 1992) invocadas por el actor, toda vez que se fue riguroso en el trámite establecido tanto en la Constitución como en el Reglamento del Congreso, y que la discrepancia surgida entre la Cámara y el Senado respecto de la remisión de los eventos hípicos a la Ley 6 de 1992 y de excluirlos de esta ley fue abordada y regulada en el texto definitivo que dio origen a la Ley 643, observando el trámite que se contempla para estos efectos por el artículo 161 de nuestra carta Magna.

La misma jurisprudencia, agrega la ciudadana, sentencias C-167 y C-376 de 1993, ha determinado que para que se pueda integrar la comisión accidental mixta a que se alude en el artículo 161, es indispensable que entre los proyectos aprobados por las plenarias de cada una de las cámaras legislativas haya discrepancias y esto fue justamente lo que se dio en el trámite de la ley objeto de la demanda y concretamente en el artículo 37, toda vez que en los textos aprobados en las plenarias como quedo demostrado, en los dos de la cámara se aprobó la exclusión de los eventos hípicos en el proyecto de ley y en el Senado se aprobó la incorporación de tales eventos en el proyecto de ley fijándoles las tarifas respectivas, razón por la cual hubo lugar a la integración de las comisiones accidentales y al trámite respectivo, reiterándose la no violación de las disposiciones aludidas.

En cuanto al segundo cargo, tampoco se presenta violación al artículo 13 de la Constitución Política, por cuanto al establecer las tarifas diferenciales que gravan los eventos hípicos, precisamente el criterio fue la ubicación de las personas naturales y jurídicas por la actividad económica que estas desarrollan por eso se crearon tres grupos iguales entre ellos y diferentes por las condiciones y circunstancias en que se desarrolla tal actividad.

Ahora bien, dado que el artículo 333 de la Constitución Política, garantiza la actividad económica y la iniciativa privada de todas maneras le asiste una responsabilidad al empresario como es el desarrollo de la función social que en esta caso se reflejaría en las fuentes de empleo, por lo tanto bajo estos parámetros del estímulo al empleo y a un sector de la economía tan deprimido es que se establecen las tarifas diferenciales con lo criterios de beneficio social plenamente válidos garantizados en la Constitución Política por lo que en nuestra consideración tampoco se vulnera el precepto constitucional aludido por el actor.

Con relación al artículo 336 del Estatuto Superior, no se presenta violación

a la norma citada por cuanto el legislador en desarrollo de esta disposición y con la finalidad del interés público y social expide la Ley 643 de 2001 para ponerse a tono con el proceso de crecimiento y de avance tecnológico que han experimentado los juegos de suerte y azar, en los últimos tiempos.

Es así, como en acatamiento a la norma constitucional expide la ley que regula el monopolio de juegos de suerte y azar y por ende incluye las apuestas en los eventos hípicas por tratarse de un juego de estas características, el cual no podría marginarse de la ley y al contrario grava las apuestas hípicas sobre carreras foráneas, aspecto que no había sido considerado por el legislador del año 1992.

Fue la voluntad del legislador y con la consideración de la finalidad del interés público establecer el gravamen diferencial en la medida de que el ejercicio de esta actividad procure desarrollo social dando empleo y en cuanto a mayores posibilidades se tuvieren de generarlo menor es la carga impositiva por la explotación de la actividad.

El actor cuestiona el gravamen impuesto en el 15% para las carreras foráneas, pero olvida que la explotación de esta actividad tiene una mayor inversión, una menor posibilidad de generación de empleo, razón por la cual el legislador impuso una tarifa mayor con relación a la demás.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El Procurador General de la Nación solicitó a la Corte Constitucional declarar la constitucionalidad de la norma demandada, arguyendo en primer lugar que el actor desconoce la facultad que tiene cada cámara legislativa, conforme al artículo 160 de la Constitución, de introducir a los proyectos de ley las modificaciones que estime pertinentes, y, en ese orden de ideas, aduce el Jefe del Ministerio Público, la competencia de las comisiones accidentales de conciliación es la de zanjar las discrepancias que se susciten con la introducción de tales modificaciones, siempre que éstas guarden la unidad de materia que exige la Constitución.

El Ministerio Público disiente del cargo formulado por el demandante relacionado con la inconstitucionalidad del artículo 37 por vicios en su trámite por las siguientes razones:

La materia de que trata el artículo demandado fue objeto de controversia en los cuatros debates legislativos reglamentarios, tal y como lo establece el artículo 157 Superior. Situación diferente es que en una y otra cámara, el tema en él regulado se hubiese tratado de forma diversa, hecho que hacía necesaria la integración de la comisión accidental de conciliación que para el efecto se conformó.

El trámite que sufrió el artículo acusado fue el siguiente:

En el primer debate en la Cámara de Representantes, se señaló que la hípica debería continuar rigiéndose por la Ley 6 de 1992 y en el segundo

debate la plenaria de esta Corporación aprobó la misma disposición. El Senado, por su parte, en el primer debate, consideró al igual que la Cámara de Representantes, que las apuestas hípcas debería seguir rigiéndose por la mencionada ley, pero adicionó el precepto en el sentido de señalar que *“podrán ser operadores de apuestas hípcas sobre hipódromos foráneos, aquellas personas naturales y jurídicas que tengan en operación un hipódromo en Colombia con un mínimo de 50 reuniones de carreras al año.”* Igualmente se incluyó un adendo modificadorio señalando un porcentaje equivalente al catorce por ciento 14% de derechos de explotación de apuestas hípcas sobre hipódromos foráneos. Sin embargo, en el segundo debate del Senado, el texto del precepto acusado se modificó, en la forma como éste aparece hoy publicado en el Diario oficial (Gaceta del Congreso 371, folios 2, 3 y 4).

En razón a las discrepancias entre los textos aprobados para este artículo, entre otros, en una y otra cámara, se conformó una Comisión Accidental de Conciliación que propuso para la aprobación de las plenarias de las cámaras, en relación con el artículo acusado, el mismo texto que había votado la plenaria del Senado, en segundo debate. La propuesta de dicha Comisión accidental recibió la aprobación de las plenarias de las cámaras legislativas.

Como puede observarse, expresa la vista fiscal, el actor incurrió en error al afirmar que la Cámara de Representantes no trató ni conoció de este asunto. Cosa diversa es que la regulación del gravamen se trató de forma diferente, hecho que justificaba la integración de la comisión accidental de conciliación, con el fin de que ella presentara una unificación del tema, zanjando la discrepancia presentada en Cámara y Senado.

En relación con las comisiones accidentales de mediación, agrega el Procurador General de la Nación que la Sentencia C-282 de 1995, proferida por esta Corporación, estima que dichas comisiones pueden conciliar los textos disímiles, introduciendo las reformas que consideren convenientes o crear nuevos textos en reemplazo de los artículos, siempre y cuando obtengan la aprobación de las Plenarias de las Cámaras y no se modifique sustancialmente el proyecto o se cambie su finalidad.

Igualmente, agrega ese despacho, en sentencia C-1488 de 2000, la Corte Constitucional, expresó que la facultad de las comisiones accidentales de conciliación se circunscribe a los textos no coincidentes del proyecto aprobado en Cámara y en el Senado y, por ende, sobre la materia de que éstos traten, es decir, que si las modificaciones que va a introducir la plenaria de una de las cámaras hacen referencia a la materia que se viene discutiendo en el proyecto de ley, no existe razón alguna para que se entienda que el proyecto correspondiente debe ser devuelto a la cámara que no conoció de éstas, pues al existir unidad en la materia debatida en una y otra cámara, será competencia de la comisión accidental solventar las discrepancias surgidas entre los textos aprobados en una y otra plenaria, siempre y cuando, **los textos discordantes guarden identidad en la materia debatida**, lo que no ha de confundirse con la **identidad** en el tratamiento que se le de al asunto correspondiente.

Así las cosas, es claro que en los dos debates de la Cámara de Representantes, se aprobó que el gravamen a los concursos y apuestas hípicos, seguiría siendo establecido por el artículo 9 de la Ley 6 de 1992, y en el Senados se optó por otro, donde se deduce que el tema relacionado con el gravamen a imponer a las apuestas de carreras hípicas, fue debatido en los cuatro debates reglamentarios, y que sobre el mismo surgieron discrepancias, dado que el Senado de la República consideró necesario establecer un gravamen diferente al establecido en dicha ley.

Con relación a la presunta violación del artículo 13 de la Carta Política, el señor Procurador señala que se procedió a realizar el test de igualdad, que conforme a lo establecido por la Corte, cuando se trata de asuntos económicos deber ser débil para permitirle al legislador un espacio suficiente de configuración normativa. Como consecuencia de lo anterior, sólo si de manera directa la norma viola derechos fundamentales, o viola claros mandatos constitucionales, o incurre en regulaciones manifiestamente irracionales o desproporcionadas, deberá declararse la inconstitucionalidad de la disposición correspondiente.

Señala el señor Procurador que se constató que la norma demandada clasifica a los operadores de apuestas hípicas en tres grupos a efectos de imponerles tarifas diferenciales por derechos de explotación de apuesta hípicas. Así, el operador de apuestas hípicas nacionales pagará el 2% de sus ingresos brutos, el operador de apuestas hípicas sobre carreras foráneas pagará el 15% de sus ingresos brutos y el operador de apuestas hípicas nacionales que igualmente explote carreras foráneas, pagará el 5% de sus ingresos brutos.

Ahora bien, agrega el Jefe del Ministerio Público, establecida la existencia de un tratamiento diverso y la materia sobre la que recae, el criterio de diferenciación se desarrollará, teniendo en cuenta el objetivo perseguido por el legislador, a través del trato desigual, el cual, se pudo establecer, fue el de reactivar la hípica como fuente importante de empleo no calificado y de transferencias efectivas al sector de la salud.

Así las cosas, la razonabilidad del trato desigual radica en que los operadores de apuestas hípicas nacionales, tienen a su cargo unos gastos de administración y de operación que los operadores de apuestas hípicas sobre carreras foráneas no tienen. Lo anterior, por cuanto los primeros realizan su actividad por medio de hipódromos, los cuales además de generar empleo no calificado, son un sector económico actualmente deprimido que merece ser estimulado con beneficios, en contraposición con los segundos, que además de no generar el mismo empleo en el país, tampoco soportan los costos de administración y de operación que implica el mantenimiento de un hipódromo, por esta razón se le impone un gravamen superior.

Por lo anteriormente expuesto, queda establecido que aunque ambos operadores exploten carreras hípicas en el extranjero, sus condiciones son diferentes, y por tanto, el trato dado por la norma a dichos operadores es justificado y proporcionado en cuanto a las tarifas que deben pagar por

derechos de explotación.

El objetivo, pues perseguido por el legislador al redactar la norma en cuestión es válido a la luz del artículo 336 inciso 4 de la Carta Política, dado que la diferenciación de que trata, tiene una finalidad de carácter social, razonable y proporcionada, que de ninguna manera vulnera derechos fundamentales.

En cuanto al derecho de la libre competencia económica, el señor Procurador señala que, tal como lo ha manifestado la Corte, no es de carácter absoluto, dado que el legislador, en ejercicio de la libertad de configuración normativa, puede establecer los límites, los correctivos y los controles necesarios para realizar un fin constitucionalmente permitido, cual es como en el caso que nos ocupa, el de propender por incentivar un sector de la economía actualmente deprimido que tiene la potencialidad de generar recursos para el sector de la salud, y por ello el establecimiento de tarifas diferenciales para los operadores de apuestas de carreras hípcas teniendo en cuenta factores como las transferencias efectivas a la salud, la rentabilidad, los gastos de administración y operación, sujetos diferentes que deben ser sometidos también a tratos diversos, sin que ello implique, como lo afirma el demandante, el beneficiar a unos cuantos para propiciar una competencia malsana ni la negación al derecho a la libertad de empresa.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

Por dirigirse la demanda contra una disposición que forma parte de una ley de la República, es competente la Corte Constitucional para decidir sobre su constitucionalidad, según lo prescribe el artículo 241-4 de la Carta Fundamental.

2. Problema jurídico

Para resolver los cargos formulados por el actor contra la disposición demandada es necesario establecer, por una parte, si resulta contrario a los principios de identidad y de consecutividad el hecho de que durante los debates en el Senado de la República se haya decidido expedir, como parte de la ley de régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y de azar, una regulación específica en relación con las apuesta hípcas, en la medida en que en la Cámara de Representantes se había acordado que tal asunto se seguiría rigiendo por lo dispuesto en la Ley 6ª de 1992, sin que se aprobase un texto que regulase la materia.

Por otra parte debe examinarse si resulta contrario al principio de igualdad, a la libre competencia y al régimen constitucional de los monopolios rentísticos, el establecimiento de unos derechos de explotación diferenciales para la

operación de apuestas hípcas sobre carreras foráneas, en beneficio de los operadores que tengan hipódromo en Colombia.

3. Análisis de los cargos

3.1. El trámite legislativo de la disposición acusada

El Gobierno Nacional presentó a consideración del Congreso de la República, por intermedio de los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Salud, el proyecto radicado como No. 035/99 en la Cámara de Representantes, por medio del cual se fija el *“régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar”*.

En dicho proyecto¹ las apuestas hípcas se regulaban dentro de la modalidad de *“Apuestas en eventos deportivos, hípcos, caninos y similares”* (Artículo 34) y se clasificaban como juegos localizados, cuando la apuesta se cruzaba en los lugares o establecimientos en los que se realizase el evento, o como juegos novedosos, en caso de que la apuesta se pudiese realizar fuera del lugar o del establecimiento. Para todos los eventos el proyecto contemplaba unos derechos del 17% sobre los ingresos brutos.

En el informe de ponencia para primer debate se expresa que el proyecto de ley de régimen propio del monopolio de juegos de suerte y azar, *“... que desarrolla el mandato contenido en el artículo 336 de la Carta, reviste una gran importancia para la legislación colombiana en razón a que actualmente la normatividad que regula esta actividad es dispersa y en ocasiones confusa y se presta, por falta de consistencia, a múltiples demandas contra el Estado, por no contar con una ley de régimen propio como lo exige la Constitución.”*

No obstante el anterior propósito sistematizador, la propia ponencia expresa que *“[e]l proyecto establece que la hípica debe continuar rigiéndose por la Ley 6ª de 1992...”*, en la medida en que se trata de *“... un sector de la economía actualmente deprimido, que merece ser estimulado por los beneficios que promueve sobretudo en la generación de empleo no calificado.”*

De este modo, se precisa en la ponencia, en el aparte relativo, entre otros, a los juegos localizados y a las apuestas sobre eventos deportivos caninos y similares, que *“[l]os juegos hípcos fueron excluidos de este proyecto, y seguirán rigiéndose por la Ley 6ª de 1992”*.

En consonancia con lo anterior en el artículo 56 del proyecto, sobre vigencias y derogatorias se dispone que *“[l]as apuestas de los eventos hípcos se continuarán rigiendo por lo dispuesto en el artículo 9º de la Ley 6ª de 1992”*.

En el texto aprobado en primer debate en la Comisión Tercera de la Cámara de Representantes en la sesión del 19 de noviembre de 1999² se adicionó,

¹ Gaceta del Congreso No. 244 de 1999, p. 4.

² Gaceta del Congreso No. 493 de 1999, p. 2.

entre las exclusiones del ámbito de la ley contenidas en el artículo 5 del proyecto, la relativa a “los juegos hípicos, que se seguirán rigiendo por la ley 6ª de 1992, y las demás normas complementarias y concordantes...”

El texto relativo a los juegos hípicos se mantuvo como parte del artículo de vigencia y derogatorias.

En el texto aprobado por la plenaria de la Cámara de Representantes se mantuvo la exclusión de los juegos hípicos del ámbito del proyecto, tanto en el artículo 5 sobre definiciones, como en el artículo 62 sobre vigencias y derogatorias.

En la ponencia para primer debate en el Senado de la República se conservaron, sin modificaciones, los textos sobre apuestas hípicas del artículo 5, sobre definición de juegos de suerte y de azar, y del artículo 61, sobre vigencias y derogatorias. Sin embargo se adicionó, como nuevo, el artículo 36, con el siguiente texto:

Artículo 36. Eventos hípicos. Las apuestas hípicas se regirán por lo consagrado en la Ley 6ª de 1992.

Solamente podrán ser operadores de apuestas hípicas sobre hipódromos foráneos, aquellas personas naturales y jurídicas que tengan en operación un hipódromo en Colombia con un mínimo de 50 reuniones de carreras al año.

Parágrafo. Se entiende por volumen total recaudado la diferencia entre el costo total de la operación de las apuestas y el valor bruto apostado, teniendo en cuenta que los premios a repartir no podrán ser inferiores al 60% del volumen bruto apostado por modalidad.”

En un adendo modificatorio de la ponencia para primer debate en el Senado, se propuso el siguiente texto para el artículo 36:

“Los juegos hípicos nacionales se regirán por lo perceptuado (sic) en la Ley 6ª de 1992 y normas complementarias.

Las apuestas hípicas sobre hipódromos foráneos pagarán unos derechos de explotación del catorce por ciento (14%) del total de las apuestas brutas. Solamente podrán ser operadores de apuestas hípicas sobre hipódromos foráneos, aquellas personas naturales o jurídicas que tengan en operación un hipódromo en Colombia.”³

En la ponencia para segundo debate en el Senado de la República⁴ se expresó que “[e]n cuanto a los juegos hípicos, vale la pena reiterar que el legislador les previó un régimen de excepción, regulado por la Ley 6ª de 1992, con el fin de preservar la actividad dadas las ventajas comparativas y sus efectos sobre el empleo.” Agregaba la ponencia que “[s]in embargo, al igual que en los juegos novedosos, es imperioso reglamentar las apuestas que se cruzan sobre hipódromos foráneos que constituye (sic) el horizonte de la actividad y representan la oportunidad para reactivar la, (sic) producción nacional, tal como lo quería el espíritu del legislador de 1992.”

³ Gaceta del Congreso No. 177 de 2000, p. 19.

⁴ Gaceta del Congreso No. 371 de 2000, p. 1.

En esta ponencia se eliminaron los textos que en los artículos 5, sobre definiciones y 61 sobre vigencias y derogatorias hacían remisión a la Ley 6ª de 1992 para la regulación de los juegos hípicas. Sobre la propuesta en torno a las apuestas hípicas, la ponencia señala que “[e]n cuanto a las apuestas hípicas siguiendo el criterio expuesto arriba proponemos modificar el proyecto en el siguiente sentido: 2% de los ingresos brutos cuando la apuesta se realice por operadores nacionales en carreras nacionales, 5% cuando estos operadores exploten las apuestas sobre carreras foráneas y 15% cuando la explotación se realice exclusivamente sobre carreras foráneas. Así mismo acorde con la tendencia internacional se establece una redistribución de premios del orden del 60%, para todos los casos.”

Como artículo 37 se propuso en la ponencia el siguiente texto, que fue aprobado en la sesión del día 7 de noviembre de 2000 por la plenaria del Senado de la República⁵:

“Artículo 37. Eventos hípicos. Las apuestas hípicas nacionales pagarán como derecho de explotación el dos por ciento (2%) de sus ingresos brutos.

Las apuestas hípicas sobre carreras foráneas pagarán como derechos de explotación el quince por ciento (15 %) de sus ingresos brutos.

En el caso que el operador de apuestas hípicas nacionales, explote apuestas hípicas sobre carreras foráneas pagará como derecho de explotación el cinco por ciento (5 %) de los ingresos brutos.

Para el pago de los derechos de explotación se entenderá por ingresos brutos el resultado de descontar del total de apuestas recibidas el total de premios distribuidos y pagados al público.

Parágrafo 1°. Los premios de las apuestas hípicas que se distribuyan entre el público, no podrán ser inferiores al sesenta por ciento (60 %) de los ingresos brutos.

Parágrafo 2° Los derechos de explotación derivados, de las apuestas hípicas, son propiedad de los municipios o del Distrito Capital, según su localización.

En la Gaceta del Congreso No. 470 del 24 de noviembre de 2000 se publicó el acta de las comisiones de conciliación nombradas por los Presidentes del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, junto con el correspondiente articulado. Dichas comisiones estaban integradas por los Senadores Gabriel Zapata, Víctor Renán Barco, Jesús Piñacué, Manuel Infante, Jaime Dussán y por los Representantes Helí Cala, Oscar Darío Pérez, Alvaro Díaz, Dilia Estrada y Juan Carlos Restrepo.

En la sesión del 28 de noviembre de 2000 de la Plenaria del Senado de la República se aprobó el informe de las comisiones de conciliación, con el siguiente texto para el artículo 37:

“Artículo 37. Eventos hípicos. Las apuestas hípicas nacionales pagarán como derecho de explotación el dos por ciento (2%) de sus ingresos brutos.

⁵ Gaceta del Congreso No. 449 de 2000, p. 16.

Las apuestas hípcas sobre carreras foráneas pagarán como derechos de explotación el quince por ciento (15 %) de sus ingresos brutos.

En el caso que el operador de apuestas hípcas nacionales, explote apuestas hípcas sobre carreras foráneas pagará como derecho de explotación el cinco por ciento (5 %) de los ingresos brutos.

Parágrafo 1°. Los premios de las apuestas hípcas que se distribuyan entre el público, no podrán ser inferiores al sesenta por ciento (60 %) de los ingresos brutos.

Parágrafo 2° Los derechos de explotación derivados, de las apuestas hípcas, son propiedad de los municipios o del Distrito Capital, según su localización.

En dicho artículo se suprimió el siguiente texto, que hacia parte de lo aprobado por la Plenaria del Senado:

Para el pago de los derechos de explotación se entenderá por ingresos brutos el resultado de descontar del total de apuestas recibidas el total de premios distribuidos y pagados al público.

En la sesión del 28 de noviembre de 2000 la plenaria de la Cámara de Representantes aprobó el informe de conciliación, con el texto del artículo 37 que se acaba de transcribir, que corresponde al texto de la Ley 643 de 2000.

Encuentra la Corte que conforme al recuento del trámite legislativo que se acaba de hacer, resulta claro que el proyecto de ley inicial contenía una regulación sobre las apuesta hípcas y que desde la ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes se planteó el tema de la regulación de las apuestas hípcas, para disponer, en principio, que las mismas seguirían rigiéndose por lo dispuesto en la Ley 6ª de 1992. Esa ley contenía un régimen especial para dicho tipo de apuestas, que contemplaba, entre otros aspectos, una tasa a favor de ECOSALUD, un porcentaje mínimo de premios y la regulación de los gravámenes que podían aplicarse. En la ponencia para primer debate en el Senado de la República se plantea, por una parte, mantener el régimen especial tal como estaba en la Ley 6ª de 1992, para permitir un resurgimiento de la industria híptica nacional, pero se propone regular de manera diferente las apuestas sobre hipódromos foráneos, asunto que no estaba tratado de manera expresa en la mencionada ley 6ª de 1992.

Finalmente el Senado acordó, modificar, por un lado, el régimen de las apuestas hípcas sobre carreras nacionales, estableciendo unos derechos del 2%, y un mínimo de 60% como premios, y establecer, por otro, unos derechos diferenciales para las apuestas sobre carreras foráneas, de 15% y 5%, dependiendo de si el operador lo es también de carreras nacionales o no.

Las modificaciones introducidas en el proyecto, obran, en principio, sobre materias que hacían parte del régimen que se había previsto durante los dos primeros debates, bien sea porque cambian algunos de sus aspectos o porque introducen la regulación expresa de una modalidad de apuestas que ha venido cobrando auge y que al decir de los ponentes constituye el futuro de la industria.

No es de recibo el argumento del demandante en el sentido de que en los debates en la Cámara de Representantes se optó por no regular la materia, razón por la cual sobre la misma no habría texto aprobado sobre el cual pudiese versar el debate en el Senado, porque tanto en primer como en segundo debate en la Cámara, se incluyó en el articulado que fue aprobado, un texto conforme al cual los juegos hípicos se seguirían rigiendo por la Ley 6ª de 1992, alterando de manera expresa la propuesta que había sido presentada por el Gobierno sobre el particular. En un proyecto de ley orientado a expedir el régimen propio de los monopolios de juegos de suerte y azar, llamado en principio a regular íntegramente la materia,⁶ tal referencia implica una clara opción del legislador, sobre la cual hubo expresa manifestación de voluntad legislativa.

En primer y segundo debates el legislador optó por mantener vigente un régimen especial para los juegos hípicos. En los debates en el Senado de la República el legislador decide revisar ese régimen, para proponer, primero, una regulación específica para las apuestas sobre carreras foráneas y luego, en el texto que fue finalmente aprobado, una regulación concreta tanto del régimen de las apuestas nacionales como del que se aplicaría a las apuestas sobre carreras foráneas.

Es claro, entonces, que estamos ante un proyecto que fue aprobado de manera distinta en Cámara y Senado. La Cámara se pronunció por mantener el régimen vigente hasta ese entonces para los eventos hípicos y el Senado optó por modificarlo y por regular de manera expresa las apuestas hípicas sobre carrera foráneas.

Sobre una misma materia hubo expresiones de voluntad legislativa diferentes y ello es posible conforme a la Constitución, porque si bien de acuerdo con los principios de identidad y consecutividad, debe existir identidad en cuanto a las materias aprobadas en los cuatro debates, tal identidad no se predica de la manera como tales materias sean tratadas en los distintos debates, que puede ser distinta, como efecto de la posibilidad que tienen las Cámaras de introducir adiciones o modificaciones a los proyectos.

Tal situación daba lugar a la aplicación de lo previsto en el artículo 161 de la Constitución, sobre la integración de comisiones accidentales para que preparen el texto que será sometido a decisión final en sesión plenaria de cada Cámara, como en efecto aconteció.

Lo anterior es así porque, de acuerdo con el artículo 160 de la Constitución, durante el segundo debate podrán introducirse al proyecto las modificaciones, adiciones y supresiones que se juzguen necesarias, al paso que conforme al artículo 161, cuando surgieren discrepancias en las cámaras respecto de un proyecto, las mismas se resolverán mediante la integración de comisiones

⁶ El artículo 60 de la Ley 643 de 2001 dispone que, “[l]as disposiciones del régimen propio que contiene esta ley regulan general e integralmente la actividad monopolística y tienen prevalencia, en el campo específico de su regulación, sobre las demás leyes, sin perjuicio de la aplicación del régimen tributario vigente”.

accidentales que prepararán el texto que será sometido para decisión final en la sesión plenaria de cada Cámara.

Sobre el particular ha señalado la Corte que de acuerdo con los principios de consecutividad y de identidad, “... en el segundo debate de cada Cámara puede modificarse o adicionarse el proyecto, pero si se ha aprobado un texto en el primer debate en la Comisión Constitucional Permanente. Es decir, en el segundo debate puede existir un artículo nuevo bajo la forma de una adición o modificación, pero es necesario que el asunto o materia a que se refiere, haya sido objeto de aprobación en primer debate.”⁷

En este caso, en la Cámara de Representantes se aprobó un texto en materia de apuestas hípcas, conforme al cual se mantenía el régimen vigente para entonces. Dicho texto fue adicionado en primer debate en el Senado, y luego modificado en el segundo debate en la plenaria del Senado. Las comisiones accidentales designadas para el efecto llevaron a consideración de las plenarios de cada Cámara un texto que, salvo la supresión de un inciso, coincide con lo aprobado en la plenaria del Senado.

Sobre el alcance de las facultades de las comisiones accidentales ha expresado la Corte que si bien las mismas no pueden sustituir a las comisiones constitucionales permanentes, esto es, no pueden ocuparse de materias que no hayan sido aprobadas de alguna manera en tales comisiones, ni tampoco, de temas respecto de los cuales no exista discrepancia entre lo aprobado en una y otra Cámara, “[l]o que sí es indudable es que las comisiones accidentales al conciliar los textos disímiles bien pueden introducirles las reformas que consideren convenientes o crear nuevos textos en reemplazo de esos artículos, siempre y cuando obtengan la aprobación de las Plenarios de las Cámaras y no se modifique sustancialmente el proyecto o se cambie su finalidad.”⁸

Por consiguiente, encuentra la Corte que no están llamados a prosperar los cargos por violación de los artículos 157, 160 y 161 de la Carta.

3.2. La disposición acusada y el régimen constitucional de los monopolios rentísticos.

3.2.1. Antecedentes.

En Colombia, de manera tradicional la ley había prohibido los juegos de suerte y azar, a excepción, en principio, de las loterías, que estaban sujetas a un régimen propio.

Del mismo modo, entre los juegos que no estaban prohibidos se encontraban “...las carreras de caballos, las riñas de gallos y demás espectáculos semejantes a éstos.”⁹, así como las apuestas a que den lugar, las cuales “... se regirán en sus efectos, por las leyes civiles.”¹⁰

⁷ C-702 de 1999, M.P. Fabio Morón Díaz

⁸ C-282 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz

⁹ Decreto 1986 de 1927

¹⁰ Ibid.

El anterior sistema se modificó con la expedición de la Ley 10 de 1990, que en su artículo 42, reformado luego por el artículo 285 de la Ley 100 de 1993, estableció un monopolio rentístico a favor de la Nación sobre la totalidad de los juegos de suerte y azar distintos de las loterías y apuestas permanentes¹¹, sobre los cuales ya recaía un monopolio fiscal.

Dentro de ese nuevo monopolio quedaban comprendidas las carreras de caballos y las apuestas sobre los eventos hípicas, que hasta ese momento habían podido desarrollarse por particulares.

La Ley 6ª de 1992 reguló lo relativo a los concursos y apuestas hípicas, en lo pertinente, de la siguiente manera:

ARTÍCULO 90. GRAVAMEN A LOS CONCURSOS Y APUESTAS HÍPICOS O CANINOS. *En ejercicio del monopolio rentístico creado por el artículo 336 de la Constitución Política, establécese una tasa sobre los concursos hípicas o caninos y de las apuestas mutuas sobre el espectáculo hípico o canino de las carreras de caballos o canes, del uno por ciento (1%) sobre el volumen total de los ingresos brutos que se obtengan por concepto del respectivo juego, como único derecho que por estos concursos corresponda a la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S.A. - Ecosalud S. A., o a la entidad que señale el Gobierno para el efecto.*

(...)

3.2.2. Los monopolios rentísticos

De acuerdo con el artículo 336 de la Constitución, “[n]ingún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley.”

De la anterior disposición se desprende que sólo podrá establecerse un monopolio con el propósito de generar rentas para una entidad del Estado, para fines de interés público o social. Por tal virtud, se excluye la posibilidad de que los particulares exploten por cuenta propia la actividad sobre la que recae el monopolio. Esto es, por un lado, de la actividad monopolizada quedan excluidos los particulares, por otro, el monopolio que se establezca por la ley sólo puede obrar en favor del Estado sin que resulte posible, de acuerdo con la Constitución, el establecimiento de monopolios legales a favor de particulares, con la excepción, prevista en la propia Carta (Artículo 189, numeral 27), relativa a las patentes de privilegio temporal a los autores de invenciones o perfeccionamientos útiles.¹²

Lo anterior no impide que la entidad pública titular de un monopolio rentístico decida operarlo a través de particulares, lo cual deberá cumplirse en los términos de la ley de régimen propio que, de acuerdo con el artículo 336 de la Constitución, debe expedirse, a iniciativa del gobierno, para regular lo relativo a la organización, administración, control y explotación de los monopolios

¹¹ El monopolio sobre el juego de apuestas permanentes había sido establecido por la Ley 1ª de 1982

¹² Sobre los conceptos de monopolio y privilegio han existido discrepancias en la jurisprudencia y la doctrina, al punto que en ocasiones se reserva la expresión “monopolio” para el fiscal creado por la ley y se denomina privilegio a la exclusividad temporal de explotación que puede concederse a particulares.

rentísticos.

La Ley 643 de 2001, “*por la cual se fija el régimen del monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar*”, sobre este particular dispone que como modalidades de operación de este monopolio están, la operación directa, que es “... *aquella que realizan los departamentos y el Distrito Capital, por intermedio de las empresas industriales y comerciales, sociedades de economía mixta y sociedades de capital público establecidas en la presente ley.*”, y la operación por intermedio de terceros, que “... *es aquella que realizan personas jurídicas, en virtud de autorización, mediante contratos de concesión o contratación en términos de la Ley 80 de 1993, celebrados con las entidades territoriales, las empresas industriales y comerciales del Estado, de las entidades territoriales o con las sociedades de capital público autorizadas para la explotación del monopolio, o cualquier persona capaz en virtud de autorización otorgada en los términos de la presente ley, según el caso.*”

Cuando el monopolio se opera por intermedio de terceros (particulares), por definición de la propia Ley 643 de 2001, la renta del monopolio son los derechos de explotación.¹³

En estricto sentido, la renta del monopolio está constituida por los ingresos que percibe el titular del mismo, una vez deducidos los costos y los cargos por concepto de administración. Tratándose del monopolio sobre juegos de suerte y azar, dentro de las deducciones para determinar la renta se encuentra el valor de los premios que se entregan a los apostadores. Sin embargo, la ley ha optado por un sistema de estimación anticipada de la renta, bajo la denominación de “*derechos de explotación*”. Ello implica que lo que se recaude por el titular del monopolio puede ser mayor o menor que la renta efectiva. Dentro de cierto margen ello resulta admisible, en cuanto pueda considerarse como ampliación o reducción del margen de utilidad del administrador por su actividad como tal, pero resultaría contrario a la Carta cuando se permita la apropiación por particulares, en condiciones de privilegio, de una renta monopolística.¹⁴

La fijación de los derechos de explotación constituye, por consiguiente, una estimación anticipada de la renta, como una proporción fija de los ingresos brutos, y al mismo tiempo, una estimación también de los costos de administración en que incurre el operador y de su margen de utilidad. En la

¹³ El artículo 7 de la Ley 643 de 2001, en su inciso segundo, dispone que “La renta del monopolio está constituida por los derechos de explotación que por la operación de cada juego debe pagar el operador.”

¹⁴ Este concepto ha sido desarrollado desde muy temprano por la jurisprudencia. Así, en sentencia del 19 de julio de 1945, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, al pronunciarse sobre una demanda de inconstitucionalidad contra la ley 64 de 1923, sobre loterías, señaló que si bien es posible que la entidad pública titular de un monopolio fiscal contrate su administración, total o parcial, con particulares, “... el derecho de monopolio –cuyo ejercicio se cede en todo o en parte a un particular– continúa perteneciendo a la entidad pública, ya que sólo ésta tiene capacidad constitucional para que en su favor erija la ley una industria dada en monopolio fiscal ...”. Recientemente, la Corte Constitucional, en Sentencia C-587 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, al declarar que resulta contrario a la Constitución que por la vía del reparto de utilidades un particular perciba parte de una renta monopolística, señaló que “[c]uando 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 preteritoria exigencia del Constituyente.”

práctica, dicha estimación puede presentar desfases, en la medida en que la renta efectiva puede ser mayor o menor a la estimada. Ello impondría que dicha estimación se ajuste a promedios sobre determinados períodos.

La estimación de la renta de los monopolios fiscales corresponde al legislador, y, eventualmente, dentro de los precisos parámetros fijados por la ley, al reglamento. En la medida en que es la propia ley la que establece el monopolio, el legislador cuenta con un amplio margen de apreciación para el efecto, dentro de parámetros de razonabilidad y proporcionalidad. En ese esquema a una mayor renta estimada para el monopolio corresponderá un menor margen para el operador y viceversa, una menor estimación de la renta del monopolio se traduce en un mayor margen para el operador.

Debe advertirse que el análisis de razonabilidad que a la luz de la Constitución cabría hacer sobre las anteriores determinaciones legislativas se desenvuelve en un contexto diferente, según se trate, en un caso, de la concesión para la operación de un único juego, caso en el cual el operador privado que obtenga la concesión la operaría con exclusión de todos los demás y por consiguiente los márgenes de operación que no se ajusten a un criterio de razonabilidad, equivaldrían a permitir una apropiación privada de la renta del monopolio, o, en otro caso diferente, de actividades que, no obstante el monopolio rentístico, pueden ser cumplidas, en igualdad de condiciones, por los particulares interesados y que cumplan los requisitos que al efecto se establezcan de manera general, caso en el cual el análisis debe ser menos estricto, en la medida en que la actividad como tal no queda reservada a un solo operario y por consiguiente el margen que se obtenga por la administración, así resulte excesivo en relación con determinados estándares, no se obtiene en condiciones de privilegio que excluyan a otros por virtud de la ley.

Pero una vez estimada la renta correspondiente a un determinado monopolio, no puede la ley disponer que una parte de ella sea retenida por el operador privado, así se aduzcan consideraciones de fomento, puesto que ello resulta contrario al artículo 336 de la Carta conforme al cual los monopolios sólo pueden establecerse como arbitrio rentístico.

3.2.3. Los juegos hípicos

En los juegos hípicos es posible distinguir, por un lado, el evento hípico como tal, y por otro, las apuestas que se hacen sobre el mismo.

El evento hípico son las carreras de caballos que se realizan en distintos hipódromos, cuyo funcionamiento en Colombia, en la medida en que estén vinculados a un juego de suerte y azar, está sujeto a las condiciones del régimen propio del monopolio que existe sobre los mismos.

Las apuestas, a su vez, son los pronósticos que, previo el pago de una suma de dinero y con el propósito de ganar un premio en caso de acertar, realizan los jugadores sobre los resultados de las carreras de caballos.

El operador de un hipódromo como juego de suerte y azar, necesariamente opera también, directa o indirectamente, las apuestas sobre los eventos hípicos que se desarrollan en ese escenario.

De lo anterior se derivan dos clases de juegos, por un lado, el que realizan los hipódromos, en el cual las apuestas, operadas directamente o a través de terceros, versan sobre los resultados de las carreras que allí se realizan y el pago de los premios es responsabilidad del operador del hipódromo. Por otra parte, están los juegos que se organizan tomando como base eventos hípicos de distintos hipódromos, cuyo resultado se conoce a través de sistemas de telecomunicaciones. En este caso, el operador del juego es quien lo organiza y a cuyo cargo está el pago de los premios. Este operador debe contar con las licencias o autorizaciones que sean del caso por parte de los hipódromos cuyas carreras sirven de base para el juego.

En el segundo tipo de juego las apuestas pueden hacerse sobre resultados de carreras en hipódromos nacionales, esto es, ubicados en territorio colombiano, o foráneos, o sea, aquellos hipódromos localizados fuera del país.¹⁵

Nada se opone, por otra parte, a que el operador de un hipódromo organice también un sistema de apuestas sobre resultados de su propio hipódromo, o un juego sobre resultados de carreras operadas por terceros, dentro o fuera del país, a través de sistemas de telecomunicaciones.

En todo caso, cabe precisar que el operador de un juego de suerte y azar, para que tenga la calidad de tal, necesariamente debe ser el responsable por el pago de los premios. Así, es posible que en un solo operador concurren tanto la realización del evento, como la venta de las apuestas y el pago de los premios, pero puede ocurrir también que el operador de un juego utilice como base para el mismo los resultados de un evento deportivo o hípico operado por terceros, y que contrate también con terceros la venta de las apuestas sin que por ello pierda su condición de operador del juego, mientras mantenga a su cargo la responsabilidad por el pago de los premios.

3.2.4. Los derechos de explotación en la disposición acusada

La disposición acusada ha fijado los derechos de explotación de los juegos hípicos en tres porcentajes diferentes: 2% de los ingresos brutos para las “*apuestas hípicas nacionales*”; 15% de los ingresos brutos para las “*apuestas hípicas sobre carreras foráneas*”; y 5% de los ingresos brutos, “[e]n caso de que el operador de apuestas hípicas nacionales, explote apuestas hípicas sobre carreras foráneas...”

¹⁵ La antigua Empresa Colombiana de Recursos para la Salud, Ecosalud S.A., mediante Resoluciones 355 y 357 de 1994, había reglamentado la operación de los juegos de suerte y azar denominados “*apuestas hípicas sobre resultados de carreras en hipódromos nacionales y/o foráneos, con el pago de apuestas sobre dividendos paramutuales*” y “*apuestas hípicas sobre resultados de carreras en hipódromos nacionales y/o foráneos, con el pago de apuestas sobre dividendos foráneos*”, los cuales, de manera genérica, definían como aquellos que “... consisten en realizar pronósticos utilizando los resultados de carreras de caballos observadas a través de circuitos de televisión, por medio de las cuales se transmite la imagen recibida vía satélite de los hipódromos de origen...” (Res. 357/94) Para cualquiera de los casos, que difieren en la estructura de los premios, la responsabilidad por éstos es del operador del juego, no del hipódromo.

El análisis de constitucionalidad derivado de una eventual diferencia de trato impone precisar el alcance de los distintos conceptos empleados por la ley, en particular, de las expresiones “*apuestas hípcas nacionales*”, “*apuestas hípcas sobre carreras foráneas*” y “*operador de apuestas hípcas nacionales*”.

No obstante la ambigüedad de la terminología que emplea la ley, frente a la variedad de modalidades de juegos hípcos, con base en los antecedentes legislativos, de los cuales claramente se desprende que el propósito de establecer unos derechos diferentes era el de fomentar la industria hípcica nacional, considera la Corte que por “*apuestas hípcas nacionales*” debe entenderse aquellas apuestas que se hacen sobre resultados de carreras en hipódromos nacionales y la responsabilidad por cuyos premios está a cargo del operador del hipódromo. Del mismo modo, por “*operador de apuestas hípcas nacionales*” debe entenderse el operador de un hipódromo sobre el que se realicen apuestas en Colombia. Finalmente, no hay duda sobre el alcance que tiene la expresión “*apuestas hípcas sobre carreras foráneas*”, que son todas aquellas que se hagan sobre resultados de hipódromos localizados fuera del país.

La anterior interpretación deja por fuera del ámbito de la norma a las apuestas que sobre resultados de carreras de hipódromos nacionales se realicen en juegos a través de sistemas de telecomunicaciones operados por personas distintas al operador del hipódromo.¹⁶ Sin embargo, incorporar esa categoría dentro de la de “*apuestas hípcas nacionales*”, con el consiguiente y necesario efecto sobre la de “*operador de apuestas hípcas nacionales*”, resultaría contrario al propósito de fomento expresado durante el trámite legislativo, porque daría el mismo trato especial a quien efectivamente promueve la industria hípcica en el país que a quien explota, mediante un descuento por la utilización de la señal de telecomunicaciones, un juego completamente distinto y sin efecto directo sobre tal industria.

El legislador ha estimado que los derechos por la explotación de las apuestas en los eventos hípcos nacionales deben fijarse en un 2% de los ingresos brutos, porcentaje que está librado a la facultad de configuración del legislador y cuya razonabilidad no se analiza en esta providencia. Tal porcentaje, en la medida en que resulta aplicable para todos los operadores de carreras hípcas nacionales no resulta, *per se*, violatorio del artículo 336 de la Carta.

En cambio, para la determinación de los derechos de explotación para las apuestas sobre carreras foráneas la ley ha distinguido dos situaciones: una primera, regulada por el segundo inciso de la disposición acusada, que se refiere al caso en el cual dicha explotación no es llevada a cabo por operadores de apuestas hípcas nacionales; y otra, que regula el inciso tercero de la misma disposición, en la cual dicha explotación sí es llevada a cabo por esa clase de operadores.

¹⁶ Sobre este particular, bajo la denominación de “operación simultánea”, en la Resolución 355 de Ecosalud se decía que “*El operador de apuestas foráneas podrá operar apuestas sobre hipódromos nacionales, previo acuerdo con el hipódromo y autorización de ECOSALUD S.A. y estará sujeto a los descuentos que se acuerden entre las partes.*”

Con el objeto de fomentar la hípica nacional, la fijación de los derechos de explotación es distinta en cada uno de los dos casos reseñados. La ley beneficia a quienes han acometido la operación de apuestas hípcas nacionales a través de hipódromos ubicados en el territorio nacional, señalando que si ellos deciden explotar también apuestas sobre resultados de carreras foráneas a través de sistemas de telecomunicaciones, los derechos de explotación serán de un cinco por ciento (5%) de sus ingresos brutos, al paso que quienes explotan esas mismas apuestas sin ser operadores de apuestas hípcas nacionales deben pagar por el mismo concepto un quince por ciento (15%) de los mismos ingresos.

A juicio de la Corte, para determinar si este trato diferente tiene o no un fundamento objetivo y razonable, es necesario acudir a un juicio de razonabilidad y proporcionalidad integrado con un criterio flexible de escrutinio, dada la naturaleza del asunto. En efecto, de conformidad con la jurisprudencia, en materias económicas la amplia libertad de configuración del legislador impone al juez constitucional llevar a cabo un test de igualdad de baja intensidad, el cual puede integrarse con un examen que determine si el legislador, al establecer el trato desigual, buscó un objetivo constitucionalmente válido y utilizó para ello un medio indispensable, adecuado y estrictamente proporcionado.¹⁷ Sobre esta necesidad de llevar a cabo un juicio constitucional de igualdad de baja intensidad en materias económicas, reiteradamente la Corte ha hecho ver que ello se debe a que *“un control muy estricto llevaría al juez constitucional a sustituir la función legislativa del Congreso, pues no es función del tribunal constitucional sino de los órganos políticos entrar a analizar si esas clasificaciones económicas son las mejores o resultan necesarias. Así, ha dicho al respecto esta Corporación, que no se viola la igualdad ni la equidad “si dentro de la obligación constitucional que corresponde al Estado de dirigir la economía, mediante los mecanismos que la misma Constitución le otorga, debe gravar en forma diferente o especial a un sector concreto de la economía”¹⁸”*. Y sobre este mismo tema, de manera general ha señalado:

“El juez constitucional debe actuar de manera prudente al analizar la legitimidad constitucional de una determinada regulación de las libertades económicas, por cuanto la Constitución consagra la dirección de la economía por el Estado. El juez constitucional deberá entonces respetar en general las razones de conveniencia invocadas por los órganos de representación política. La Corte considera que en esta materia se impone el llamado criterio de la inconstitucionalidad manifiesta, por lo cual, sólo si de manera directa la norma vulnera derechos fundamentales, o viola claros mandatos constitucionales, o incurre en regulaciones manifiestamente irrazonables o desproporcionadas, deberá el juez declarar la inconstitucionalidad de la norma.”¹⁹

La facultad de dirección e intervención en la economía, que se reconoce al Estado Social de Derecho con miras a facilitar su función de promotor de la dinámica colectiva hacia la consecución de las condiciones materiales que

¹⁷ Sobre la integración del test de igualdad y el juicio de razonabilidad y proporcionalidad, consúltese la Sentencia C-093 de 2001, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁸ Sentencia C-556/93. M.P. Jorge Arango Mejía

¹⁹ Sentencia C-265/94 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

garanticen la eficacia real de los derechos fundamentales de las personas, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 334 de la Constitución se lleva a cabo por mandato de la ley a través de diversos procedimientos, dentro de los cuales se encuentran las actividades de fomento. A través de las actividades de fomento el Estado interviene para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y la competitividad.²⁰

Ahora bien, las formas de intervención para fomento de la economía o de un sector de ella, pueden revestir diversas modalidades. Por ejemplo, el legislador puede estimular un sector económico mediante la política tributaria, adoptando exenciones, tasas o tarifas reducidas aplicables al sector económico que considera oportuno fomentar.²¹ De igual manera, el Congreso, a quien compete establecer los monopolios como arbitrios rentísticos con fines de interés público o social, y señalar las condiciones para su organización, administración, control y explotación²², puede hacerlo de manera tal que con dichas normas de explotación consiga fomentar determinados sectores económicos que a su juicio merecen ser estimulados por razones de interés común. Obviamente, a pesar de que con ello busca un objetivo constitucional cual es el de dirigir y orientar la economía para lograr el desarrollo, al hacerlo debe respetar los derechos fundamentales, entre ellos el de igualdad.

Tenemos entonces que en la presente oportunidad el legislador ha utilizado la facultad constitucional que tiene de establecer monopolios y determinar su sistema de explotación, para fijar unas normas sobre renta monopolística que, además de reglamentar un arbitrio rentístico, logran el fomento de una actividad económica históricamente deprimida, como lo ha sido la hípica nacional. Con ello, a juicio de la Corte, ha buscado obtener un fin constitucionalmente válido, sin que la diferencia que ha introducido en materia de derechos de explotación pueda considerarse irrazonable o desproporcionada, como pasa a verse:

A pesar de que la actividad que realizan los operadores de apuestas hípicas nacionales que además explotan apuestas sobre resultados en carreras foráneas, es la misma que llevan a cabo aquellas personas que sin ser tal clase de operadores también explotan este tipo de apuestas, entre ellos existe una diferente situación de cara al desarrollo de la industria hípica nacional. Es obvio que las actividades que paralelamente llevan a cabo lo primeros como operadores de apuestas hípicas nacionales, y que son las que justamente quiere apoyar el legislador, no son desempeñadas por los segundos. Estas actividades tienen una repercusión en la generación de empleo, en el desarrollo de la actividad económica de levante de ganadería caballar, y en el mismo dinamismo del juego de azar constituido por las carreras hípicas, que se ha considerado necesario fomentar. Por eso ambos tipos de operadores no están en la misma situación como sujetos merecedores de estímulo económico.

²⁰ C.P. artículo 334

²¹ Cf. Sentencia C- 478 de 1998, M.P Alejandro Martínez caballero

²² C.P artículo 336

De otro lado, el medio escogido por el legislador se revela adecuado para los fines de estímulo, al poner a quienes operan apuestas hípcas nacionales en mejor posición competitiva frente a quienes no las operan pero también pretenden obtener un beneficio económico en la explotación de apuestas sobre resultados de carreras foráneas. Así mismo, dicha medida de fomento parece ser necesaria ante las evidencias fácticas de la quiebra de la industria híptica nacional. Situación esta que pareciera indicar que era impostergable la adopción de medidas legislativas de fomento que permitieran el resurgir de este sector económico. Evidentemente, tal vez no era esta la única forma de fomentar la actividad, pero frente a la libertad de configuración política que tiene el Congreso en la materia, y a la urgencia de reactivación que acusaba el sector híptico, la Corte aprecia que resulta admisible estimar que la medida cumple con el requisito de razonabilidad.

Finalmente, a juicio de la Corte la tarifa diferencial de derechos de explotación establecida no resulta desproporcionada, pues si bien significa una ventaja competitiva para los operadores de apuestas hípcas nacionales, esta ventaja se ve compensada por el riesgo que supone esta operación nacional, riesgo que no es asumido por la otra clase de explotadores de apuestas hípcas foráneas.

De esta manera, la norma no acusa una inconstitucionalidad manifiesta, y por ello se declarará ajustada a la Constitución.

Por último, estima la Corte que resulta inadmisibile la pretensión del demandante conforme a la cual la norma acusada sería inexecutable porque la fijación de los derechos de explotación para las apuestas hípcas sobre carreras del exterior en un 15% no obedeció a un criterio técnico y respondía únicamente al designio de establecer un monopolio de hecho a favor de los propietarios de hipódromos en Colombia.

A través de la Ley 643 de 2001 el legislador estableció el régimen propio de los juegos de suerte y azar y fijó para cada uno de ellos, o bien los derechos de explotación, o las criterios para establecerlos, obrando para ello dentro del ámbito de su potestad de configuración. No corresponde a la Corte realizar un estudio sobre la razonabilidad económica, en este caso concreto, de la fijación de los derechos en un determinado porcentaje, ni puede asumir, a partir de la sola afirmación del demandante, que el alcance de la norma no haya sido otro que el de establecer un monopolio de hecho. Por el contrario, de los debates parlamentarios surge clara la intención del legislador de regular la estimación de la renta para las apuestas hípcas sobre carreras foráneas, como modalidad de juego distinta de la de los eventos hípicos nacionales.

Tampoco resulta procedente la solicitud que hace el actor y según la cual, como consecuencia de la inconstitucionalidad de la disposición acusada, la Corte debería declarar que *“la regulación sobre los eventos hípicos seguirá siendo la contenida en la ley 6ª de 1992.”*

Finalmente, encuentra la Corte que tampoco procede el cargo por violación del artículo 333 de la Carta, porque no nos encontramos, en este caso, frente a una actividad en torno a la cual los particulares puedan desplegar su libre iniciativa, sino que, por el contrario, se trata de una actividad cuyo ejercicio,

por virtud de la ley, ha sido reservado al Estado, como monopolio rentístico. En consecuencia, de conformidad con la Constitución es la ley de régimen propio de los monopolios de juegos de suerte y de azar la que debe determinar la manera como los particulares pueden concurrir a la realización de la actividad monopolizada, y, tal como se ha señalado, al regular esa participación puede incorporar consideraciones de fomento para determinado sector de la economía.

VII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, oído el concepto del Procurador General de la Nación y surtidos los trámites que ordena el Decreto 2067 de 1991,

RESUELVE:

Declarase la EXEQUIBILIDAD del artículo 37 de la Ley 643 de 2001, por los cargos analizados en la parte motiva de esta providencia.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 16 y 18 del Decreto 2067 de 1991, notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

ALFREDO BELTRÁN SIERRA
Presidente

JAIME ARAUJO RENTERÍA
Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA
Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO
Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL
Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA
Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNTETT
Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS
Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
Magistrada

MARTHA SACHICA DE MONCALEANO
Secretaria General