

Sentencia C-717/03

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Intervención ciudadana no constituye nueva demanda

CONGRESO DE LA REPUBLICA-Amplia competencia para crear impuestos

AUTONOMIA LEGISLATIVA EN MATERIA TRIBUTARIA-Alcance/**TRIBUTO**-Flexibilidad en establecimiento

SISTEMA TRIBUTARIO-Principios de equidad, eficiencia y progresividad

EXENCION TRIBUTARIA-Facultad del legislador para determinarla con sujeción a la Constitución

CONGRESO DE LA REPUBLICA-Creación de exención tributaria bajo iniciativa gubernamental/**TRIBUTO**-Exclusión bajo criterios de conveniencia

El Congreso puede decretar las exenciones que considere convenientes bajo la condición de que la iniciativa provenga del Gobierno y no podrá concederlas en relación con los tributos de propiedad de las entidades territoriales. Al tomar la decisión de excluir a un sector del pago de un determinado tributo debe consultar criterios de conveniencia dentro de una política fiscal definida sin que desconozca con ello derechos o garantías fundamentales. Puede excluir del pago de un impuesto a un determinado grupo de personas en aras de estimular o incentivar un cierto sector o actividad y con el propósito de reconocer situaciones económicas o sociales que ameritan adoptar la medida.

OBLIGACION TRIBUTARIA-Deber de contribuir en justicia y equidad/**CARGA TRIBUTARIA**-Trato diferencial

BENEFICIO TRIBUTARIO-No implican desconocimiento del principio de igualdad

FACULTAD IMPOSITIVA DEL LEGISLADOR-No requiere justificación especial

EXENCION TRIBUTARIA-Distinción entre distintos sujetos pasivos del tributo/**EXENCION TRIBUTARIA**-Autonomía del legislador para establecerlos

EXENCION TRIBUTARIA-Límites al otorgamiento legislativo

JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-Modalidades/**JUEGOS DE SUERTE Y AZAR**-Destinación de las rentas

MONOPOLIO-Establecimiento de operación sin despojarse de su titularidad

LOTERIA Y MAQUINAS TRAGAMONEDAS-Modalidades de los juegos de suerte y azar

El legislador estableció, dentro de las diversas modalidades de juegos de suerte y azar, las loterías y los juegos localizados, dentro de los cuales incluyó las máquinas tragamonedas. Así, dispuso que la lotería tradicional es aquella que se realiza “en forma periódica por un ente legal autorizado, el cual emite y pone en circulación billetes indivisos o fraccionados de precios fijos singularizados con una combinación numérica y de otros caracteres a la vista obligándose a otorgar un premio en dinero, fijado previamente en el correspondiente plan al tenedor del billete o fracción cuya combinación o aproximaciones preestablecidas coincidan en su orden con aquella obtenida al azar en sorteo público efectuado por la entidad gestora”. Respecto a las máquinas tragamonedas, contempló que son una modalidad de juegos localizados y que éstos son los que “se operan con equipos o elementos de juegos, en establecimientos de comercio, a los cuales asisten los jugadores como condición necesaria para poder apostar, tales como los bingos, videobingos, esferódromos, máquinas tragamonedas, y los operadores de casinos y similares”.

LOTERIA-Explotación

Para el caso de las loterías, su explotación corresponde a los departamentos y al Distrito Capital; pueden ser explotadas a través de las modalidades de operación establecidas en la Ley, es decir, directamente, mediante asociación o a través de terceros y no pueden esas entidades territoriales explotar más de una lotería tradicional de billetes directamente, por intermedio de terceros o en forma asociada.

LOTERIA Y MAQUINA TRAGAMONEDAS-Diferencia/CARGA TRIBUTARIA-Efectividad del principio de equidad en los cargos públicos

EXENCION TRIBUTARIA-No desconoce los principios de igualdad y orden económico justo/**CONGRESO DE LA REPUBLICA**-Facultad para conceder exenciones tributarias

CONGRESO DE LA REPUBLICA-Define política tributaria sin desconocer el principio de equidad

MAQUINAS TRAGAMONEDAS-Impuesto no rompe la equidad en los cargos tributarios/**TRIBUTO**-Determinación de base gravable

LIBERTAD ECONOMICA Y LIBRE INICIATIVA PRIVADA-Conceptos no son absolutos

JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD-Observancia de postulados y reglas constitucionales por legislador

Referencia: expediente D-4498

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 115 de la Ley 788 de 2002

Actor: José Manuel Álvarez Zárate

Magistrado Ponente:
Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de agosto de dos mil tres (2003).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las previstas en el artículo 241, numeral 4 de la Constitución Política, y cumplidos todos los trámites y requisitos contemplados en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en relación con la demanda de inconstitucionalidad que, en uso de su derecho político, presentó el ciudadano José Manuel Álvarez Zárate contra el artículo 115 de la Ley 788 de 2002 *“por la cual se expiden normas en materia tributaria y penal del orden nacional y territorial; y se dictan otras disposiciones”*, publicada en el Diario Oficial N° 45.046 del 27 de diciembre de 2002.

I. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA

A continuación se transcribe el texto de la disposición objeto de proceso:

“Ley 788 de 2002
(diciembre 27)

por la cual se expiden normas en materia tributaria y penal del orden nacional y territorial; y se dictan otras disposiciones

El Congreso de Colombia
DECRETA:

(...)

Artículo 115. Adiciónese el artículo 420 del Estatuto Tributario con el siguiente literal:

“d) Impuesto sobre las ventas en los juegos de suerte y azar. Constituye hecho generador del Impuesto sobre las Ventas la circulación, venta u operación de juegos de suerte y azar con excepción de las loterías.

El impuesto se causa en el momento de realización de la apuesta, expedición del documento, formulario, boleta o instrumento que da derecho a participar en el juego. Es responsable del impuesto el operador del juego.

La base gravable estará constituida por el valor de la apuesta, del documento, formulario, boleta, billete o instrumento que da derecho a participar en el juego. En el caso de los juegos localizados tales como las maquinitas o tragamonedas, se presume que la base gravable mínima está constituida por el valor correspondiente a un salario mínimo diario legal vigente.

La tarifa del impuesto sobre las ventas en los juegos de suerte y azar es del cinco (5%) por ciento.

Son documentos equivalentes a la factura en los juegos de suerte y azar, la boleta, el formulario, billete o documento que da derecho a participar en el juego. Cuando para participar en el juego no se requiera de documento, se deberá expedir factura o documento equivalente. El valor del impuesto sobre las ventas a cargo del responsable no forma parte del valor de la apuesta.

El impuesto generado por concepto de juegos de suerte y azar se afectará con impuestos descontables”.

II. LA DEMANDA

Para el demandante, la norma objeto de glosa desconoce el Preámbulo y los artículos 2, 13, 95 -numeral 9-, 333 -incisos 2 y 4-, 334 y 363 de la Carta Política.

Manifiesta que el impuesto fijado por la Ley, consistente en el 5% sobre el valor de la apuesta, del documento, formulario, boleta, billete o instrumento que da derecho a participar en el juego, aplicado a las apuestas efectuadas en máquinas electrónicas tragamonedas (MET), vulnera los principios de equidad, igualdad y justicia. Ello, a su vez, hace que los empresarios que se dedican a operar esa industria no lo hagan dentro de un orden económico y social justo. Asegura que el legislador está imponiendo cargas inequitativas frente a actividades que son competidoras, pues dicho impuesto no se establece para las loterías y ello hace que la balanza se incline hacia estos empresarios en perjuicio de los que se dedican a la operación de las máquinas electrónicas tragamonedas. Tal situación genera ventajas a favor de las

loterías y reduce las posibilidades de competir en el mismo pie de igualdad, violándose así el principio de justicia.

Afirma que en la medida en que el Estado permita la creación de nuevas empresas y su mantenimiento, propiciará un mayor crecimiento económico, es decir, mayor bienestar para la sociedad. Pero, si se imponen más cargas tributarias a un sector, se está incentivando a invertir en el sector menos gravado y ello retrasa el crecimiento económico y, por contera, el bienestar general.

Aduce que con las máquinas electrónicas tragamonedas se obtiene mayor bienestar, toda vez que, además de que en esa actividad se pagan los tributos normales de renta y municipales, también se cancelan otros que directa o indirectamente van a la salud. A su juicio, el impuesto del 5% sobre el valor de la apuesta, del documento, formulario, boleta, billete o instrumento que da derecho a participar en el juego, es decir, sobre el 100% de los ingresos brutos de la operación, aplicado a esas máquinas, constituye una barrera legal para la supervivencia y mantenimiento de dicho sector, toda vez que se desestimula hasta hacerlo desaparecer. Ello genera consecuencias negativas sobre el bienestar general, pues el crecimiento económico del sector se ve perjudicado, así como el empleo, el ahorro y las transferencias a la salud.

Expresa que estudios realizados por la empresa Econometría Ltda., contratados por ECOSALUD, hoy ETESA, y Fedesarrollo demuestran que los únicos gravámenes que pueden soportar los juegos localizados son las transferencias a la salud y que el impuesto del 5% establecido en la Ley las dejaría sin utilidades.

Para el actor, la norma demandada desconoce el principio de representación del tributo, pues no sólo es una medida arbitraria, sino unilateral, en cuanto grava sólo algunas de las modalidades de juegos de suerte y azar, beneficiando arbitrariamente a otras como las loterías. De igual manera, expone que resulta ser irrazonable pues a la larga el sector desaparecería al desestimar el interés de los inversionistas. Para ilustrar su afirmación destaca que el programa que tienen las máquinas está destinado para que pague por lo menos el 85% del dinero que ingresa, con lo cual quedaría un 5% para el empresario, 5% para pagar los derechos de explotación y gastos de administración, renta, personal, arriendo, servicios, etc. De tal manera, que no se alcanzarían a cubrir los costos de operación.

Concluye diciendo que el impuesto del 5% del que trata el artículo acusado viola el principio de igualdad pues no se le aplica a las loterías, y no existe alguna justificación para ello. También resulta desconocido el principio de equidad en las cargas públicas.

III. PRUEBAS DECRETADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

El Magistrado Sustanciador, mediante Auto proferido el 5 de marzo de 2003, decretó la práctica de algunas pruebas solicitadas por el demandante. Así,

ordenó trasladar del expediente D-3200 las hojas de catálogo de venta de Bally Gaming Inc e ISG International Slot Games de Bogotá, donde aparecen los porcentajes de pago o egreso de las máquinas electrónicas tragamonedas, y el estudio tarifario de juegos de suerte y azar elaborado por Fedesarrollo. Igualmente, oficiar a la empresa Econometría Ltda. y a la Empresa Territorial para la Salud, ETESA, con el fin de que remitieran el estudio tarifario contratado por ECOSALUD y relativo a los costos de operación de las máquinas electrónicas tragamonedas.

En cumplimiento a dicho Auto la Directora Administrativa de la firma Econometría, Gelcy Díaz Acuña, remitió a la Corte Constitucional copia del informe final del estudio “Diseño de una estructura tarifaria de las transferencias mínimas y de los derechos de explotación de juegos de suerte y azar”, elaborado para la liquidada empresa ECOSALUD S.A. Por su parte, la Secretaria General de la Empresa Territorial para la Salud, ETESA, envió fotocopias auténticas del estudio tarifario realizado por la sociedad Econometría para ECOSALUD.

IV. INTERVENCIONES

1. El ciudadano Mauricio Alfredo Plazas Vega solicita a la Corte que declare inexecutable el artículo objeto de demanda, con base en los siguientes argumentos:

-En primer lugar, asegura que desconoce los artículos 157 y 161 de la Carta Política debido a que a pesar de que la norma fue propuesta inicialmente por el Gobierno, fue rechazada por las comisiones constitucionales terceras y cuartas de Senado y Cámara cuando sesionaron de manera conjunta. No obstante, en la plenaria de la Cámara de Representantes se aprobó, pero no ocurrió lo mismo en la plenaria del Senado de la República, toda vez que allí no se sometió a debate y su texto fue acogido finalmente por la comisión accidental integrada por esta última célula legislativa.

-En segundo término, considera que el impuesto del 5% que contempla el artículo acusado es de carácter indirecto, de manera que el verdadero contribuyente o afectado no es quien lo sufraga directamente al Estado sino que lo hace por intermedio de otra persona, y el legislador, al regularlo, debe hacerlo siempre en función de quien habrá de asumirlo o soportarlo verdaderamente. De tal manera que si el deudor tributario no logra repercutir el gravamen en la persona del consumidor, el impuesto se desnaturaliza y deja de ser indirecto para convertirse en directo. En este evento el impuesto se torna injusto de manera ostensible y protuberante pues “pasa a ser *directo* en cabeza de quien no debe ser; esto es, de quien sólo debería obrar de manera *instrumental* para permitir que quien ha de asumirlo lo ingrese a las arcas estatales”.

Luego de hacer una exposición ilustrativa de los impuestos indirectos y de la forma de imposición por el Estado, concluye que el impuesto sobre las ventas

es sobre el valor agregado, toda vez que el Estado lo recauda a medida que se conforma el valor o precio total de la última venta o servicio al consumidor.

Manifiesta que el impuesto sobre las ventas supone “la existencia de un precio y en lo pertinente de un valor agregado de referencia que obra como base para la determinación de lo que ha de ingresar al Estado cada agente económico. El impuesto sobre el valor agregado gira alrededor de la permanente relación entre impuestos generados en función del precio del bien o servicio de que se trata, y los impuestos descontables atribuibles al pago de precios constitutivos de costo o gasto del agente que los realiza”. A su juicio, lo que no es aceptable es la existencia de un impuesto sobre las ventas respecto de una operación que no origina precio.

Afirma que los juegos de suerte y azar son de dos modalidades. La primera es la que se refiere a aquellos que entrañan una cierta concepción de precio, por ejemplo los bingos o las rifas, y como tales son susceptibles de ser gravados con el impuesto sobre las ventas o IVA. Aquí, aunque el operador no sabe quién va a ser el ganador, sí conoce antes de la realización del sorteo cuál será el importe de los premios a reconocer. La segunda es la modalidad de los juegos que no giran alrededor de un precio, ni siquiera en sentido relativo, sino de las apuestas que hacen los participantes, como son la ruleta, dados, naipes o las máquinas tragamonedas. En esta modalidad el apostador no paga un precio sino que verifica una apuesta, la cual no se traduce en un pago a favor del operador en el que se exprese pecuniariamente un acto de consumo, es decir, la empresa de juegos no percibe un ingreso representado por la apuesta, además de que no conoce el importe de lo que tendrá que pagar al ganador.

Expresa que el establecer un impuesto a las ventas sobre el valor de cada apuesta, como lo consagra el artículo 115 demandado, implica desconocer la naturaleza de la apuesta y crear situaciones y consecuencias insólitas al generarse un impuesto desproporcionado e inmensurable. Sobre el punto sostiene “por lo que toca con el operador, sólo equivocadamente puede pretenderse que las *apuestas* que recauda constituyen un *ingreso*. En realidad, en los juegos de la segunda especie la verdadera “*retribución*” del operador o empresa, si así pudiera llamarse, sólo podría estar constituida por la diferencia positiva entre lo que recibe por apuestas y lo que retorna o paga a los apostadores, medida en un determinado lapso diario, mensual, bimestral, semestral, anual o como quiera establecerse. Y obviamente resulta ilusorio e imposible que se le exija un impuesto sobre las ventas a cada apostador en función de la parte de esa “*retribución*” que proporcionalmente sea imputable a la apuesta, con la idea de gravar el pretendido *acto de consumo* sobre lo que verdaderamente constituye ingreso o remuneración del *operador*, a costa de los apostadores”.

En su concepto, el artículo impugnado desconoce el artículo 338 de la Carta Política, toda vez que no regula de manera clara los elementos de la obligación tributaria. Y no puede hacerlo porque ese gravamen no es posible aplicarlo respecto de operaciones que no entrañan la existencia de un precio ni de un valor agregado respecto del cual sea factible liquidarlo y pagarlo. El

valor de la apuesta -continúa el interviniente- no puede constituir la base gravable del tributo porque esa apuesta no es equiparable al precio y, por ende, no genera valor agregado. Aduce que el apostador no realiza una sola apuesta sino varias y ello hace que el impuesto se cause una y otra vez, por lo que el gravamen resulta desproporcionado. No obstante, asegura que en el hipotético caso de que las apuestas entrañaran actos de consumo “sería necesario que se depuraran, en cada caso, para que lo recuperado por la apuesta anterior no se agregue a la base gravable de la nueva apuesta”.

Tal situación -añade- no significa que ese sector deba quedar sin impuesto alguno, toda vez que se puede acudir a otros gravámenes susceptibles de incidir sobre la actividad en forma clara y en condiciones de administrar verdaderamente, tanto por parte de las autoridades tributarias como por los deudores tributarios.

Por otra parte, indica que las fichas que se entregan a los jugadores no se venden sino que se prestan y el acto de recibirlas no implica una apuesta. Así mismo, afirma que la obligación de emitir la factura o documento equivalente, de la que habla el inciso quinto del literal d) que modifica el artículo impugnado, resulta ser casi imposible de realizar en juegos tales como *poker*, *black jack*, *ruleta* o *máquinas tragamonedas*. Y, en cuanto al inciso sexto de la misma norma, manifiesta que no se sabe cuáles serán los impuestos descontables ni la forma como se aplicarían las reglas previstas en la normatividad vigente sobre las condiciones de los impuestos descontables y en especial las atinentes a su relación con adquisiciones de bienes y prestaciones de servicios que constituyan costo o gasto vinculado a operaciones materia del impuesto.

Agrega que se desconocen también los artículos 189, numeral 11 y 113 de la Constitución toda vez que las deficiencias del legislador posiblemente se van a subsanar con decretos reglamentarios que excederían las facultades legales y constitucionales.

Finalmente, asegura el interviniente que el artículo 115 de la Ley 788 de 2002 viola el artículo 95, numeral 9 de la Carta por las imprecisiones expuestas que conllevarían a que el tributo previsto en la norma sea asumido por el operador y no sea repercutido en el apostador, es decir, que de indirecto se pase a ser directo. Además se desconocen los principios de justicia y de buena fe (art. 83 C.P.).

2. En representación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la ciudadana Magdiela de la Carrera presenta escrito orientado a justificar la constitucionalidad de la norma objeto de examen.

Manifiesta que para efectuar una revisión del artículo impugnado es necesario revisar previamente el contexto dentro del cual surge y los propósitos generales del legislador, que no fueron otros distintos a eliminar tratamientos que no tenían justificación y dotar de equidad al régimen tributario para lograr una dinámica de recursos que permitiera financiar los gastos del Estado. Además, afirma que el régimen tributario fue producto de un estudio de

mercado contratado en el año 2000 con Fedesarrollo, el cual acompaña a su escrito de intervención.

A su juicio, no se vulnera el derecho a la igualdad, toda vez que las loterías difieren de las máquinas tragamonedas tanto en su naturaleza como en su estructura, motivo por el cual no pueden ser tratadas de manera idéntica y por lo tanto no pueden competir en condiciones de igualdad. Las primeras han sido el arquetipo de juegos de suerte y azar y las segundas han surgido con posterioridad debido a los avances tecnológicos, junto con otras modalidades de juegos que aparecen más atractivos que las loterías. Por esa razón, las loterías han perdido importancia y actualmente afrontan crisis económicas y financieras.

Afirma que las máquinas tragamonedas son juegos localizados cuyas características y tratamiento legal son diferentes a las de las loterías. Así, la forma de juego es distinta, pues en las loterías el jugador adquiere el billete y espera el resultado durante un lapso que implica infraestructura administrativa, y en el caso de las máquinas tragamonedas y de los juegos localizados, la resolución del juego es inmediata y mecanizada y los costos tanto de administración como de mantenimiento son mínimos.

En su criterio, con el artículo acusado no se afecta la prosperidad general pues entre mayor dinámica tenga la explotación de la actividad de las máquinas tragamonedas, mayor será el nivel de empleo y los aportes al sistema de salud. Asegura que la posibilidad de explotación de las loterías directamente por las entidades territoriales genera potencialmente mayores ingresos y en el caso de la cesión, como ocurre con las MET, supone una disminución de los mismos en tanto que debe resultar rentable para los terceros que las operan. Indica que la dirección de la economía está a cargo del Estado y éste “a través de las ramas del poder público y bajo los principios constitucionales y de razonabilidad puede materializar su política económica a través del diseño de normas fiscales tributarias e inclinarse hacia mayores gravámenes a cierto tipo de actividades, partiendo de la premisa que en términos de inversión, redistribución del ingreso, crecimiento y empleo, tal papel, en determinadas áreas lo puede desempeñar mejor él”.

Concluye diciendo que tampoco se desconoce el artículo 95, numeral 9 de la Constitución, toda vez que los ciudadanos deben contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado en condiciones de equidad.

3. La ciudadana Myriam Eliana Martínez Pineda, actuando en su calidad de apoderada de la Dirección General de Impuestos y Aduanas Nacionales, sostiene que el artículo 115 de la Ley 788 de 2002 se encuentra ajustado a la Constitución.

Afirma que la facultad otorgada por la Constitución al Congreso de la República en materia de tributos es amplia y discrecional y puede, dentro de ese ámbito de competencias, establecer exenciones ya sea por razones de política económica o para garantizar la igualdad real y efectiva. En virtud de esa atribución, indica que el legislador creó el impuesto sobre las ventas de

que trata el artículo objeto de glosa y estableció con claridad los elementos del mismo.

Asegura que los monopolios rentísticos tienen como propósito obtener recursos para el Estado distintos de los tributos, pero las rentas que se generen pueden estar afectadas con cualquier tipo de gravamen, en tanto que no existe prohibición alguna constitucional al respecto. Para efectos del impuesto sobre las ventas, considera que servicio es “toda actividad, labor o trabajo prestado por una persona natural o jurídica, o por una sociedad de hecho, sin tener relación laboral con quien contrata la ejecución, que se concreta en una obligación de hacer, sin importar que en la misma predomine el factor material o intelectual, y que genera una contraprestación en dinero o en especie, independientemente de su denominación o forma de remuneración”.

Manifiesta que el impuesto del 5% sobre los juegos de suerte y azar, excepto las loterías, no afecta la demanda del sector gravado ni conlleva a su desaparición, toda vez que es un porcentaje mínimo y además no se está en frente de un servicio de primera necesidad sino que podría catalogarse como de lujo, al cual accede el consumidor por un hábito sin importar “una leve subida en el precio”.

Sostiene que en materia tributaria el juicio de razonabilidad debe ser flexible, que permita determinar si el legislador buscó un objetivo constitucionalmente válido y si el medio utilizado es indispensable, adecuado y estrictamente proporcionado. De tal manera, el legislador puede decidir gravar con un impuesto un determinado hecho, acto o negocio, o puede dejar de hacerlo ante situaciones semejantes cuando existen razones de política fiscal o fines extrafiscales relevantes, siempre que estén al servicio de bienes protegidos por la Constitución.

De otra parte, señala que las loterías y las máquinas tragamonedas tienen características distintas, por lo tanto no pueden ser tratadas de igual manera. Las utilidades que generan los juegos de suerte y azar, diferentes a las loterías, son mayores mientras que los aportes al sector salud son menores. Regla que, para el caso de las loterías, opera en sentido contrario.

Por último, expresa que la finalidad del trato diferenciador dado por el legislador se dirige a proteger las transferencias al sector de la salud, en razón a la situación financiera crítica por la que están atravesando las loterías debido a los elevados costos administrativos y operativos.

4. El Presidente del Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Juan de Dios Bravo González, considera que el artículo 115 impugnado no vulnera los preceptos constitucionales citados en la demanda. Afirma que no se desconoce el orden económico y social justo ni la equitativa distribución de las oportunidades y beneficios del desarrollo, toda vez que debe realizarse una interpretación armónica con el artículo 336 de la Carta Política, según el cual la finalidad de los monopolios es el interés público y social.

Respecto a la violación del derecho a la igualdad, alegada por el demandante, asegura que es dudoso que en un régimen de monopolios pueda hablarse de tratamientos preferenciales entre actividades reguladas por la ley que los establezca. Además, debe tenerse en cuenta que el artículo 48 de la Ley 643 de 2001 establece un impuesto del 10% sobre el valor nominal de cada billete o fracción de loterías foráneas que se venda en jurisdicciones de otras entidades territoriales, y dicho tributo no rige para otros juegos de suerte y azar. Tal impuesto pudo haber sido tenido en cuenta por el legislador al momento de redactar el artículo 115 de la Ley acusada.

Por último, no emitió concepto sobre el cargo relativo a la inequidad de cargas excesivas sobre los juegos de suerte y azar que no se distribuyen equitativamente, con violación de los artículos 95, numeral 9 y 363 de la Carta, en atención a que -según consideró- sería necesario estudiar las pruebas que acompañan la demanda, cuya tarea no es procedente hacer a ese Instituto.

5. El ciudadano Juan Guillermo Herrera Luna, obrando en su calidad de apoderado de la Empresa Territorial para la Salud, ETESA, presenta escrito en el cual expresa las razones que -a su juicio- justifican la constitucionalidad del artículo 115 de la Ley 788 de 2002. Teniendo en cuenta que el mismo fue allegado luego de vencido el término de fijación en lista, no se hará mención a su contenido.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El Procurador General de la Nación solicita a la Corte que declare la inconstitucionalidad del artículo 115 de la Ley 788 de 2002 por vicios de forma durante su trámite legislativo. Manifiesta que en el acta del 20 de diciembre de 2002, correspondiente a las comisiones accidentales de mediación integradas por el Senado y la Cámara de Representantes, algunos senadores dejaron constancia que los miembros de la plenaria del Senado de la República no alcanzaron a analizar el tema relativo al 5% del impuesto del valor agregado a los juegos de suerte y azar.

Conforme a lo anterior, asegura que tal constancia implica que ese tema no puede ser sometido a votación de las plenarias, toda vez que sobre el mismo no hubo acuerdo en la comisión que tiene como fin zanjar las diferencias que se presenten respecto de los proyectos aprobados en una y otra cámara. Sería antidemocrático aceptar la preeminencia de una célula legislativa sobre la otra y resultaría desconocida la regla constitucional que establece los cuatro debates reglamentarios para toda clase de leyes.

De manera subsidiaria, el Jefe del Ministerio Público solicita que se declare la exequibilidad del artículo objeto de demanda, pero únicamente por los cargos formulados por el actor. En su criterio, no puede confundirse la inconveniencia que pueda generar una medida tributaria con la injusticia que la misma pudiera representar para determinado sector, en tanto que la primera le corresponde evaluarla al órgano de representación, pero no a la Corte Constitucional.

Manifiesta que el impuesto del 5% sobre los juegos de suerte y azar no lo deben soportar los operadores de las máquinas tragamonedas, sino los jugadores, quienes son los verdaderos contribuyentes y, en gracia de discusión, la realización de una apuesta es un hecho suficientemente indicativo de la capacidad contributiva.

De otra parte, asegura que el precepto acusado viola el artículo 13 de la Carta Política al otorgar un trato diferente a las loterías respecto de los demás juegos de suerte y azar, los cuales sí quedaron gravados con el impuesto sobre las ventas. Pero, no obstante, afirma que la Ley 643 de 2001 reguló de manera distinta cada modalidad de juego en atención a que la estructuración y el régimen económico de cada uno difiere. De esa manera, mientras que el operador de las loterías es por regla general el Estado, en los juegos lo son intermediarios en virtud de contratos de concesión; así mismo, mientras el artículo 48 de esa Ley grava a las loterías con un impuesto del 10% sobre el valor nominal de cada billete o fracción y a los ganadores de premios se les impone la obligación de contribuir con un impuesto del 17% sobre el valor nominal del premio y con un impuesto del 20% por ganancia ocasional sobre el pago o abono en cuenta que debe ser retenido por quien efectúa el pago o abono, sobre los juegos localizados no pesan tales gravámenes.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y FUNDAMENTOS DE LA DECISION

1. Aclaración previa

Uno de los intervinientes dentro del proceso y la vista fiscal coinciden en solicitar a la Corte que declare la inconstitucionalidad de la norma enjuiciada por vicios de forma durante su trámite legislativo. No obstante, la Corte no se pronunciará al respecto, toda vez que los cargos planteados en la demanda se refieren a la posible inconstitucionalidad de la norma por vicios de fondo, en los términos expuestos. Si bien es cierto las intervenciones ciudadanas y el concepto del Ministerio Público constituyen elementos indispensables y orientadores para la adopción de la decisión, ellos no pueden constituirse en una nueva demanda con la formulación de cargos distintos a los señalados en el libelo demandatorio.

De acuerdo con lo anterior, no se pronunciará la Corte sobre los vicios de forma esbozados, como tampoco respecto de otros reproches que uno de los intervinientes planteó en su intervención, los cuales constituyen cargos nuevos y diferentes a los señalados en la demanda. La jurisprudencia ha sostenido que la intervención ciudadana “[n]o se trata de una nueva demanda, ni de pretender formular cargos nuevos o adicionales a los planteados por el demandante. Así, los fallos de la Corte se estructuran a partir de los cargos hechos por el actor, de tal forma que los argumentos expuestos en los escritos

de intervención ciudadana son un soporte que le sirve al juez para realizar el estudio jurídico de las disposiciones legales objeto de control”¹.

2. Lo que se debate

Para el actor el impuesto a las ventas del 5% sobre el valor de la apuesta, del documento, formulario, billete o instrumento que da derecho a participar en el juego, aplicado a las apuestas efectuadas en máquinas electrónicas tragamonedas, contemplado en el artículo 115 de la Ley 788 de 2002, vulnera los principios de justicia, igualdad y equidad. Desconoce igualmente la existencia de un orden económico y social justo, y la distribución equitativa de oportunidades a los actores económicos.

En su criterio, se impone una carga inequitativa a la actividad de las máquinas tragamonedas y se le cercena la oportunidad para competir en igualdad de condiciones frente a las loterías, lo que hace que la balanza se incline a favor de los operadores de estas últimas. Igualmente, la medida adoptada por el legislador retrasa el crecimiento económico, la prosperidad general, perjudica la creación de empleo y conlleva a que el sector se desestime y tienda a desaparecer.

Considera que la igualdad resulta comprometida al imponerse el tributo a las máquinas tragamonedas y no a las loterías, a pesar de que son competidoras dentro de una misma actividad y mercado, y el principio de equidad en las cargas públicas se desconoce al contemplar el impuesto sólo para las máquinas tragamonedas, desconociendo que éstas tienen que soportar otras cargas a favor del Estado, como las transferencias a la salud.

De acuerdo con lo anterior, debe resolver la Corte si dentro de la facultad que tiene el legislador en materia tributaria, está la de imponer tributos a cargo de sujetos y la de excluir a otros sin desconocer los principios de justicia, igualdad y equidad.

3. Libertad de configuración del legislador en materia tributaria. Facultad para establecer exenciones

3.1. Al tenor de lo dispuesto por el artículo 150, numeral 12 de la Carta Política, en concordancia con el 154 y 338 *ibídem*, el Congreso tiene una amplia competencia para establecer impuestos, para determinar quienes habrán de pagarlos y para decidir, según su libre apreciación, cuáles serán los casos de exención o exclusión aplicables.

Esa atribución genérica incluye, entonces, el ejercicio de todas las competencias inherentes a ella, tales como determinar la clase de tributo a imponer, los sujetos activos y pasivos de la obligación, el señalamiento del hecho y la base gravable, las tarifas aplicables, la fecha a partir de la cual se iniciará su cobro, así como la forma de recaudo, las condiciones en que ello se llevará a cabo y los eventos en que no habrá lugar a dicho pago, para lo cual

¹ Cfr. Corte Constitucional. Auto de Sala Plena 243 del 11 de julio de 2001.

habrá de guiarse por sus propios criterios y orientaciones, atendiendo la realidad social y evaluando razones de conveniencia, necesidad, justicia, equidad e igualdad². Esos criterios utilizados por el legislador para establecer un tributo son flexibles, en tanto que se basan en razones de política fiscal, económica y social, y en el hecho de que en asuntos tributarios la legislación no puede ser estática ni irreformable, sino dinámica, atendiendo la realidad cambiante del país y las necesidades sociales del momento.

3.2. Pero, no obstante, esa facultad debe ejercerse dentro de los límites consagrados en la Constitución, es decir, respetando los principios de equidad, eficiencia y progresividad y sin desconocer que en materia tributaria, las leyes no se aplicarán de manera retroactiva (art. 363 C.P.).

Sobre el particular la Corte ha sostenido:

“...si bien encuentra límites y restricciones que se desprenden del mismo texto constitucional, la atribución de legislar en materia tributaria, principalmente encomendada al Congreso de la República, es lo bastante amplia y discrecional como para permitirle fijar los elementos básicos de cada gravamen atendiendo a una política tributaria que el mismo legislador señala, siguiendo su propia evaluación, sus criterios y sus orientaciones en torno a las mejores conveniencias de la economía y de la actividad estatal.

Así, mientras las normas que al respecto establezca no se opongan a los mandatos constitucionales, debe reconocerse como principio el de la autonomía legislativa para crear, modificar y eliminar impuestos, tasas y contribuciones nacionales, así como para regular todo lo pertinente al tiempo de su vigencia, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, las tarifas y las formas de cobro y recaudo”³.

3.3. Ahora bien, en materia de exenciones o exclusiones tributarias, es claro que si el legislador tiene la facultad para crear tributos, también está autorizado para modificarlos, suprimirlos, aumentarlos o para señalar los casos en que, por razones de política fiscal o económica, algunos sujetos o bienes queden eximidos de su pago o de la proporción de la exención⁴, salvo las limitantes impuestas por el propio Constituyente.

En efecto, el Congreso puede decretar las exenciones que considere convenientes bajo la condición de que la iniciativa provenga del Gobierno (art. 154 C.P.) y no podrá concederlas en relación con los tributos de propiedad de las entidades territoriales (art. 294 C.P.). Al tomar la decisión de excluir a un sector del pago de un determinado tributo debe consultar criterios de conveniencia dentro de una política fiscal definida sin que desconozca con ello

² Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-335 del 21 de julio de 1994 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), C-222 del 18 de mayo de 1995 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) y C-393 del 22 de agosto de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

³ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-222 de 1995, ya citada.

⁴ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-393 de 1996, ya citada.

derechos o garantías fundamentales. Puede excluir del pago de un impuesto a un determinado grupo de personas en aras de estimular o incentivar un cierto sector o actividad y con el propósito de reconocer situaciones económicas o sociales que ameritan adoptar la medida.

3.4. Por otro lado, dispone el artículo 95, numeral 9 de la Carta Política que es deber de la persona y del ciudadano “contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad”, lo cual se traduce en la obligación constitucional de tributar. En dicho precepto se manifiesta la soberanía tributaria a cargo del Estado y se consagra el principio de la generalidad del tributo, en cuanto la obligación se predica para todos, atendiendo, eso sí, criterios racionales que consulten tanto los intereses estatales como los de los contribuyentes⁵.

En ese orden de ideas, la imposición de un tributo a cargo de un sujeto determinado *per se* no es inconstitucional, como tampoco la exclusión que el legislador haga respecto de la carga tributaria para otro, ya sea en forma total o parcial, siempre que para ello exista una razón, así sea mínima, para el trato diferencial.

Cuando una norma tributaria impone una carga y excluye de ella a un sujeto o sector determinado no puede tachársele de inconstitucional por ese sólo hecho. En efecto, las exenciones son medidas fiscales que por sí mismas constituyen una excepción al principio de igualdad, pero que forzosamente no implican su desconocimiento. Para su validez es necesario que se encuentren fundadas en razones objetivas, y el juez constitucional debe analizar en cada caso si la diferencia es razonable pues la igualdad “no significa la ausencia de distinciones ni es sinónimo de ciego igualitarismo, sino que responde a la necesidad de otorgar el mismo trato a quienes se encuentran en semejantes o iguales condiciones y de adoptar medidas distintas para quienes se hallan en hipótesis diversas, mediante la razonable búsqueda, por parte de la autoridad, del equilibrio y la ponderación”⁶.

En materia tributaria y en virtud de las amplias facultades otorgadas al legislador no se requiere una justificación especial para el ejercicio de la facultad impositiva, sino tan sólo la existencia de una justificación aceptable desde el punto de vista constitucional.

3.5. La vulneración del derecho a la igualdad -que en este caso se plantea- no puede tan sólo basarse en la diferencia de trato entre los contribuyentes, por cuanto la exención supone distinguir entre los distintos sujetos pasivos del tributo, ya sea por las condiciones en que cada uno se encuentra, por la necesidad de redistribuir los ingresos o en aras de hacer efectivo el principio de equidad, de manera que si sobre alguno o algunos pesa con anterioridad una carga tributaria de la cual el otro está excluido, se justifica por ese sólo motivo el trato divergente. Al respecto la Corte ha manifestado:

⁵ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-419 del 21 de septiembre de 1995 (M.P. Antonio Barrera Carbonell).

⁶ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-925 del 19 de julio de 2000 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

“...toda exención la supone en cuanto es de su esencia distinguir entre los sujetos pasivos de los tributos, obligando a unos y excluyendo a otros del pago de determinado gravamen. La ruptura del equilibrio constitucionalmente previsto debería partir, para ser suficiente como fundamento de la inexecutableidad, de la absoluta ausencia de un motivo válido, objetivo y razonable basado en circunstancias especiales. De no ser sustentada la exención en elementos que la justifiquen, la Corte no podría hacer nada distinto de declarar su inexecutableidad, por violación del artículo 13 de la Carta Política. A la inversa, si, desde la perspectiva de las diferencias existentes, el juez de constitucionalidad corrobora que la exención se funda en razones que ameriten exonerar del tributo a algunos de aquellos que en principio, por reunir las características de ley, deberían ser sujetos pasivos del impuesto, la disposición que la consagra no lesiona el principio de igualdad y es executable en la medida en que tampoco desconozca otros principios o mandatos constitucionales”⁷.

Así las cosas, la jurisprudencia ha admitido que el legislador puede conceder las exenciones que estime convenientes siempre que no se desconozcan derechos fundamentales, su finalidad no se encuentre prohibida por la Constitución y sin que pueda inferirse que la sola diferencia de trato que ella contemple la haga inexecutableal⁸.

4. Caso concreto

4.1. En el presente caso debe analizar la Corte si la diferencia de trato establecida por la norma acusada tiene una justificación aceptable constitucionalmente o si por el contrario desconoce los principios de justicia, igualdad y equidad en las cargas tributarias. Para ello, tendrá en cuenta las circunstancias y características de las máquinas electrónicas tragamonedas y de las loterías, según los cargos expuestos por el demandante y atendiendo a lo dispuesto por la Ley 643 de 2002 por medio de la cual se fijó “el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar”.

Las máquinas electrónicas tragamonedas y las loterías son modalidades de juegos de suerte y azar cuyo monopolio corresponde al Estado, en los términos del artículo 336 de la Carta y de la Ley 643 de 2002. La circunstancia de que una entidad o persona se dedique a explotar juegos de suerte y azar y que por mandato constitucional (art. 336) las rentas que se obtengan se destinen exclusivamente a la salud, no significa que forzosamente estén exentas de pagar impuestos, tal como esta Corte lo ha sostenido⁹, razón por la cual el impuesto del 5% establecido por la norma no resulta *per se* inexecutableal.

⁷ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-188 del 6 de mayo de 1998 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

⁸ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-1297 del 6 de diciembre de 2001 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

⁹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-587 del 7 de diciembre de 1995 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

La Ley referida le otorgó al Estado la posibilidad de que, sin despojarse de su titularidad, realice la operación del monopolio de manera directa o a través de terceros. En ese orden de ideas, dispuso, en primer lugar, que son operadores directos los departamentos y el Distrito Capital, por intermedio de las empresas industriales y comerciales y sociedades de capital público (art. 6). En segundo lugar, indicó que son operadores indirectos los particulares, es decir, las personas jurídicas, en virtud de autorización mediante contratos de concesión u otros contratos de los que trata la Ley 80 de 1993, celebrados con las entidades territoriales o con las sociedades de capital público autorizadas para la explotación del monopolio, o, en último término, cualquier persona capaz en virtud de autorización otorgada en los términos de la Ley (art. 7)¹⁰.

El legislador estableció, dentro de las diversas modalidades de juegos de suerte y azar, las loterías y los juegos localizados, dentro de los cuales incluyó las máquinas tragamonedas. Así, dispuso que la lotería tradicional es aquella que se realiza “en forma periódica por un ente legal autorizado, el cual emite y pone en circulación billetes indivisos o fraccionados de precios fijos singularizados con una combinación numérica y de otros caracteres a la vista obligándose a otorgar un premio en dinero, fijado previamente en el correspondiente plan al tenedor del billete o fracción cuya combinación o aproximaciones preestablecidas coincidan en su orden con aquella obtenida al azar en sorteo público efectuado por la entidad gestora”¹¹. Respecto a las máquinas tragamonedas, contempló que son una modalidad de juegos localizados y que éstos son los que “se operan con equipos o elementos de juegos, en establecimientos de comercio, a los cuales asisten los jugadores como condición necesaria para poder apostar, tales como los bingos, videobingos, esferódromos, máquinas tragamonedas, y los operadores de casinos y similares”¹² (se subraya).

Para el caso de las loterías, su explotación corresponde a los departamentos y al Distrito Capital¹³; pueden ser explotadas a través de las modalidades de operación establecidas en la Ley, es decir, directamente, mediante asociación o a través de terceros¹⁴ y no pueden esas entidades territoriales explotar más de una lotería tradicional de billetes directamente, por intermedio de terceros o en forma asociada¹⁵.

La explotación de los juegos localizados, por su parte, corresponde a la Empresa Territorial para la Salud, ETESA y los derechos serán de los municipios y del Distrito Capital¹⁶; el monopolio rentístico de esos juegos será operado por intermedio de terceros, previa autorización y suscripción de contratos de concesión¹⁷.

¹⁰ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-316 del 24 de abril de 2003.

¹¹ Artículo 11 de la Ley 643 de 2001.

¹² Artículo 32 de la Ley 643 de 2001.

¹³ Artículo 12 de la Ley 643 de 2001.

¹⁴ Artículo 16 de la Ley 643 de 2001.

¹⁵ Artículo 12 de la Ley 643 de 2001.

¹⁶ Artículo 32 de la Ley 643 de 2001.

¹⁷ Artículo 33 de la Ley 643 de 2001.

En cuanto a los derechos de explotación, los cuales constituyen la renta del monopolio, tenemos que las loterías deben pagar el 12% de los ingresos brutos, sin perjuicio de los excedentes obtenidos, en los términos del artículo 6 de la Ley 643 de 2001; mientras que los concesionarios u operadores de las máquinas tragamonedas deben pagar un porcentaje de un salario mínimo mensual legal vigente, según se trate de máquinas de 0 a \$500, de \$500 en adelante o progresivas interconectadas, casos en los cuales el porcentaje será del 30%, 40% y 45%, respectivamente¹⁸.

La Ley 643 de 2001 establece un régimen tributario para las loterías foráneas y sobre premios de loterías, pero en manera alguna habla sobre las máquinas tragamonedas. En esa medida, dispone que la venta de loterías foráneas en jurisdicción de los departamentos y el Distrito Capital genera a su favor y a cargo de las empresas de loterías u operadores autorizados un impuesto del 10% sobre el valor nominal del billete o fracción que se venda en cada una de las respectivas jurisdicciones, y además establece que los ganadores de premios de loterías pagarán a los departamentos o al Distrito Capital un impuesto del 17% sobre el valor nominal del premio, valor que debe ser retenido por el responsable y operador al momento de pagar el premio¹⁹.

4.2. Así las cosas, a pesar de que tanto las loterías como las máquinas tragamonedas son modalidades de juegos de suerte y azar y se dedican a actividades semejantes, tienen características, tanto en su explotación como en su operación, y cargas económicas distintas, lo que hace que la diferencia de trato ahora dada por el legislador al momento de imponer a las segundas la carga de tributar y exonerar de ello a las primeras tiene una justificación aceptable, y la ventaja tributaria consagrada respecto de las loterías se convierte en un medio idóneo para hacer efectivo el principio de equidad en las cargas públicas.

El fin buscado por el legislador al establecer el impuesto del 5% fue procurar recursos económicos al Estado para el cumplimiento de fines de interés público y social, el cual resulta legítimo a la luz de los postulados constitucionales, y la finalidad de excluir a las loterías de dicha carga tributaria se justifica en la medida en que pretende beneficiar a un sector que se encontraba con una mayor carga tributaria, tenía la obligación de pagar un gravamen impuesto sólo a él y cuyos ganadores, también tienen el deber de contribuir con el pago del 17% del valor del premio, cuestión que no rige para las máquinas tragamonedas.

Para la Corte no se desconoce el principio de igualdad, por lo menos en lo que hace relación al cargo expuesto por el actor, y tampoco el principio según el cual el Estado debe garantizar un orden económico justo, toda vez que la justicia no implica que el Estado deba conceder exenciones a todos los sujetos sin discriminar, sino que se traduce en la vigencia de los preceptos constitucionales, en el imperativo para el legislador y para las autoridades de actuar dentro de esos parámetros superiores, de expedir normas y actos que no contraríen la Carta Política. El Congreso tiene la facultad de fijar, *según su*

¹⁸ Artículo 34 de la Ley 643 de 2001.

¹⁹ Artículo 48 de la Ley 643 de 2001.

*óptica acerca de lo que más conviene al interés colectivo, los linderos de las exenciones tributarias del orden nacional que ha decidido conceder*²⁰.

Tampoco se desconoce el principio de equidad, según el cual *el legislador tributario está obligado a considerar las distintas hipótesis susceptibles de regulación para dar a cada una de ellas adecuada respuesta*. El Congreso dispone de una amplia gama de posibilidades para definir la política tributaria, establecer sus fines y los medios para alcanzarlos. Por ello la disposición legal acusada lo que hace es darle cabal realización a dicho principio en cuanto parte de supuestos que exigen trato especial y diferente.

4.3. Por otra parte, aduce el demandante que el impuesto del 5% sobre el valor de la apuesta, del documento, formulario, boleta, billete o instrumento que da derecho a participar en el juego, aplicado a las máquinas tragamonedas, constituye una barrera legal para la supervivencia y mantenimiento de dicho sector, toda vez que se le desestimula hasta hacerlo desaparecer, y que de los estudios realizados por la Empresa Econometría Ltda., contratados por ECOSALUD, hoy ETESA, y Fedesarrollo demuestran que sólo puede soportar el gravamen relacionado con las transferencias al sector de la salud.

Al proceso se aportaron los estudios antes referidos, y del análisis de los mismos no se encuentra que por el impuesto del 5% se rompa la equidad en las cargas tributarias. En efecto, si bien es cierto en el estudio realizado por Fedesarrollo, titulado “Costos de operación de algunos juegos de suerte y azar (informe final)”, de junio de 2000, se concluye que una máquina tragamonedas devuelve a los jugadores en promedio un 82% de los ingresos que percibe por apuesta, de ello no se desprende que sobre las mismas no puedan imponerse gravámenes como el ahora estudiado. La base gravable está constituida por el valor correspondiente a un salario mínimo diario legal vigente, dada la dificultad de estimar los ingresos realmente²¹ y esa estimación no resulta ser irrazonable.

Para esta Corporación el impuesto del 5% establecido por el legislador no restringe en manera alguna la libertad económica y no constituye un obstáculo para operar las máquinas tragamonedas, en cuanto es el resultado de la facultad impositiva que la Constitución le ha otorgado. Los conceptos de libertad económica y de libre iniciativa privada no son absolutos y se encuentran forzosamente enmarcados dentro de postulados constitucionales de superior categoría que los restringen.

Finalmente, la Corte no puede entrar en consideraciones relativas a la conveniencia o inconveniencia de la norma objeto de control, ni a pronunciarse sobre su bondad, motivo por el cual escapan a su verificación asuntos como los planteados por el actor, relacionados con el posible desestímulo a los inversionistas en el sector. El juicio de constitucionalidad, como lo ha dicho la jurisprudencia, se concentra en determinar si el legislador,

²⁰ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-007 del 23 de enero de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

²¹ Sobre el porcentaje del salario mínimo que deben pagar como derechos de explotación los concesionarios u operadores de las máquinas tragamonedas, de que trata el artículo 34 de la Ley 643 de 2001, la Corte se pronunció en Sentencia C-571 del 15 de julio de 2003 (M.P. Jaime Araujo Rentería).

al proferir la disposición impugnada, observó o no los postulados y reglas que integran la Carta Política,²² de acuerdo a los argumentos de orden constitucional planteados.

Con fundamento en lo anterior, el artículo 115 de la Ley 788 de 2002 se declarará constitucional, pero sólo respecto de los cargos analizados en esta Sentencia.

VII. DECISIÓN

En mérito a las consideraciones expuestas, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 115 de la Ley 788 de 2002, pero sólo por los cargos analizados en esta Sentencia.

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

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT
Presidente

JAIME ARAUJO RENTERÍA
Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA
Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA
Magistrado

²² Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-341 de 1998. (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO
Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL
Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA
Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS
Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ
Secretaria General

LA SUSCRITA SECRETARIA GENERAL
DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

Que el H. Magistrado doctor EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, no firma el presente auto por encontrarse en comisión debidamente autorizada por la Sala Plena.

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ
Secretaria General

LA SUSCRITA SECRETARIA GENERAL
DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

Que el H. Magistrado doctor MARCO GERARDO MONROY CABRA, no firma el presente auto por encontrarse en permiso debidamente autorizado por la Sala Plena.

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ
Secretaria General

LA SUSCRITA SECRETARIA GENERAL
DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

Que las constancias anteriores se refieren es a la presente sentencia y no al presente auto como en forma inadvertidamente quedó escrito.

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ
Secretaria General

Aclaración de voto a la Sentencia C-717/03

JUEZ CONSTITUCIONAL-Alcance del poder de indagación (Aclaración de voto)

JUEZ CONSTITUCIONAL-Fallo ultra y extra petita (Aclaración de voto)

JUEZ CONSTITUCIONAL-Guardián de toda la Constitución (Aclaración de voto)

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Examen de la ley frente a totalidad de la Constitución (Aclaración de voto)

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Protección de integridad formal y material de la Constitución (Aclaración de voto)

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Análisis de violaciones no invocadas (Aclaración de voto)

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-No sacrificio de integridad de la constitución por no señalamiento correcto de vicio procedimental (Aclaración de voto)

JUSTICIA CONSTITUCIONAL-No es siempre rogada (Aclaración de voto)

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ACTO LEGISLATIVO-Examen de todos los vicios de procedimiento/**DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE ACTO LEGISLATIVO**-Examen de todos los vicios de procedimiento (Aclaración de voto)

CORTE CONSTITUCIONAL-Control integral (Aclaración de voto)

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ACTO LEGISLATIVO-Antecedentes jurisprudenciales (Aclaración de voto)

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ACTO LEGISLATIVO-Tesis de la Corte es contraria a normas constitucionales y legales (Aclaración de voto)

Referencia: expediente D-4498

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 115 de la Ley 788 de 2002.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Muy respetuosamente me permito presentar las razones de mi aclaración de voto, por cuanto considero que existen vicios de procedimiento en la formación de la Ley. Como lo exprese en la aclaración de voto de la sentencia C-614 de 2002, no comparto la tesis que los vicios de procedimiento sino han sido alegados por los demandantes, no puedan ser controlados por la Corte Constitucional; en consecuencia me veo en la necesidad de reiterar los argumentos allí expuestos:

"Siempre me he apartado del criterio de la mayoría según el cual la Corte sólo debe ocuparse de los vicios de procedimiento señalados por el demandante. Este criterio que la Corte aplica a las leyes, lo ha extrapolado al control de los actos legislativos, haciendo más violatoria de la Constitución la tesis y más notorios los reparos que se le hacen a la misma. Esa tesis es contraria a la Constitución, a los principios del control constitucional y a los deberes que tiene la Corte, como paso a demostrarlo.

1. Los jueces de constitucionalidad no sólo se escogen de una manera distinta a como se escogen los jueces ordinarios sino que actúan también de una manera diferente. Desde el punto de vista procesal, los jueces del tribunal constitucional tienen la facultad para investigar si se viola la Constitución desde todos los ángulos y puntos de vista, aún en aquellas normas de la Constitución que el demandante no ha señalado como violadas; en una palabra, tiene el poder de indagar más allá de donde llegan las pruebas de las partes.

Por la misma razón es que el juez constitucional puede fallar ultra y extra petita; la razón es muy simple, son guardianes de la integridad de la Constitución, no sólo de una parte de ella sino de toda la Constitución. Este principio, que se encuentra en todo el derecho comparado y el cual aplican todos los tribunales constitucionales, encuentra consagración positiva en el artículo 241 de nuestra Constitución que establece que a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad de la Constitución.

2. La Corte tiene el deber de examinar la ley frente a la totalidad de la Constitución.

El principio positivizado en nuestro ordenamiento jurídico, se traduce en un deber constitucional y legal que es de obligatorio cumplimiento para la Corte Constitucional. Este deber es reiterado en el artículo 22 del Decreto Ley 2067 de 1991, que establece el procedimiento a seguir en las acciones de inconstitucionalidad: *"La Corte Constitucional deberá confrontar las disposiciones sometidas a control con la totalidad de los preceptos de la Constitución, especialmente los del Título II, salvo cuando para garantizar la supremacía de la Constitución considere necesario aplicar el último inciso del artículo 21.*

La Corte Constitucional podrá fundar una declaración de inconstitucionalidad en la violación de cualquiera norma constitucional, así ésta no hubiere sido invocada en el curso del proceso".

Es claro entonces que existe un deber constitucional y legal de proteger la integridad de la Constitución y para ello está obligada a confrontar la ley con la totalidad de la Constitución. La integridad a que se hace referencia es tanto por forma como por contenido, ya que ni el constituyente ni el legislador distinguen y, en consecuencia, el juez constitucional debe vigilar que no se viole ningún contenido, ni ninguna de las normas de procedimiento o forma que establece la Constitución, aunque el demandante no haya señalado todas las violaciones de contenido o de procedimiento y que pueden ser descubiertas por la Corte aunque no hayan sido invocadas.

La tesis no sólo es violatoria de la Constitución y de la ley sobre procedimientos constitucionales, sino que aumenta su peligrosidad al trasladarla al control de los actos legislativos ya que, como se sabe, sobre estos últimos el único control que se hace versa sobre el procedimiento, pues por mandato constitucional no hay control sobre su contenido.

3. El gran riesgo de la tesis que se combate.

La tesis de la mayoría es absurda, como paso a demostrarlo con un ejemplo: Si un ciudadano demanda un acto legislativo por el vicio de procedimiento en su formación, según el cual no se tramitó en dos períodos ordinarios y consecutivos, ya que el segundo período era un período extraordinario y la Corte al examinar este cargo establece que no prospera, pero descubre que el proyecto no tuvo los ocho debates sino que tuvo sólo seis debates, o que no fue aprobada en el segundo período con el voto de la mayoría de los miembros de cada Cámara; no podría con la tesis de la Corte, declarar la inconstitucionalidad del acto legislativo. Si a esto se agrega que por mandato del numeral 3 del artículo 242 de la Constitución, las acciones por vicios de forma caducan en el término de un año, y si ningún otro ciudadano demanda el acto legislativo o lo demanda pero no por los vicios que la Corte descubrió que eran inconstitucionales, la consecuencia es que el acto legislativo inconstitucional, después del año se convertirá en constitucional, y lo más grave es que la Corte sabiendo que un acto legislativo es inconstitucional, no lo declara así e incumple su deber de salvaguardar la integridad de la Constitución. La misma consecuencia absurda se puede deducir en materia de leyes, ya que las que son inconstitucionales por vicios de procedimiento que son descubiertos por la Corte, no pueden ser declaradas contrarias a la Constitución porque el demandante no alegó ese vicio o no alega ningún vicio de procedimiento y la Corte lo descubre dentro del año, pero no puede declararlo, violando su deber de protección de integridad de la Constitución.

4. El artículo 228 de la Constitución establece la prevalencia del derecho sustancial en todos los eventos en que haya lugar a impartir justicia, incluida la justicia constitucional. En los juicios de control de inconstitucionalidad, lo sustancial es la guarda de la integridad de la Constitución y esta integridad no

puede ser sacrificada por el hecho de que el demandante no señale el vicio de procedimiento correcto.

5. No es cierto que el control de constitucionalidad sea siempre rogado y la mayoría confunde la iniciativa para poner en funcionamiento la jurisdicción, con las competencias de juez constitucional.

No es cierto que la justicia constitucional sea siempre rogada, ya que al lado del control como consecuencia de la acción ciudadana, la Constitución prevé otros controles, como el automático (estados de excepción) o controles previos a la vigencia de la ley (objeciones presidenciales, leyes estatutarias, tratados internacionales); tampoco podría la Corte hacer integración normativa con normas que no han sido demandadas pero que son necesarias para proferir un fallo eficaz de constitucionalidad.

Aún en los casos en que se examina una ley por iniciativa de los ciudadanos, hay que distinguir la iniciativa; de la competencia que tiene el tribunal constitucional para pronunciarse sobre la ley a la luz de toda la Constitución, incluidas las normas constitucionales que establecen el procedimiento de formación de la ley. El hecho de que una ley o acto legislativo haya sido demandado por un ciudadano, no quiere decir que la Corte pierda competencia para examinar todos los vicios de procedimiento en que haya incurrido el legislador o el constituyente delegado, y esto es especialmente importante en tratándose de actos legislativos, ya que la competencia de la Corte se circunscribe a salvaguardar la integridad del procedimiento en la formación del acto legislativo, pues este último sólo se controla precisamente en su aspecto procedimental. El hecho de que el control de procedimiento de los actos legislativos se haga por iniciativa ciudadana, no impide que la Corte no pueda ejercer su competencia sobre todo el procedimiento; la situación es idéntica a la que se presenta en el órgano legislativo, con las leyes que tienen iniciativa reservada del Gobierno, pues una vez que el Gobierno hace uso de su iniciativa, el Congreso adquiere competencia sobre la totalidad del proyecto de ley para modificarlo, enmendarlo, adicionar o suprimir normas del mismo. Lo mismo sucede en el control de constitucionalidad que, una vez puesto en funcionamiento, la Corte puede controlarlo a la luz de todos los artículos de la Constitución.

6. La historia de la tesis demuestra que carece de fundamento.

Cuando se examina la historia de la tesis se descubre que carece de fundamento lógico y jurídico. Para este análisis tomaremos brevemente las más recientes sentencias de control de constitucionalidad sobre actos legislativos.

La sentencia C-222 de 1997 Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo, no tocó específicamente el tema.

La sentencia C-387 de 1997 Magistrado Ponente Doctor Fabio Morón Díaz, se refiere de manera expresa al tema y dio las razones por las cuales la Corte debe hacer un control de los vicios de procedimiento en la formación de un

acto legislativo, aunque no hayan sido planteados en la demanda. Como comparto esta argumentación me permito transcribir lo pertinente:

"3. Revisión integral de los vicios de procedimiento en la formación de los actos legislativos.

Ahora bien, una vez despachados los cargos formulados por los demandantes, resulta indispensable dilucidar si el examen que le corresponde a la Corte Constitucional se limita a las acusaciones plasmadas en el libelo demandatorio o si, por el contrario, la Corporación puede extender su análisis a la consideración de vicios diferentes a los alegados.

Acerca de este tópico es importante recordar que el control constitucional confiado a la Corte es integral, por cuanto corresponde a esta Corporación estudiar las normas impugnadas frente a la totalidad de los preceptos de la Constitución, y no únicamente en relación con las disposiciones constitucionales señaladas por el actor. Por ello, si la Corte encuentra que el acto impugnado adolece de vicios de constitucionalidad materiales o procedimentales distintos a los señalados por el demandante, debe entrar a estudiarlos, aun cuando el actor no los haya considerado²³. En efecto, el artículo 22 del decreto 2067 de 1991 señala con claridad:

“La Corte Constitucional deberá confrontar las disposiciones sometidas a control con la totalidad de los preceptos de la Constitución, especialmente los del Título II, salvo cuando para garantizar la supremacía de la Constitución considere necesario aplicar el último inciso del artículo 21.

“La Corte Constitucional podrá fundar una declaración de inconstitucionalidad en la violación de cualquiera norma constitucional, así ésta no hubiere sido invocada en el curso del proceso”.

Podría sostenerse que la regla de revisión integral no se aplica para las demandas contra los actos legislativos, por cuanto en este caso, la Constitución limita el examen de la Corte a los vicios de procedimiento (CP 241 ord 1º), y establece una caducidad de un año a las acciones por vicios de forma (CP art. 242 ord. 3º). Según este argumento, debe entenderse que en relación con los actos legislativos la revisión de la Corte no es integral por las siguientes dos razones. De un lado, desde el punto de vista literal, la propia Carta parece confiar el examen de la Corte al estudio de los cargos de los actores, pues expresamente señala que esta Corporación debe “decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.”. Sin embargo, este argumento literal no es de recibo, por cuanto los numerales 4º y 5º, que regulan las acciones contra las leyes y los decretos leyes, frente a las cuáles claramente se ha reconocido el carácter integral de la revisión de la Corte, tienen exactamente la misma redacción, ya que también establecen que la Corte decide sobre las demandas de los ciudadanos. La única diferencia es que, en relación con los actos

²³ Al respecto ver, entre otras, la sentencia C-531/95, Fundamento Jurídico No 2º.

legislativos, el examen de la Corporación se limita a los vicios de procedimiento.

De otro lado, podría sostenerse que la Corte se debe limitar a estudiar las acusaciones de forma que hayan sido expresamente formuladas por los actores, en caso de que ya hubiera transcurrido un año desde la publicación del acto legislativo, por cuanto ya habría caducado la posibilidad de entrar a estudiar nuevos cargos contra ese acto jurídico. Sin embargo, este argumento no es de recibo ya que confunde la caducidad de la acción con el alcance de la revisión de la Corte. Así, la Carta establece, por razones de seguridad jurídica, un término preclusivo para la presentación de acciones por vicios de forma, pero éste no se aplica al alcance del examen de la Corte, que sigue siendo integral, con la única excepción de que, frente a los actos legislativos, el examen de la Corporación se limita a establecer si hubo o no vicios de procedimiento en su formación. Por ende, si la Corte, al examinar una demanda contra un acto legislativo, constata que éste adolece de vicios de procedimiento, es su deber examinarlos, incluso si éstos no fueron señalados por los actores."

Como se puede observar esta sentencia dio razones para demostrar la tesis que sostenía.

La sentencia C-543 de 1998 Magistrado Ponente Doctor Carlos Gaviria Díaz, fue la que varió la jurisprudencia de la Corte, sin dar ninguna razón lógica ni jurídica para rectificar la jurisprudencia. Hizo una afirmación sin que después se demostrase lo afirmado, contrariando los cánones de la lógica y del derecho, pues en estas ciencias toda afirmación requiere la prueba y demostración de lo afirmado. En materia de derecho no pueden haber afirmaciones sin demostraciones y si el derecho pretende ser ciencia debe, como todas las ciencias, demostrar y probar lo que se afirma; en el único terreno donde se pueden hacer afirmaciones sin demostraciones es en el terreno de la fe, donde juzga la Corte celestial, pero no en el terreno jurídico que es donde debe juzgar la Corte Constitucional.

La transcripción de todo sobre lo que se dijo en la sentencia C-543 de 1998 demuestra que la Corte no hizo una demostración y esto es más grave por cuanto se trataba de rectificar una jurisprudencia anterior, lo que le imponía una carga argumentativa mayor y la obligación de refutar los argumentos dados en la sentencia anterior.

"3.1 Control judicial de los Actos Legislativos

A la Corte Constitucional se le ha asignado el control de los Actos Legislativos, pero únicamente por vicios de procedimiento en su formación (art. 241-1 C.P.), es decir, por violación del trámite exigido para su aprobación por la Constitución y el Reglamento del Congreso. El control constitucional recae entonces sobre el procedimiento de reforma y no sobre el contenido material del acto reformativo.

En ejercicio de dicha función la Corte debe proceder de manera estricta y rigurosa en el examen de los trámites estatuidos por el Constituyente y la ley orgánica para esa clase de actos, con el objeto de verificar su validez formal.

Cabe agregar que como el control constitucional de los Actos Legislativos no es de carácter oficioso, sino rogado (por demanda ciudadana), la Corporación en estos casos tan sólo puede pronunciarse sobre los cargos formulados por los demandantes.

Con posterioridad a esa sentencia, la Corte se ha referido al tema en las sentencias C-487 de 2002 y ahora en la sentencia C-614 de 2002. En ambos casos la Corte se ha dedicado, como los loros, a repetir la afirmación hecha en la sentencia C-543 de 1998, sin que haya dado argumentos adicionales.

Sintetizando, podemos afirmar que la posición actual de la Corte es producto no de un acto de razón, menos de lógica y mucho menos de lógica jurídica, sino de un acto de fe, al que ahora se le ha agregado la fuerza de la costumbre, la perseverancia en el error, que lo único que prueba es que una cosa puede hacerse mal y repetirse mal durante muchos años.

Resumen.

Resumiendo todo lo dicho, podemos afirmar que la tesis de que la Corte sólo puede controlar los vicios de procedimiento de leyes o actos legislativos que haya invocado el demandante es contraria a los principios que orientan el control constitucional y a la técnica especial que utilizan los jueces constitucionales, que es diferente a la de los jueces ordinarios. Es contraria a las normas constitucionales y legales (artículo 241 de la Constitución y artículo 22 del Decreto 2067 de 1991); es violatoria de los deberes del tribunal constitucional; atenta contra el principio según el cual los jueces deben hacer respetar el derecho sustancial. Confunde en los casos del control, previa iniciativa ciudadana, el inicio del procedimiento con la competencia de la Corte; la historia de la tesis demuestra que carece de bases lógicas y jurídicas y finalmente es una tesis que impide que la Corte cumpla con su deber de salvaguardar la integridad de la Constitución, ya que conduce al absurdo de que la Corte conozca que una ley o un acto legislativo es inconstitucional y sin embargo no lo declare.

En los anteriores términos, respetuosamente dejo consignada mi aclaración de voto sobre el asunto de la referencia.

Fecha ut supra

JAIME ARAUJO RENTERIA
Magistrado