



Función Pública

Concepto Sala de Consulta C.E. 1556 de 2004 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente : Flavio Augusto Rodríguez Arce

Bogotá D.C., diecisiete (17) de mayo de dos mil cuatro (2004)

Radicación No. 1.556

Referencia: JUEGOS DE SUERTE Y AZAR. JUEGOS LOCALIZADOS. Operación por personas naturales y jurídicas. Alcance de la Sentencia C- 031 de la Corte Constitucional.

El señor Ministro de la Protección Social formula a la Sala consulta relacionada con la operación por personas jurídicas o naturales de los juegos de azar denominados localizados, para lo cual transcribe apartes de la sentencia C- 031 de 2003 y de la consulta No 1425 de 2002 de esta Sala.

Expresa que "Al observar el contenido de los apartes transcritos del concepto del Consejo de Estado y teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 34 de la ley 643 de 2001, que a la letra señala... "los concesionarios u operadores autorizados para la operación del juego localizado pagarán a título de derechos de operación.." (negrillas fuera de texto); surge la duda sobre la interpretación que hace la Corte en el sentido de precisar si el legislador excluyó o no a las personas naturales de operar esta clase de juegos, pues si bien en el artículo 33 señala que éstos juegos serán operados por intermedio de terceros, previa autorización y suscripción de los contratos de concesión, dichos contratos tal como se desprende del mismo artículo 33, sólo son aplicables a los que se celebren entre la dependencia o entidad administradora del monopolio y el concesionario".

Finaliza argumentando que "La anterior afirmación se sustenta no solo en lo expresado por el Consejo de Estado, cuando aclara que a las personas naturales no les es dable esta clase de contratos, pues para ella aplica la autorización expedida por ETESA, sino en el contenido del artículo 34 en el que al hacer referencia a quienes deben pagar derechos de explotación, incluyó tanto a los concesionarios como a los operadores autorizados, permitiendo así la operación tanto a través de personas naturales como jurídicas. En relación con estos dos últimos términos (concesionarios y operadores autorizados) se debe tener en cuenta la precisión de la Corte Constitucional cuando manifiesta en Sentencia C-031 de 2003, que existen dos regímenes diferentes, el de concesión o contratación – para lo cual es necesario tener la condición de persona jurídica – y el de autorización, para lo cual basta ser persona capaz".

Con fundamento en lo anterior formula estas preguntas :

1. De acuerdo con la Sentencia de la Corte Constitucional C- 031 de 2003 los juegos localizados solo pueden ser operados por personas jurídicas?
2. De resultar afirmativa la anterior pregunta qué sucedería con los contratos celebrados con personas naturales y cual sería el procedimiento a seguir?
3. Teniendo en cuenta la Sentencia C- 031 de 2003, excluye la posibilidad de que los consorcios o uniones temporales sean operadores de los juegos de suerte y azar de lotería tradicional, apuestas permanentes o chance y juegos localizados, esto indicaría que los contratos celebrados son absolutamente nulos, por haberse celebrado contra expresa prohibición legal?, cuál sería el procedimiento a seguir?"

La Sala considera

1. Régimen propio. Los monopolios estatales en la Constitución Política de 1991 ¹ constituyen instrumento de financiación del gasto público - como arbitrio rentístico – que se establecen en virtud de ley; su finalidad es de interés público o social y su organización, administración, control y explotación están sometidas a un régimen propio, fijado por el legislador a iniciativa gubernamental. La Carta contempla el monopolio de los juegos de suerte y azar a favor de los servicios de salud. Dispone el artículo 336:

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

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

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

Las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud. (.....)"

(Negrillas de la Sala)

El régimen propio ² del monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar lo contiene la ley 643 de 2001³, cuyas normas regulan de forma integral la actividad monopolística y tienen prevalencia en el campo específico de su regulación, sobre las demás leyes (art. 60). Define, además, el monopolio como la facultad exclusiva del Estado para explotar, organizar, administrar, operar, controlar, fiscalizar, regular y vigilar todas las modalidades de juegos de suerte y azar, y para establecer las condiciones en las cuales los particulares pueden operarlos, facultad que siempre debe ejercerse respetando el interés público y social y con fines de arbitrio rentístico a favor de los servicios de salud, incluidos sus costos prestacionales y la investigación (art. 1°).

De este modo, "sólo podrán explotarse los juegos de suerte y azar en las condiciones establecidas en la ley de régimen propio y de conformidad con el reglamento" (art. 4°); además, está prohibida "la circulación, venta u operación de juegos de suerte y azar que no cuenten con la autorización de la entidad o autoridad competente, desconozcan las reglas del respectivo juego o los límites autorizados" (art. 4.g).

Esta breve referencia al régimen de esta clase de juegos permite a la Sala avanzar en una conclusión previa que habrá de desarrollarse más adelante : la entidad pública titular de un monopolio rentístico puede operarlo a través de particulares, pero ello, de manera indefectible, deberá cumplirse en los términos de la ley de régimen propio

2. Modalidades de operación de los juegos de suerte y azar. El legislador en uso de su libertad de configuración y sin perjuicio de las particularidades señaladas para cada uno de ellos, estableció dos modalidades de operación de los juegos de suerte y azar, a saber:

- operación directa realizada por los departamentos y el Distrito Capital, por intermedio de las empresas industriales y comerciales del Estado, y sociedades de capital público (art. 6°);⁵

- operación mediante terceros, la cual conforme al artículo 7° "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" (Negrillas fuera de texto).

La referencia a las personas jurídicas contenida en el artículo 7° transcrito, fue declarado exequible por la Corte Constitucional – exclusivamente en relación con los cargos formulados ⁶ - mediante sentencia C- 031 de 2003.

En resumen, los cargos de la demanda se remiten - por violación de los artículos 1°, 2°, 13, 14, 16, 26 y 38 de la Carta – a lo siguiente : la operación de los juegos por medio de terceros sólo puede ser adelantada por personas jurídicas, regulación que deja de lado los consorcios y las uniones temporales, quebranta la protección debida a las personas y establece una discriminación entre personas jurídicas y naturales.

La Corte se pronunció acerca de la constitucionalidad de la expresión "jurídica" que aparece en el artículo 7° de la ley 643 y en el acápite intitulado "El test de razonabilidad respecto de la limitación de la expresión acusada. Alcance de esta limitación", hace la siguiente contundente afirmación que informa la sentencia en su integralidad :

"Además, advierte la Corte que la disposición en la cual se inscribe la palabra acusada no excluye de manera absoluta a las personas naturales de la operación por intermedio de terceros puesto que estas pueden ser autorizadas en los términos de la Ley 643 de 2001. La diferencia de trato reside en que sólo las personas jurídicas pueden ser operadoras mediante contratos de concesión o contratación en los términos de la Ley 80 de 1993".

(Resalta la Sala)

No cabe duda que la Corte se limitó a hacer dos afirmaciones obvias que brotan de la ley: 1) la operación de los juegos es propia de las personas jurídicas y de las capaces – entre ellas las naturales – en la forma que lo disponga el legislador y, 2) sólo las personas jurídicas pueden operar los juegos mediante contrato de concesión o la contratación en los términos de la ley 80. Nada más. Esta percepción resulta totalmente opuesta a la cortapisa tajante que el actor dedujo del texto del artículo 7°: las personas naturales están impedidas para ejercer la actividad mencionada.

Más adelante la Corte aclara que esta no constituye una situación inmodificable, pues la regulación actual es:

"3.2.2. (...) sin perjuicio de que el legislador pueda en el futuro establecer, en virtud del ámbito de configuración del que dispone, que los consorcios y uniones temporales o incluso las personas naturales también pueden ser concesionarios o contratistas para la explotación económica de los juegos de suerte y azar, siempre que ello no amenace o vulnere valores protegidos por la Carta.

En este orden de ideas, la Corte considera que la expresión acusada no vulnera el derecho a la igualdad, tal como lo sostiene la demandante, ni conlleva a una inequitativa protección de los diferentes sujetos de derecho."

Para justificar jurídicamente la conclusión relativa a la exequibilidad de la diferencia de trato, consistente en que las personas jurídicas sólo operan los juegos mediante contratación, sostiene la Corte:

"3.2.5. Adicionalmente, esta Corporación advierte que la limitación que implica la expresión supone una afectación menor del derecho a la igualdad. Dos consideraciones permiten afirmarlo:

3.2.5.1. En primer lugar, la medida afecta por igual a todas las personas naturales, a todos los consorcios y a todas las uniones temporales pues la afectación cobija de la misma manera a todos los que pertenecen a la misma categoría, es decir, a todas las personas naturales, a todos los consorcios y a todas las uniones temporales.

3.2.5.2. En segundo término, tal como lo sostiene la apoderada del Ministerio de Hacienda, la Ley 643 de 2001 no excluye a las personas naturales de la realización de todas las actividades propias del monopolio de juegos de suerte y azar. En efecto, si bien el artículo 7° de la Ley 643 de 2001 presenta problemas de redacción, una lectura detenida del mismo permite observar que hay dos regímenes diferentes, el de concesión o contratación - para lo cual es necesario tener la condición de persona jurídica - y el de autorización, para lo cual basta ser persona capaz".

Es decir, reitera la posición expuesta a lo largo de la sentencia: existen dos regímenes diferentes que se concretan, atendiendo las modalidades de operación, en la concesión o contratación en el caso de las personas jurídicas y en la autorización, en el de las naturales. Sin embargo, a renglón seguido sostiene la Corte que :

"Esta distinción se hace manifiesta a lo largo de la Ley 643 de 2001. Así, por ejemplo, sólo pueden ser operados por personas jurídicas las loterías⁷, los juegos de apuestas permanentes o chance ⁸ y los juegos localizados⁹. De igual manera, se prevé que podrán ser explotados por personas naturales la rifas (sic) ¹⁰y los juegos promocionales¹¹." (Destaca la Sala)

Este aparte - que en lo pertinente se limita a citar de forma exclusiva el artículo 33 de la ley 643 - constituye una clásica mención *obiter dicta*, que no vincula ni hace tránsito a cosa juzgada, pues no tiene una conexidad íntima y directa con la parte decisoria de la sentencia; es evidente que sólo se trata de una referencia por vía ejemplificativa¹². De otro lado, este efecto se refuerza en tanto nada dice la Corte acerca de los alcances de las disposiciones de los artículos 8° y 34 de la ley 643, preceptos que permiten llegar a una conclusión distinta, como la ya vertida por esta Sala en el concepto 1425 del 23 de octubre de 2002.

En efecto, el artículo 7° - materia del pronunciamiento de la Corte - tiene por objeto la regulación genérica de las modalidades de operación de los juegos de suerte y azar y, por tanto, su sentido ha de ser interpretado teniendo en cuenta tal circunstancia, pero para su cabal entendimiento debe ser armonizado con las disposiciones especiales que regulan la operación de cada uno de los juegos en particular, para de manera sistemática desentrañar el alcance de la regulación específica de su operación, hermenéutica que no cumplió la Corporación mencionada. En consecuencia debe precisarse el régimen aplicable en el evento de los juegos localizados objeto de consulta.

3. Operación de los juegos localizados. La ley 643 en su artículo 32 califica como modalidades de juegos localizados aquellos que operan con equipos o elementos de juegos, en establecimientos de comercio, a los cuales asisten los jugadores como condición necesaria para poder apostar, tales como los bingos, videobingos, esferódromos, máquinas tragamonedas, y los operados en casinos y similares, cuya explotación corresponde a la Empresa Territorial para la Salud ETESA, los cuales requieren autorización de esta entidad y concepto previo favorable del alcalde donde operará el juego, salvo los que se encontraban autorizados y funcionando a la expedición de la ley (art. 60).

Por su parte, el artículo 33 establece las modalidades de operación:

"El monopolio rentístico de los juegos localizados será operado por intermedio de terceros, previa autorización y suscripción de los contratos de concesión. "

Y el artículo 8° en concordancia con el 34 regulan los derechos de explotación en los siguientes términos:

"Artículo 8°. Derechos de explotación. En aquellos casos en que los juegos de suerte y azar se operen por medio de terceros, mediante contrato de concesión o por autorización, la dependencia o entidad autorizada para la administración del respectivo juego (...) percibirá a título de derechos de explotación (...)

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

Resulta, entonces, que el artículo 33 se refiere - a pesar de su título "Modalidades de operación de los juegos localizados" - a una sola de ellas, cuando son dos las establecidas, tal como se contempla y completa en el artículo 34 al expresamente referirse a los concesionarios u operadores autorizados de los juegos localizados.

De este modo, la Sala considera oportuno mantener su percepción jurídica acerca del tema y por lo mismo debe reiterar lo expresado en el concepto No 1425 de 2002. En relación con el alcance de la exigencia de autorización para las distintas modalidades de operación, sostuvo :

"Por autorización ha de entenderse, en un primer sentido, la habilitación previa para operar todas las clases de juegos, otorgada por la respectiva entidad administradora, excepto las loterías cuya operación está expresamente autorizada en la ley para los departamentos y el Distrito Capital - art. 12 -. En efecto, la operación de los juegos requiere de previo pronunciamiento de la autoridad estatal y por eso el artículo 4.g) prohíbe "la circulación, venta u operación de juegos de suerte y azar que no cuenten con la autorización de la entidad o autoridad competente, por lo que las autoridades de policía o la entidad de control competente "deberán suspender definitivamente los juegos no autorizados". Este es el alcance de la expresión "autorización" contenida en la primera parte del inciso primero del artículo 7°, razón por la cual

las personas jurídicas, para operar los juegos "mediante contratos de concesión o (en los) términos de la ley 80 de 1993", deben contar con autorización previa en los términos que lo señale el reglamento.

En un segundo sentido, la palabra autorización se refiere a una de las modalidades de operación de los juegos, la cual corresponderá otorgar según sea la clase de juego - parte final del primer inciso del artículo 7º -, con clara diferenciación de las otras modalidades como son la concesión- permiso y la concesión adjudicada previa licitación, a las cuales hará referencia la Sala más adelante. (...)

Ahora bien, conforme al artículo 7º la operación por intermedio de terceros es la realizada por personas jurídicas "en virtud de autorización, mediante contratos de concesión o contratación en términos de la ley 80 de 1993 (...) " o (por) cualquier persona capaz en virtud de autorización otorgada en los términos de la presente ley, según el caso".

Respecto de la operación de los juegos localizados, tanto por personas jurídicas bajo la modalidad de contrato de concesión permiso como por las personas naturales en virtud de autorización, señaló la Sala :

"6. 2. 4 La operación de los juegos localizados desde la perspectiva de la parte final del inciso primero del artículo 7º. Sin embargo la Sala debe aclarar que armonizados los artículos 7º, 33 y 34, la operación de los juegos localizados no sólo es viable mediante la celebración del contrato de concesión permiso con personas jurídicas (art. 33), pues el artículo 34 al referirse al pago de los derechos de explotación se remite a "los concesionarios u operadores autorizados", previsión con la cual, a pesar de la falta de técnica legislativa que - ya aparecía en el texto del proyecto inicial ¹³-, termina habilitando a las personas naturales para operarlos mediante la modalidad de autorización, todo lo cual responde al principio de que tanto las personas naturales como las jurídicas pueden operar los juegos en los términos de la ley de régimen propio, "según el caso", como reza la parte final del inciso primero del artículo 7º. ¹⁴

En el primer caso, la persona jurídica para celebrar contrato de concesión permiso, deberá elevar previamente solicitud para operar los juegos localizados y obtener la autorización donde se establecerán las condiciones generales de la misma, las que se estipularán en la minuta a que se refiere el inciso 2º del artículo 33. En el segundo, la entidad administradora - ETESA - autorizará la operación a las personas naturales o jurídicas, conforme a la ley 643 y a sus reglamentos.

La alusión expresa de la norma a los operadores autorizados no da lugar a considerar que los requisitos del artículo 33 son acumulativos y expresan un yerro del legislador. Por el contrario, lo que esta norma hace, en concordancia con el artículo 34, es desarrollar el principio general de la operación de los juegos por las dos clases de personas : las personas jurídicas - mediante autorización y contrato de concesión permiso (art. 33) o mediante la modalidad de autorización (parte final del inciso primero del artículo 7º) - y las personas naturales en virtud de autorización.

Tal la razón por la cual el artículo 33 al regular la operación de los juegos localizados dispone que se hará "previa autorización y suscripción de los contratos de concesión", redacción un tanto antitécnica que da lugar a interpretaciones erradas, pero que el contexto de la ley aclara en los términos señalados. Así, la frase en mención contempla, para el caso de las personas jurídicas, un requisito previo (la autorización) complementario al de la suscripción del contrato de concesión permiso.

De lo expuesto se deduce que no resulta conforme a la ley de régimen propio considerar que las personas naturales están excluidas de la operación de los juegos localizados, en el entendido de que el vocablo "autorización" se refiere a un mecanismo acumulativo - "la autorización no es un acto independiente y diferente del mismo contrato de concesión" - dice al efecto la solicitud de consulta y, por las razones anotadas, también resulta errado concluir que el contrato de concesión permiso es el único mecanismo idóneo para operar tales juegos.

La deficiente redacción del artículo 33 parecería indicar que el legislador quisiera excluir todo otro mecanismo - distinto al del contrato de concesión - para operar los juegos localizados. Sin embargo, como se anotó, la estructura de la ley contiene un supuesto general de regulación de los juegos de suerte y azar, conforme al cual estos pueden ser operados mediante terceros por conducto de las personas jurídicas, con las que se celebran contratos de concesión - permiso para el caso - o a las que se otorgue autorización, según el caso, y de las personas naturales que obtengan la respectiva autorización."

Así, es claro para la Sala que la interpretación integral y sistemática del régimen jurídico aplicable a las modalidades de operación de los juegos localizados, ésta puede ser cumplida tanto por personas jurídicas mediante contratos de concesión como por las personas capaces mediante autorización - que comprende a las personas naturales -, tal como se desprende de la posibilidad derivada del artículo 34 de la ley 643, norma ésta que a diferencia de otras de la ley en cita no fue objeto de consideración alguna por parte de la Corte Constitucional en la sentencia C- 031 de 2003, a pesar de su evidente conexidad con la modalidad de operación de los juegos localizados y por ello, mal podrían extenderse los efectos de tal pronunciamiento de constitucionalidad a un precepto que no fue materia del proceso.

De otra parte debe precisarse que el decreto 2483 de 2003 reglamenta los artículos 7º, 32, 33, 34, 35 y 41 de la ley 643 en lo relativo a la operación de los juegos localizados por personas jurídicas y en el artículo 2º dispone: " podrán operar los juegos de suerte y azar localizados, las personas jurídicas que obtengan autorización de la Empresa Territorial para la Salud, ETESA, y suscriban el correspondiente contrato de concesión"¹⁵, preceptiva particular que contrastada con el criterio jurídico de la Sala, no implica la exclusión - en modo alguno - de la participación de las personas naturales en dicha actividad, es decir, que la reglamentación de una clase de personas no tiene por virtualidad desconocer la calidad de operadores de las personas naturales en esta modalidad mediante autorización, como se desprende de la interpretación sistemática de la ley.

Ahora bien, en el caso que se hubieren celebrado contratos con personas naturales para la operación de juegos localizados con anterioridad a la

Concepto Sala de Consulta C.E. 1556 de 2004 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

4

EVA - Gestor Normativo

vigencia de la ley 643, debe evaluarse la aplicación del inciso 2° artículo 60 ¹⁶ para ajustarlos a lo dispuesto en la misma ley, en cuyo caso continuarían vigentes hasta la expiración del plazo inicialmente previsto para su ejecución.

4. Contratos celebrados con consorcios o uniones temporales. La ley 643 de 2001, por medio de la cual se reguló el régimen propio de los juegos de suerte y azar, no incluye en forma expresa a los consorcios o uniones temporales dentro de quienes pueden ser operadores de ellos, razón por la cual la Corte Constitucional encontró que al no ser personas jurídicas carecían de tal capacidad. Sin embargo, es lo cierto que cada una de estas dos modalidades de contratación, por definición de la ley 80 de 1.993, no son ni adquieren personalidad jurídica, sino que se trata de una modalidad especial de contratación conjunta, pero conservando cada una su respectiva personalidad y capacidad, aunque se crea entre ellas solidaridad para responder por el cumplimiento de las obligaciones propias del contrato. Así, si bien tales modalidades de contratación no forman una persona jurídica nueva y distinta de sus miembros y, por la mismo, no cabrían, en principio, dentro de quienes habilita la ley de régimen propio para celebrar contratos de operación o recibir autorización para operar tales juegos, están formadas siempre por personas jurídicas o naturales que sí tienen esa capacidad para suscribir los respectivos contratos en sus propios nombres o para recibir la autorización correspondiente, y no a nombre del consorcio o unión temporal. En otras palabras, si toda persona jurídica o natural está habilitada por la ley de régimen propio para celebrar contratos de concesión, las primeras, o para tener o recibir autorización de operación de juegos de suerte y azar, las segundas, nada impide, en sentir de esta Sala, que tales personas jurídicas o naturales puedan unirse para proponer en forma conjunta la celebración, bien sea de un contrato de concesión, si están unidas personas jurídicas, o autorización si son personas naturales, pues la ley de régimen propio no exige que el contrato de concesión permiso o la respectiva autorización deba dársele a UNA SOLA persona jurídica o a una natural, respectivamente.

En síntesis, no se trata de que se esté autorizando a quienes no tienen personería jurídica o capacidad de contratación para hacerlo, sino simplemente de reconocer que la ley de régimen propio permite a varias personas jurídicas o naturales, realizar un contrato de operación de los juegos de suerte y azar en forma conjunta y con responsabilidad solidaria, forma de contratación expresamente permitida en el artículo 7° de la ley 80 de 1.993.

Por lo tanto, en el evento de la celebración de contratos bajo alguna de estas modalidades con anterioridad a la vigencia de la ley 643 para la operación de la lotería tradicional, apuestas permanentes o chance o juegos localizados, simplemente debe evaluarse la aplicación del inciso 2° del artículo 60 de la ley para ajustar tales contratos a lo dispuesto en la misma y podrán continuar vigentes hasta la expiración del plazo pactado. Pero, podrán celebrarse nuevos contratos bajo esta modalidad de contratación conjunta en el futuro dentro de las reglas normales de la ley de régimen propio.

El ponente no comparte el criterio jurídico vertido por la mayoría en este acápite, razón por la cual aclara el voto.

La Sala responde

1. De conformidad con la ley de régimen propio, los juegos localizados pueden ser operados por personas jurídicas y por personas naturales, así como por grupos de personas jurídicas y de personas naturales, en este último evento bajo la modalidad de riesgo compartido y solidaridad entre quienes suscriben el contrato frente al Estado por el cumplimiento de todas las obligaciones derivadas del mismo, esto es, bajo la figura de consorcios o uniones temporales, bien de personas jurídicas, ora de personas naturales.

2. En el caso de contratos celebrados con personas naturales para la operación de juegos localizados con anterioridad a la vigencia de la ley 643 de 2001, debe evaluarse la aplicación del inciso 2° del artículo 60 para ajustarlos a lo dispuesto en la misma ley, en cuyo caso continuarían vigentes hasta la expiración del plazo inicialmente previsto para su ejecución.

3. En el evento de contratos celebrados con consorcios o uniones temporales para la operación de lotería tradicional, apuestas permanentes o chance y juegos localizados, con anterioridad a la vigencia de la ley 643 de 2001, deben adecuarse a las prescripciones del inciso 2° del artículo 60 de la misma, caso en el cual continuarán vigentes hasta la expiración del plazo previsto o pactado. De ahí en adelante se aplicará lo descrito en el numeral 2° de las respuestas.

Transcríbase al señor Ministro de la Protección Social. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República

FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE
Presidente de la Sala
SUSANA MONTES DE ECHEVERRI

GUSTAVO APONTE SANTOS
AUGUSTO TREJOS JARAMILLO

ELIZABETH CASTRO REYES

Secretaria de la Sala

CONSEJO DE ESTADO

Sala de Consulta y Servicio Civil

Aclaración de voto

Radicación No. 1.556

la Corte Constitucional.

Por discrepar de las conclusiones de la mayoría en relación con el acápite 4º de la Consulta, consigno las razones del disenso.

La ley 643 de 2001, de régimen propio de los juegos de suerte y azar, no contempla en su régimen general (art. 7º) la posibilidad para los consorcios y uniones temporales de ser terceros operadores de los juegos pues, en las modalidades allí previstas se exige, en un caso, tener la calidad de persona jurídica y, en el otro, ser persona capaz, atributo jurídico - personalidad - que ciertamente aquellos no reúnen¹⁷.

Además, resulta ineludible acatar la sentencia de la Corte Constitucional - C- 031 de 2003 comentada -, conforme a la cual - al revisar la norma general del artículo 7º de la 643 - los consorcios y las uniones temporales no están habilitados para ser operadores de ninguna clase de juegos, tema respecto del cual tal Corporación se pronunció de manera expresa, decisión que, en consecuencia, hace tránsito a cosa juzgada constitucional, con efectos *erga omnes*.

Es regla general en el ordenamiento jurídico colombiano que la capacidad de contratación constituye una derivación de la calidad de persona, por manera que estas formas asociativas, que no son personas jurídicas - carecen del todo de personalidad -, sólo podrán operar juegos mediante autorización expresa del legislador, la que precisamente se echa de menos en la ley 643, sin que ello, como lo advirtió la Corte Constitucional, constituya óbice para "que el legislador en el futuro (pueda) establecer, en virtud del ámbito de configuración del que dispone, que los consorcios y uniones temporales o incluso las personas naturales también pueden ser concesionarios o contratistas para la explotación económica de los juegos de suerte y azar, siempre que ello no amenace o vulnere valores protegidos por la Carta".

De modo que excluida la operación por la ley especial y prevalente que regula el régimen propio de los juegos de suerte y azar - 643 de 2001 - y ante lo dispuesto en la sentencia de revisión constitucional, no me cabe duda que las uniones temporales y los consorcios no están habilitados para desarrollar las actividades mencionadas y así lo debió conceptuar la Sala.

Por lo demás, una referencia breve a las distintas clases de juegos corrobora lo dicho:

En cuanto a las modalidades de operación de las loterías, conforme al artículo 16 "La entidad territorial podrá operar la lotería tradicional directamente, o mediante asociación o a través de terceros", sin que prevea regulación especial que permita su operación por los consorcios o uniones temporales.

En relación con las apuestas permanentes o chance, dispone el artículo 22 que sólo pueden ser explotados a través de terceros seleccionados mediante licitación pública y para el caso de los nuevos concesionarios mediante contrato de concesión (art. (23), sin que se prevea norma especial adicional, de manera que conforme al artículo 7º estos sólo pueden celebrarse con personas jurídicas, lo cual excluye a los consorcios o uniones temporales.

De la misma manera los artículos 33 y 34, que regulan los juegos localizados, tampoco prevén disposición especial que permitan la operación por estas asociaciones.

Con sentimientos de consideración,

FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE

Consejero

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1 La Constitución Política de 1886 previó en su artículo 31: "Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico y en virtud de ley" - correspondiente al artículo 4º del Acto Legislativo No 3 de 1910, al artículo 27 de la codificación de 1936 y al 31 de la codificación de 1945 -. Sobre su establecimiento por la Asamblea Nacional Constituyente ver Ponencia: Régimen Económico. Libertad de empresa, competencia económica, monopolios e intervención del Estado. Ponentes: Iván Marulanda, Guillermo Perry, Jaime Benítez, Tulio Cuevas, Angelino Garzón y Guillermo Guerrero. (Gaceta Constitucional No.80 de Mayo 23 de 1991, pág.21) y Ponencia para segundo debate en plenaria (Gaceta Constitucional No 113, pág. 29).

2 En la sentencia C- 1191 de 2001 la Corte Constitucional expresa: "Por ello la Carta establece que estas actividades están sujetas a un régimen jurídico "propio", que deberá ser desarrollado por una ley de iniciativa gubernamental. La Carta cedió entonces al legislador la facultad de crear los monopolios para que, en el curso del debate político y democrático, determinara la conveniencia y necesidad de imponerlos, así como el régimen más adecuado y conveniente para su organización, administración, control y explotación. Pero la propia Carta configura algunos de los elementos de ese régimen propio. De esta manera, el artículo 336 superior establece que (i) todo monopolio rentístico busca satisfacer una finalidad de interés público, (ii) debe constituir un arbitrio rentístico y (iii) es necesaria la indemnización previa a los individuos que se vean privados de su ejercicio. Además, esa misma disposición (iv) predetermina la destinación de algunas de esas rentas, (v) ordena la sanción penal de la evasión fiscal en estas actividades y (vi) obliga al Gobierno a liquidar estos monopolios si no demuestran ser eficientes. Todo esto explica pues el cuidado de la Asamblea Constituyente en la regulación de estos monopolios rentísticos."

3 El art. 2º de la ley 643 agrega, sin que fuera necesario, que las actividades derivadas del monopolio están sujetas, además de la ley, a su reglamentación, expedida por el Gobierno Nacional, "la cual es de obligatoria aplicación en todo el territorio del país, cualquiera que sea el orden o nivel de gobierno al cual pertenezca la dependencia o entidad administradora bajo la cual desarrolle la actividad el operador"

4 En la Consulta radicada bajo el N° 1396 de 2002, ésta Sala expresó: "La ley 643 no determinó un régimen jurídico especial aplicable a las sociedades de capital público departamental; en sus disposiciones se limitó a regular los siguientes aspectos: composición: mediante asociación de varios departamentos y/o el Distrito Capital; participación y retiro en dichas sociedades: previa ordenanza o acuerdo distrital que así lo disponga; objeto social: administración y/o operación de la lotería tradicional o de billetes y de los demás juegos de su competencia determinados en la ley; capacidad legal: personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. Para definir cuál es el régimen jurídico aplicable a dichas entidades, debe acudirse al régimen general contenido en la ley 489 de 1.998 (cuyo artículo 121 derogó expresamente el decreto 130 de 1.976), en cuanto no sea incompatible con su propia naturaleza, y a sus propios estatutos, en cuanto no resulten contrarios a las disposiciones de la ley."

5 Mediante la Sentencia C- 316/03 la Corte Constitucional declaró inexecutable la posibilidad de explotación de monopolios por sociedades de economía mixta (ley 643 de 2001; inciso 1° art. 6°), por considerar incompatible el arbitrio rentístico propio de los monopolios con la percepción de rendimientos por particulares, como sería el caso de las sociedades en mención, en las que es de su esencia el reparto de los dividendos a que tienen derecho los socios, y precisamente el objeto propio del monopolio estatal impide ofrecer utilidades a favor de sujetos diferentes del propio Estado. Ver también sentencia C- 587/95.

6 Mediante sentencia C- 1191 de 2001 la Corte Constitucional declaró exequible el mismo precepto y señaló: "52- La Corte considera que para estudiar las anteriores acusaciones es necesario distinguir entre la titularidad de las rentas, siempre asignada a los departamentos, el Distrito Capital y los municipios, y la titularidad para explotar los juegos, conferida a ciertas entidades específicas. Así, la ley considera que la explotación directa solamente puede hacerse por intermedio de empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades de economía mixta o sociedades de capital público establecidas en la ley para tal fin (artículo 6°). Y señala que la explotación de loterías tradicionales, así como la explotación directa de los juegos de apuestas permanentes o chance corresponde a los departamentos y al Distrito Capital, por intermedio de las empresas industriales y comerciales del Estado del orden departamental o distrital, o de las Sociedades de capital público departamentales o distritales (artículos 12, 14 y 22). En el mismo sentido advierte que los juegos promocionales del nivel departamental y municipal serán explotados y autorizados por la Sociedad de Capital Público Departamental (artículo 31). A pesar de lo anterior, en todos los casos la ley también autoriza la explotación por intermedio de terceros o en forma asociada, tal y como lo establece el artículo 7° de la ley. 53- La Corte considera que bien puede el Legislador recurrir a distintas modalidades de desarrollo de estos monopolios rentísticos, pues la Carta confiere al Congreso una amplia libertad de configuración en este campo, tal y como esta Corte lo ha destacado en recientes decisiones."

7 (Los pies de página 7, 8, 9, 10 y 11) aparecen en el texto de la sentencia: "El inciso 2° del artículo 12 de dicha ley prescribe: "Cada departamento, o el Distrito Capital, no podrá explotar más de una lotería tradicional de billetes, directamente, por intermedio de terceros, o en forma asociada". Más adelante, el artículo 14 de la misma, señala: "Administración de las loterías. Las loterías tradicionales o de billetes serán administradas por empresas industriales y comerciales del Estado del orden departamental o del Distrito Capital o por Sociedades de Capital Público Departamental (SCPD) creadas por la asociación de varios departamentos y/o el Distrito Capital. La participación en estas sociedades será autorizada por la Asamblea Departamental o el Concejo Distrital, a iniciativa del gobernador o alcalde, según el caso. Estas empresas y sociedades tendrán personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, cuyo objeto social será la administración y/o operación de la lotería tradicional o de billetes y de los demás juegos de su competencia contemplados en esta ley. Previa ordenanza de la respectiva asamblea que así lo disponga, o del acuerdo respectivo en el caso del Distrito Capital, los departamentos o el Distrito Capital podrán retirarse libremente y solicitar el pago de sus aportes en las sociedades de capital público departamental para explotar directamente el monopolio o formar parte de otra sociedad".

8 Cita la Corte el inciso 2° del art. 22 de la ley 643.

9 La Corte cita el artículo 33 de la Ley 643 de 2001.

10 El inciso 3° del artículo 31 de la Ley 643 de 2001 señala: " Los derechos mencionados [de explotación] deberán ser cancelados por la persona natural o jurídica gestora del juego al momento de la autorización del mismo".

11 El inciso 3° del artículo 31 de la Ley 643 de 2001 señala: " Los derechos mencionados [de explotación] deberán ser cancelados por la persona natural o jurídica gestora del juego al momento de la autorización del mismo".

12 Sobre el instituto jurídico del "*Obiter dicta*" ver sentencias SU- 1219/01, T-960/01, SU- 047/99, C-836/01 y aclaraciones de voto C-1172/01 y C-1195/01. En la SU- 1219 se expresa: "La jurisprudencia ha distinguido entre *obiter dicta* y *ratio decidendi*, para sostener que el carácter vinculante se refiere a esta última y no a la primera. La *ratio decidendi* abarca el criterio jurídico determinante así como las razones inescindiblemente relacionadas con el *decisum* y sin las cuales la decisión del caso no sería comprensible o carecería de fundamento. El *obiter dicta*, lo que se dice de paso, carece del carácter vinculante de la *ratio decidendi*"

13 El proyecto 035/99 preveía: ARTÍCULO 31. Modalidades de operación de los juegos localizados. El monopolio rentístico de los juegos localizados podrá ser explotado solamente mediante la modalidad de operación a través de terceros, previa autorización y suscripción de contratos de concesión con la autoridad local. // "ARTÍCULO 32. Derechos de explotación. Los concesionarios u operadores autorizados para la operación de juegos localizados pagarán a los municipios o distritos, a título de derechos de explotación...". En la ponencia para primero y segundo debate - Cámara, se autorizaba la operación mediante contratación directa. En el Senado - primer debate - aparece, con leves modificaciones, como fue aprobado y en el segundo, tal como aparece en la ley 643.

14 Como se recuerda la exposición de motivos del proyecto 035/99 respecto de la operación a través de terceros señalaba: "La operación legal
Concepto Sala de Consulta C.E. 1556 de
2004 Consejo de Estado - Sala de Consulta
y Servicio Civil

de juegos de suerte y azar sería la que se realice en las modalidades autorizadas por la Ley, previamente reglamentadas por el órgano competente, operadas (...) por los particulares debidamente facultados a través de contratos de concesión o de autorizaciones o permisos, celebrados o expedidos, según el caso, por los entes encargados de administrar el monopolio, de acuerdo con la modalidad de juego de que se trate.

15 La Presidencia de ETESA expidió la Resolución 1074/03 – por la cual se fija el trámite y los requisitos para la autorización y operación por intermedio de terceros de los juegos de suerte y azar en la modalidad de localizados – en igual sentido.

16 Dispone este precepto: "Los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley deberán ajustarse en lo dispuesto en la misma, sin modificar el plazo inicialmente contratado. Al finalizar el plazo de ejecución, el nuevo operador se seleccionará acorde con lo preceptuado en el artículo 22"139.

17 La Sección Tercera de la Corporación, en auto del 13 de diciembre de 2001 (Exp. 21.305) expresó lo siguiente: "Por lo tanto, al no constituir la unión temporal, ni el consorcio, una persona jurídica diferente de los miembros que la conforman, no tiene capacidad para ser parte ni para comparecer en un proceso judicial. Dicha calidad se encuentra en cabeza de las personas naturales o jurídicas que la han integrado para celebrar un contrato con el Estado, conforme al artículo 44 del Código de Procedimiento Civil". Por su parte la Corte Constitucional en la sentencia C. 949 de 2001 expresó: "En torno a la capacidad contractual de los consorcios y uniones temporales la jurisprudencia constitucional ha expresado que el Estatuto de contratación les reconoce este atributo sin exigirles como condición de su ejercicio la de ser personas morales."

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 12:35:20