

D-10992
06

No allega los CD- T-
anuncia en el numeral 8

www.legislativo.gob.ec

SEÑORES MAGISTRADOS
CORTE CONSTITUCIONAL - REPARTO



Referencia: Acción pública de inconstitucionalidad.
Norma acusada: Ley 1393 de 2010, artículo 17.

El suscrito ciudadano en ejercicio, identificado como aparece al pie de mi firma, en seguimiento de la directrices establecidas en el Decreto 2067 de 1991, manifestó a los Honorables Magistrados que por medio del presente escrito presento **ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD**, en contra del artículo 17 de la Ley 1393 de 2010, a fin que se decrete su inexecutable, por las razones y motivos que expondré en esta demanda.

1- DE LA NORMA ACUSADA.

El artículo 17 de la Ley 1393 de 2010, dispone:

Artículo 17. Derechos de explotación de lotería instantánea y lotto preimpreso. Los derechos de explotación que provengan de la operación de los juegos lotería instantánea y lotto preimpreso, se destinarán a los departamentos y al Distrito Capital para la financiación de la unificación del plan obligatorio de salud del régimen subsidiado y contributivo.

La explotación de estos juegos corresponde a los departamentos y al Distrito Capital, quienes harán la selección y la contratación del tercero operador a través de la entidad que agremie a los departamentos en el país.

En lo pertinente el artículo referido dispone que los derechos de explotación del juego de lotería instantánea y lotto preimpreso le corresponden a los departamentos y al distrito capital, quienes harán la selección y contratar un tercero operador, actuación que se surtirá a través de la entidad que los agremie a los departamentos, es decir, la federación de departamentos.

Frente a esta situación debemos manifestar que consideramos que esta norma riñe contra las normas de rango superior, que determinan que la titularidad de las rentas y la explotación corresponde a las entidades territoriales de primer grado, excluyendo las de segundo grado como es las asociaciones o agremiaciones de entidades territoriales, aunado a lo anterior tenemos que dentro de este nuevo marco de competencias de titularidad de asignación de la tercerización fue excluido el distrito capital, comoquiera que ésta no es parte de ninguna asociación de entes territoriales.

Igualmente, consideramos que existen algunos aspectos necesarios analizar en la norma que consideramos, que a nuestro criterio, surgen en su inconstitucionalidad, a saber:

- Vulneración de la unidad de materia.
- Vulneración de la norma superior
- Vulneración de los límites de regulación del legislador frente a los recursos exógenos.

En consecuencia procederemos a analizar cada uno de los aspectos referidos.

2. ASPECTOS PRELIMINARES.

Con el fin de dar por sentados argumentaciones contenidas en esta acción, consideramos pertinente realizar algunas precisiones preliminares para tal fin, centradas en las competencias de las entidades territoriales de segundo nivel, como quiera que esta figura fue objeto de asignación de la función de tercerización u otorgamiento de la explotación del juego de lotería instantáneo y el lotto preimpreso.

2.1. NATURALEZA JURÍDICA.

Dentro del marco general establecido en la carta política no se contempló la figura directa como ente territorial de la agremiación de departamentos, sin embargo, de algunas de las normas de carácter superior se ha llegado a la conclusión de que la misma carta autorizó a las entidades territoriales para unirse con el fin de dar cumplimiento a sus cometidos o fines regulados en el acápite designado a la función administrativa.

Al efecto, podemos señalar las siguientes disposiciones:

ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

ARTICULO 210. Las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios sólo pueden ser creadas por ley o por autorización de ésta, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa.

Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.

La ley establecerá el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes. (Resalte fuera de texto).

ARTICULO 286. Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas.

La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley.

ARTICULO 287. Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:

- 1. Gobernarse por autoridades propias.*
- 2. Ejercer las competencias que les correspondan.*
- 3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.*
- 4. Participar en las rentas nacionales.*

ARTICULO 298. Los departamentos tienen autonomía para la administración de los asuntos seccionales y la planificación y promoción del desarrollo económico y social dentro de su territorio en los términos establecidos por la Constitución.

Los departamentos ejercen funciones administrativas, de coordinación, de complementariedad de la acción municipal, de intermediación entre la Nación y los Municipios y de prestación de los servicios que determinen la Constitución y las leyes.

La ley reglamentará lo relacionado con el ejercicio de las atribuciones que la Constitución les otorga.

ARTICULO 306. Dos o más departamentos podrán constituirse en regiones administrativas y de planificación, con personería jurídica, autonomía y patrimonio propio. Su objeto principal será el desarrollo económico y social del respectivo territorio.

Bajo estas normas se ha interpretado la posibilidad de que las entidades territoriales realicen acuerdos de cooperación y en especial se unan para conformar personas jurídicas del orden privado que las agremien, tal como ha ocurrido con la federación nacional de departamentos y la de municipios, siempre y cuando se adelante su labor bajo los lineamientos o competencias constitucionales y legales.

Desde el ámbito legal, podemos señalar algunas que han autorizado a las entidades territoriales a asociarse entre sí, como la Ley 489 de 1998 que al efecto reguló:

Artículo 95. Asociación entre entidades públicas. Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro.

Las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de entidades públicas, se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género. Sus Juntas o Consejos Directivos estarán integrados en la forma que provean los correspondientes estatutos internos, los cuales proveerán igualmente sobre la designación de su representante legal.

Así pues, el legislador determinó que las entidades públicas podrían asociarse para el cumplimiento de sus funciones administrativas o la prestación conjunta de servicios que estén a su cargo.

Esta prerrogativa ha sido considerada en los pronunciamientos de la H. Corte Constitucional, dentro de los cuales podemos señalar los siguientes:

- **Sentencia C – 671 de 1999, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra.**

En esta providencia, el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional analizando una acción de inconstitucionalidad en contra de algunos artículos de la Ley 397 de 1997 y de la Ley 489 de 1998, manifestó en lo pertinente:

“... 4. Constitucionalidad condicionada del inciso segundo del artículo 95 de la Ley 489 de 1998.

4.1. En cuanto el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, en su primer inciso, autoriza a las entidades públicas su asociación entre sí con el propósito de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se encuentren a su cargo, encuentra la Corte que la disposición acusada tiene como soporte constitucional el precepto contenido en el artículo 209, inciso segundo de la Carta, que impone como un deber la coordinación de las actuaciones de las autoridades administrativas para el cumplimiento de los fines del Estado.

4.2. En cuanto al inciso segundo del artículo 95 de la citada Ley 489 de 1998, observa la Corte que en él se dispone que las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de entidades públicas, "se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género".

De conformidad con el artículo 210 de la Carta se autoriza la creación de entidades descentralizadas por servicios del orden nacional, en virtud de una ley o por expresa autorización de ésta y, en todo caso, con acatamiento a "los principios que orientan la actividad administrativa". Ello significa que las entidades descentralizadas indirectas, con personalidad jurídica, que puedan surgir por virtud de convenios de asociación celebrados con exclusividad, entre dos o más entidades públicas deben sujetarse a la voluntad original del legislador que, en ejercicio de la potestad conformadora de la organización -artículo 150, numeral 7 de la Constitución Política-, haya definido los objetivos generales y la estructura orgánica de cada una de las entidades públicas participantes, y los respectivos regímenes de actos, contratación, controles y responsabilidad.

En consecuencia, la disposición en estudio sólo podrá considerarse ajustada a las normas superiores cuando la asociación surgida se sujete al mismo régimen que, en consonancia con la naturaleza de las entidades participantes y el régimen propio de función administrativa o de servicio público a su cargo hubiere señalado la ley de creación o autorización de éstas.

Además, en todo caso, el ejercicio de las prerrogativas y potestades públicas, los regímenes de los actos unilaterales, de la contratación, los controles y la responsabilidad serán los propios de las entidades estatales según lo dispuesto en las leyes especiales sobre dichas materias.

Así las cosas la disposición acusada será declarada exequible bajo la consideración de que las características de persona jurídica sin ánimo de lucro y la sujeción al derecho civil se entienden sin perjuicio de los principios y reglas especiales propios de la función administrativa establecidos en el artículo 209 de la Constitución, que para el derecho civil y normas complementarias no resultan de aplicación estricta e imperativa...".

- Sentencia C – 385 de 2003, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

En esta providencia se analizaron los fundamentos argumentados en acción de constitucionalidad en contra de algunos artículos de la Ley 769 de 2002, en donde se manifestó en lo pertinente:

"... 3.8. Así las cosas, el legislador conforme a lo dispuesto por el artículo 210 de la Constitución autorizó a la "Federación Colombiana de Municipios para implementar y mantener actualizado a nivel nacional" el sistema integrado de información sobre multas y sanciones por infracciones a las normas de tránsito, lo que no resulta contrario a la Carta Política pues el inciso segundo del citado artículo 210 de la misma permite a los particulares el cumplimiento de "funciones administrativas en las condiciones que señale la ley", es decir, que es ella una forma de descentralización por colaboración de los particulares con el Estado.

3.9. Ha de recordarse ahora por la Corte que el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, declarado exequible por esta Corporación, con excepción de su parágrafo, mediante Sentencia C-671 de 1999, autoriza a las entidades públicas para que se asocien entre sí con el propósito de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se encuentren a su cargo, norma esta de la cual se expresó entonces por la Corte que ese precepto tiene como soporte constitucional el artículo 209 de la Carta, cuyo inciso segundo "impone como un deber la coordinación de las actuaciones de las autoridades administrativas para el cumplimiento de los fines del Estado".

En la misma sentencia acabada de mencionar, se agregó por la Corte Constitucional que:

"4.2. En cuanto al inciso segundo del artículo 95 de la citada Ley 489 de 1998, observa la Corte que en él se dispone que las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de entidades públicas, "se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género".

"De conformidad con el artículo 210 de la Carta se autoriza la creación de entidades descentralizadas por servicios del orden nacional, en virtud de una ley o por expresa autorización de ésta y, en todo caso, con acatamiento a "los principios que orientan la actividad administrativa". Ello significa que las entidades descentralizadas indirectas, con personalidad jurídica, que puedan surgir por virtud de convenios de asociación celebrados con exclusividad, entre dos o más entidades públicas deben sujetarse a la voluntad original del legislador que, en ejercicio de la potestad conformadora de la organización - artículo 150, numeral 7 de la Constitución Política -, haya definido los objetivos generales y la estructura orgánica de cada una de las entidades públicas participantes, y los respectivos regímenes de actos, contratación, controles y responsabilidad.

"En consecuencia, la disposición en estudio sólo podrá considerarse ajustada a las normas superiores cuando la asociación surgida se sujete al mismo régimen que, en consonancia con la naturaleza de las entidades participantes y el régimen propio de función administrativa o de servicio público a su cargo hubiere señalado la ley de creación o autorización de éstas.

"Además, en todo caso, el ejercicio de las prerrogativas y potestades públicas, los regímenes de los actos unilaterales, de la contratación, los controles y la responsabilidad serán los propios de las entidades estatales según lo dispuesto en las leyes especiales sobre dichas materias".

Ello significa, entonces que la Federación Colombiana de Municipios, persona jurídica sin ánimo de lucro, creada por osos entes territoriales, si bien se rige por normas del derecho privado para otros aspectos, en cuanto hace al ejercicio de la función pública que le autoriza el artículo 10 de la Ley 769 de 2002 para la implementación y mantenimiento actualizado a nivel nacional del sistema integrado de información sobre multas y sanciones por infracciones de tránsito, se encuentra sometida a las normas propias del derecho público, como quiera que en la citada Sentencia C-671 de 1999, se advirtió expresamente que en tales casos, se repite, "el ejercicio de las prerrogativas y potestades públicas, los regímenes de los actos unilaterales, de la contratación, los controles y la responsabilidad serán los propios de las entidades estatales según lo dispuesto en las leyes especiales sobre dichas materias".

...

3.10. Se observa por la Corte que en el parágrafo del artículo 10 de la Ley 769 de 2002 se dispone que "en todas las dependencias de los organismos de tránsito y transportes de las entidades territoriales existirá una sede del Simit o en aquellas donde la Federación lo considere necesario, con el fin de obtener la información para el consolidado nacional y para garantizar que no se efectúe ningún trámite de los que son competencia de los organismos de tránsito en donde se encuentre involucrado el infractor en cualquier calidad, si este no se encuentra a paz y salvo".

Analizado el contenido del parágrafo que se acaba de transcribir, es claro que se autoriza a la Federación Colombiana de Municipios para imponer, en aquellas dependencias de los organismos de tránsito y transporte de las entidades territoriales donde ella lo considere necesario "una sede del Simit", lo que afecta de manera

ostensible la autonomía territorial garantizada por la Constitución Política en su artículo 287 a las entidades territoriales, la cual también se cercena por la disposición acusada en cuanto en ella se ordena que en "todas" las dependencias de los organismos de tránsito y transporte de las entidades territoriales existirá una sede del sistema integrado de información sobre multas y sanciones de tránsito. Es decir, la ley invade la esfera propia de la estructura de la administración municipal para imponer la existencia de una oficina determinada, o autoriza a la Federación Colombiana de Municipios para exigir la existencia de una sede para ese efecto, lo que resulta contrario a la autonomía administrativa que a los municipios les garantiza la Constitución Política. Por ello, habrá de declararse la inexecutable parcial del parágrafo del artículo 10 de la Ley 769 de 2002 en las expresiones mencionadas..."

De tal suerte, la jurisprudencia analizada determinó los límites del desarrollo en que se efectúan las asociaciones de entidades territoriales, reconociendo su existencia y vida jurídica conforme a los parámetros constitucionales vigentes, condicionando su ejercicio al cumplimiento de los fines o competencias legales que le sean expresamente conferidas, y determinando que son personas jurídicas de régimen privado sus actos corresponderán a aquella naturaleza salvo alguno otros que debe sujetarse al régimen público del cual derivan por extensión de las personas jurídicas públicas que lo integran, como es el caso de los contratos.

Es del caso resaltar que este tipo de agremiaciones han sido denominadas como entidades territoriales de segundo nivel, pues son constituidas por entidades territoriales de los diferentes órdenes, lo que será detallado en sentencia 414 de 2012, tal como lo veremos en acápites posteriores.

2.2. DE LAS FEDERACIONES DE ENTIDADES TERRITORIALES.

En consecución del régimen y autorización constitucional en nuestro estado existen varias agremiaciones de entidades territoriales, correspondientes en su orden del nivel municipal y departamental, las que procederemos a analizar.

Una de las principales decisiones proferidas por el Tribunal Constitucional ha realizado un estudio sobre la línea jurisprudencial de este alto tribunal respecto de la naturaleza jurídica de las asociaciones o agremiaciones de entidades territoriales, la procedencia de asignación de funciones públicas por delegación, la interpretación y aplicación del principio de legalidad a la descentralización de funciones a tales entidades, el análisis de los ingresos endógenos y exógenos de las entidades territoriales, entre otros, aportes suficientes que permiten esclarecer aspectos fundamentales para esta acción.

2.2.1 FEDERACIÓN DE MUNICIPIOS.

Tal como es narrado en el libro publicado por la Federación Colombiana de Municipios 20 años en defensa de la descentralización y la autonomía municipal publicado en el año 2011, que obra en los archivos de tal entidad y en la web (http://issuu.com/fedemunicipioscolombianos/docs/fcmendefensadeladescentralizacion/2?mode=aj_p), donde de forma nutrida se narró la historia de la Federación Colombiana de Municipio, relevante en este análisis, y que al efecto manifestó:

“... la historia de la Federación de Colombianos de Municipios está inevitablemente atada a los desarrollos del país en los últimos 20 años. Su creación es producto de una de las reformas más importantes del siglo XX en el país: el inicio del proceso de descentralización que buscó fortalecer la democracia a través de una nueva forma de policía a nivel local, incrementar la participación ciudadana, cerrarle el paso a la corrupción u promover formas de desarrollo local.

En este contexto, la creación de la Federación no sólo era una buena idea, era una necesidad de los alcaldes agremiarse, por cuanto en este nuevo marco institucional, eran autónomos y responsables de una gran cantidad de competencias nuevas que implicaban un gran reto para los municipios y una gran responsabilidad política. De esta forma, el éxito o el fracaso del nuevo modelo de estado, dependerá de una buena medida de la gestión de estas nuevas administraciones locales que tenían por primera vez alcaldes elegidos popularmente.

...

Principales hitos en su desarrollo

- Los días 16 y 17 de febrero de 1989 fue realizado por el Primer Congreso Nacional de Municipios, el cual contó con la participación de 146 alcaldes y alcaldesas.
- Desde el reconocimiento de la personería jurídica mediante Resolución No. 0759 del 11 de diciembre de 1989, hasta 1991, con sus aportes a la Asamblea Nacional Constituyente en defensa de la descentralización.
- Su creación fue iniciativa de los alcaldes de Bogotá, Cali y Cartagena con el apoyo de Federación Española de Municipios y Provincias - FEMO – y de la Fundación Friedrich Ebert Stiftung en Colombia - Fescol.

Como en las etapas iniciales de todo proceso, se requirió el esfuerzo y la voluntad de muchos para emprender su consolidación. Fue especialmente destacable su papel en algunos aspectos de la vida local que fueron los retos del momento: apoyo a la creación de centros de conciliación, cultura de la prevención de desastres, construcción de vivienda de interés social, búsqueda de recursos financiero y mejoramiento de la prestación de servicios públicos.

...

II. Constitución Política de 1991 y los municipios.

Las discusiones que se dieron en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente fueron una oportunidad para avanzar en la consolidación de la descentralización en Colombia.

Se discutió y trabajó un proyecto para ser llevado a la Asamblea Nacional Constituyente que generara solidaridad y respaldo por parte de los constituyentes que generara solidaridad y respaldo por parte de los constituyentes lo cual permitió la inclusión de varios artículos conducentes al fortalecimiento de los municipios.

Se logró dar rango constitucional al municipio y para ello se trabajó con constituyentes que le dieron impulso al tema e incluso se convocó a la Federación a hacer parte de comisiones que tendrían la tarea de reordenar la rama ejecutiva y algunos establecimientos y empresas del orden nacional.

...

Desde 1992 hasta el año 1998 el país vive la euforia constitucional y el sueño descentralizador y cierra la década con la centrada e aun período de crisis financiera nacional.

En este el período de consolidación de la descentralización, aparecieron las leyes que desarrollan lo establecido en la Constitución Nacional en materia de descentralización: Ley 60 de 1993, Ley 142 de 1994, entre otros.

La Ley 60 de 1993 estableció en su artículo 42 que “De la participación total que corresponde a los Distritos y Municipios en los ingresos corrientes de la Nación se gira el 0.0001 (cero, punto, cero, cero, cero, uno) a la Federación Colombiana de Municipios que tendrán a su cargo las funciones que le asigna la presente ley y la promoción y representación de sus afiliados que serán por derecho propio de todos los Distritos y Municipio del País”. Este artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional.

Por otro lado, el mismo artículo estableció la inembresía de los municipios y distritos por derecho propio y no por afiliación. Ambas situaciones en conjunto movieron a la Federación a buscar su autofinanciamiento y sostenibilidad financiera por una vía distinta a la de aportes por afiliación o financiación del estado. ...”.

Esta figura de la federación en la actualidad se encuentra en pleno vigor y en desarrollo de alguno de los principios para los cuales fue creada, tal como ya hemos visto, lo que se encuentra regulado en sus estatutos que determinan en lo pertinente:

Artículo 1. Naturaleza Jurídica. La Federación Colombiana de Municipios es una persona jurídica sin ánimo de lucro, de naturaleza asociativa y de carácter gremial, que se rige por el derecho privado, organizada con base en la libertad de asociación prevista en el artículo 38 de la Constitución Política. A ella pertenecen por derecho propio todos los municipios, distritos y asociaciones de municipios del país y tiene como finalidad la defensa de sus intereses comunes

Artículo 2. El domicilio de la Federación Colombiana de Municipios es la ciudad de Bogotá D. C. donde funciona su sede.

Artículo 3. La Federación Colombiana de Municipios tiene duración indefinida, personería jurídica propia y diferente de la de sus asociados, autonomía administrativa y patrimonio propio. Por su naturaleza, forma de creación y las funciones que ejerce, se rige para sus actos y contratos por las normas del derecho privado que regulan las asociaciones gremiales sin ánimo de lucro.

Artículo 5. Asociados.- Son asociados a la Federación Colombiana de Municipios todos los municipios, distritos y asociaciones de municipios del país, por derecho propio, para la defensa de sus intereses gremiales y los miembros honorarios que sean postulados y aceptados por el Congreso Nacional de Municipios.

Artículo 10. Bienes.- Los bienes de la Federación Colombiana de Municipios no pertenecen en forma individual a ninguno de sus asociados y éstos y sus rendimientos, deberán destinarse al apoyo de la labor que cumple a favor de sus asociados y por lo tanto, sus excedentes o utilidades y rendimientos no son susceptibles de ser distribuidos.

En caso de disolución y liquidación de la Federación Colombiana de Municipios, se seguirá el procedimiento establecido por la ley para las entidades sin ánimo de lucro.

Artículo 11. Recursos de Tesorería. Los dineros para el sostenimiento de la Federación Colombiana de Municipios proceden de:

Cuotas ordinarias de sostenimiento.

Cuotas extraordinarias.

Convenios con entidades nacionales e internacionales públicas o privadas.

Patrocinios.

Donaciones de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras.

Otros recursos.

Por su parte, el Consejo Ejecutivo de la F.C.M. promulgó la Resolución 02 de 1998, reiterando algunos aspectos de los estatutos ya referidos, y dispuso en lo pertinente:

“... MISION

La Federación Colombiana de Municipios representa intereses colectivos de los municipios, lidera y apoya el desarrollo de la gestión municipal, defendiendo la autonomía y promoviendo la profundización de la descentralización. Para lograrlo será vocero ante instituciones públicas y privadas y generará e impulsará políticas y estrategias.

VISION

La Federación Colombiana de Municipios será el espacio político más amplio en el ámbito municipal, recogerá las expectativas de los mandatarios municipales, trabajara para fortalecer su capacidad de gestión, protegerá los derechos e intereses del municipio colombiano y velará por la consolidación del proceso de descentralización y autonomía local.

ARTÍCULO 1. Naturaleza Jurídica. La Federación Colombiana de Municipios es una persona jurídica sin ánimo de lucro, de naturaleza asociativa y de carácter gremial, que se rige por el derecho privado, organizada con base en la libertad de asociación

prevista en el artículo 38 de la Constitución Política de Colombia. A ella pertenecen por derecho propio todos los municipios distritos y asociaciones de municipios del país y tiene como finalidad la defensa de sus intereses comunes.

Artículo 4. Asociados. Son asociados a la Federación Colombiana de Municipios todos los municipios, distritos y asociaciones de municipios del país, por derecho propio, para la defensa de sus intereses gremiales y los miembros honorarios que sean postulados y aceptados por el Congreso Nacional de Municipios....”.

Todos estos aspectos legales y antecedentes de la Federación Nacional de Municipios nos permiten determinar y concluir con claridad que tal ente jurídico de derecho privado agrupa, en principio, todos los municipios del país, pero tal como veremos, existen excepciones como ocurre con el Distrito Capital, el que en la actualidad no hace parte de él.

2.2.2 FEDERACIÓN NACIONAL DE DEPARTAMENTOS.

A contrario sensu de lo que ocurre con los textos históricos de la F.C.M., la Federación de Departamentos cuenta con una pobre literatura en su web (http://www.fnd.org.co/index.php?option=com_content&view=category&id=36&Itemid=58), donde se hace referencia a los siguientes hechos:

“... La Federación Nacional de Departamentos fue creada en 1994 durante la VIII Cumbre General de Mandatario Seccionales realizada en Popayán. El nuevo escenario política administrativo del país, caracterizo especialmente por el proceso de descentralización y los profundos cambios impulsados a partir de la constitución de 1991, hizo evidente la necesidad de crear una entidad que representara a los departamentos en los asuntos de interés común de ante las diferentes instancias del Estado, con el objeto de trabajar en la defensa y el fortalecimiento de estas entidades territoriales como piezas estratégicas y esenciales entre la nación y el municipio....”

En cuanto a la misión se determina:

*“... Misión
Contribuir al desarrollo y el fortalecimiento de los departamentos haciendo la interlocución y la intermediación técnica y política de estos con los organismos públicos y privados....”.*

En cuanto a la visión, se manifestó:

*“Visión
La FND se proyecta como un organismo canalizador de propuestas, sugerencias e ideales de los gobiernos seccionales con el fin de fortalecer sus relaciones, mediante el intercambio de información, herramientas y experiencias exitosas en materia de administración, tecnología y desarrollo abriéndose así un espacio en los ámbitos nacionales e internacional, que tienda a un fortalecimiento institucional de las departamentos con el fin de afianzar su capacidad administrativa.*

En cuanto a sus principales objetivos determinó:

“Principales Objetivos

- 1. Ser organismo consultivo interlocutor en el gobierno nacional, en el congreso de la república y en las entidades nacionales e internacionales tanto públicas como privadas que lo requieran.*
- 2. trabajar por la integración y coordinación de aquellas instancias interesadas en abanderar el proceso descentralista*
- 3. Promover ante el congreso de la República y ante el Gobierno Nacional, las iniciativas y reformas que se consideran necesarias para el cumplimiento de las*

funciones y competencias asignadas a los departamentos, con miras a obtener el desarrollo regional.

4. *Impulsar las relaciones de los departamentos con organismos Nacionales e Internacionales, con el fin de fomentar el intercambio de la tecnología y experiencias en materia de administración y desarrollo.*

No debe dejarse de lado determinar que esta no es una figura novedosa ni creada luego de la entrada en vigencia de la nueva carta política, sino que antes tal figura jurídica obraba bajo la denominación de la Asociación Conferencia Nacional de Gobernadores, tal como la hace referencia la Corte Constitucional, tal como ya lo veremos.

2.2.3. LIBERTAD DE ASOCIACIÓN DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES.

Con referencia a la libertad de asociación de las entidades territoriales, la Corte Constitucional en sentencia C - 414 de 2012, dispuso en lo pertinente:

“...3.5. Inexistencia de vulneración de la libertad de asociación de las entidades territoriales.

La Corte Constitucional estima que la disposición demandada tampoco conlleva una violación de la libertad de asociación de las entidades territoriales. Ello es así por las siguientes razones.

3.5.1. *No resulta cierto que la disposición demandada contemple la obligación de asociarse a la Federación Nacional de Departamentos. La referencia a que determinadas decisiones deban ser adoptadas por la Asamblea de Departamentos y del Distrito Capital no implica que se esté aludiendo a los integrantes de una asociación o, al menos, ello no se deduce de la disposición demandada. La incorporación del Fondo al presupuesto de la denominada Federación Nacional de Departamentos no implica que los órganos de administración del Fondo coincidan o sean equivalentes a los órganos definidos para la administración del Fondo. De esta manera, la participación en la Asamblea a la que se refiere la disposición demandada no se traduce en la imposición de un deber de asociarse. Es por ello que la Corte considera del caso señalar e insistir que para los fines previstos en el artículo demandado, todos los Departamentos así como el Distrito Capital se encuentran habilitados para participar en dicha Asamblea y adoptar las decisiones que correspondan.*

3.5.2. *Si se admitiera, en gracia de discusión, que la carga de participar en la Asamblea mencionada en el artículo 224 constituye una restricción de la libertad de asociación, dado que tal participación sería necesaria para decidir sobre asuntos relativos a la administración, destinación de los rendimientos financieros y adopción de mecanismos para dirimir las diferencias que surjan por la distribución de los recursos, la Corte puede afirmar que ella sería una restricción constitucionalmente admisible: en efecto (i) se trata de la regulación de la administración de una fuente exógena y, en esa medida, el Congreso cuenta con un amplísimo poder de intervención; (ii) la no participación en la Asamblea no tiene como efecto la anulación del derecho a percibir los recursos de la entidad territorial correspondiente, dado que tal distribución se encuentra sometida a reglas legales y reglamentarias claras que implican la imposibilidad de anular el derecho a recibir los recursos; y (iii) las decisiones de la asamblea no se refieren a asuntos relativos a la destinación de los recursos de las entidades territoriales sino, fundamentalmente, a aspectos administrativos enderezados a asegurar la eficiencia de su recaudo.*

3.5.3. *Así, ni la ausencia voluntaria de participación de alguna entidad territorial en la Asamblea afectaría los intereses financieros de la entidad territorial vinculados, naturalmente, a la obtención efectiva de los recursos que se derivan del impuesto al consumo de productos extranjeros, de conformidad con el grado de participación que cada entidad territorial tiene en el monto que finalmente se obtiene.*

3.5.4. En suma, la disposición demandada no obliga a las entidades territoriales involucradas a asociarse ni les impone tal condición para la percepción de los recursos que como departamento o distrito capital les corresponde legalmente, y aún más, todas se hallan habilitadas para participar en la Asamblea y en las decisiones que le corresponden.

4. Cargo 2º: vulneración del principio de legalidad (CP, 121, 209, 210).

Por su indudable conexión, la Corte Constitucional estima que resulta procedente examinar conjuntamente los cargos formulados en contra de la disposición demandada (i) por violación del principio de legalidad, (ii) por infracción de las exigencias constitucionales para atribuir a particulares el ejercicio de funciones públicas y (iii) por incumplimiento del deber de sujeción a la moralidad administrativa.

Según el demandante, en primer término, se asigna a una entidad sometida al régimen de derecho privado -en cuya asamblea participan los Gobernadores y el Alcalde del Distrito Capital-, el cumplimiento de funciones que por su naturaleza deberían sujetarse a normas de derecho público. En segundo lugar, la regulación demandada implica que los representantes de las entidades territoriales que no se encuentren de acuerdo con las decisiones de la Asamblea terminan sometidas a ellas. Adicionalmente, la norma atacada tiene como resultado el favorecimiento exclusivo de una persona de derecho privado, lo que implica la posible desviación de recursos públicos a través del Fondo previsto en el artículo demandado así como la fijación de un régimen excepcional e indefinido para que la Asamblea pueda determinar las reglas de administración de los recaudos y de los rendimientos de un impuesto, sin límite legal expreso. Finalmente, a disposición acusada implica el otorgamiento de funciones a particulares sin contemplar de manera clara el régimen al cual debe sujetarse.

Para la Corte estas objeciones constituyen la expresión de un desacuerdo general con el alcance del principio de legalidad. De esta manera, la cuestión consiste en establecer si la incorporación de un Fondo, conformado por los recursos provenientes de un impuesto nacional, al presupuesto de una asociación sometida a las reglas del derecho privado, implica la violación del principio de legalidad que gobierna el ejercicio de cualquier función pública y cuyo cumplimiento se erige en una de las expresiones más importantes del principio de moralidad administrativa.

4.2. El cumplimiento de funciones públicas por parte de particulares o de entidades descentralizadas que se someten al régimen de derecho privado.

4.2.1. La disposición demandada establece que el Fondo Cuenta, compuesto por los recursos del Impuesto al consumo de productos extranjeros, se incorporará al presupuesto de la hoy Federación Nacional de Departamentos. El demandante así como algunos de los intervinientes señalan que este es un supuesto de asignación de funciones públicas a particulares. Por el contrario, el Instituto Colombiano de Derecho Tributario indica que no es cierta tal premisa si se asume que la Federación Nacional de Departamentos es una entidad pública descentralizada de segundo orden y, en consecuencia, no es relevante en el presente asunto, un cargo referido a la asignación de funciones públicas a particulares. Atendiendo el planteamiento de tales perspectivas y sin perjuicio de las precisiones que más adelante se formularán, la Corte considera relevante referirse al régimen jurídico aplicable a la asignación de funciones públicas a particulares y, posteriormente, a la regulación relativa al ejercicio de funciones públicas por parte de asociaciones conformadas por entidades públicas.

4.2.2. El inciso segundo del artículo 210 de la Constitución establece que los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley. En estrecha relación con tal disposición, el artículo 123 de la Constitución prevé que la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio. Así, por ejemplo, el artículo 48 de la Constitución señala que el Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social. De manera específica el artículo 49 de la Constitución prevé que le corresponde al Estado la fijación de las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas. El artículo 68 establece que los particulares pueden fundar establecimientos educativos cuyas actividades constituyen la expresión de un servicio público. Adicionalmente el artículo 365 de la Constitución, al aludir al régimen general de los servicios públicos, señala que ellos podrán ser prestados por el Estado, por comunidades organizadas o por particulares.

4.2.3. En sentencia C-866 de 1999 la Corte aludió al significado constitucional de la asignación de funciones públicas a los particulares, indicando:

"(...) El Estado social de derecho, a diferencia del Estado liberal clásico, se edifica a partir de los principios de solidaridad y participación, los cuales cobran vigencia para imponer la cooperación entre los hombres a fin de lograr la efectivización de sus derechos. Su consagración en la Carta, enunciada desde el primer artículo, busca primordialmente lograr la orientación de la política administrativa hacia la satisfacción de las necesidades básicas de la población; y no es algo casual o accidental, sino que responde a una larga historia de transformaciones institucionales ocurridas no sólo en nuestro orden jurídico fundamental, sino también en el de las principales democracias constitucionales del mundo.

En efecto, el concepto de "Estado bienestar," antecedente del de "Estado social de Derecho", surgió en Europa a principios de este siglo, como respuesta a demandas sociales de variada índole. La nueva concepción estatal, hacía referencia a una transformación del antiguo modelo reducido de Estado, propio del liberalismo clásico, para dar paso a una estructura político administrativa mucho más compleja, promotora de toda la dinámica social, y tendiente, como se dijo, a garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de la población en campos como el de la salud, la vivienda, el trabajo, la educación, la alimentación, la seguridad, etc., satisfacción concebida ahora como derecho de cada cual y no como mera beneficencia.

(...) Este cambio de perspectiva significó el advenimiento de la actividad intervencionista del Estado, la cual requería de una respuesta jurídica apropiada que la enmarcase. Esta respuesta consistió en la consagración constitucional de un catálogo de derechos de contenido social, económico y cultural, y, a nivel institucional, en la creación de los mecanismos propios de la intervención dentro del marco de la democracia participativa.

Toda vez que la Carta Política está concebida de manera que la parte orgánica sólo adquiere su sentido propio interpretada según los principios y valores de la parte dogmática, tenemos entonces que la función pública que ella regula debe obedecer también a la particular axiología constitucional que propugna por la vigencia de los principios de solidaridad y participación. Por ello, la posibilidad del ejercicio de funciones públicas por parte de particulares encuentra su soporte constitucional en los mencionados principios, a la vez que viene a ser una de las formas de desarrollo concreto de los mismos. En efecto, lo que el Constituyente buscó fue ampliar en la mayor medida posible los espacios de participación democrática del pueblo en la toma de decisiones, así como en el control del poder político, con el propósito de facilitar la consecución de los objetivos estatales referentes a la satisfacción de las necesidades básicas colectivas y de ampliar la democracia.

(...) Ya esta Corporación había afirmado que la posibilidad de ejercicio de funciones públicas por parte de los particulares encontraba sustento en esta perspectiva de democracia participativa que inspira nuestra Carta. En ese sentido expresó: "Al respecto debe puntualizarse que el acrecentamiento de las tareas que el estado moderno debe asumir, y en particular de aquellas que el poder ejecutivo desempeña, condujo al afianzamiento progresivo de una tendencia, que tuvo sus manifestaciones iniciales en el derecho público francés, y que justamente estriba en autorizar el ejercicio de funciones administrativas a particulares más allá del marco de la concesión, pues, rebasando ese ámbito limitado y tradicional, se buscó el concurso de sectores no estatales mediante modalidades novedosas de acción que en algunos eventos pretenden la integración de personas particulares en las estructuras administrativas, y en otros, favorecen la existencia de entidades pertenecientes al sector privado a las que el Estado les asigna determinadas funciones públicas, con el objeto de satisfacer, por ese medio, intereses de carácter general." (...)"

Es entonces claro el fundamento de la regulación constitucional en esta materia. A partir de tal fundamento, la cuestión que se suscita se refiere a las condiciones en que tal atribución se puede llevar a efecto y la manera de asegurar que, en tanto se trata del cumplimiento de funciones públicas, el régimen jurídico aplicable no desconozca el deber de sujeción al principio de legalidad y, en general, a las reglas que deben orientar la actividad del Estado.

4.2.4. El artículo 110 de la ley 489 de 1998 al regular las condiciones para el ejercicio de funciones públicas por parte de particulares -en desarrollo de lo establecido por el artículo 210 constitucional-, precisó que ello era posible bajo las siguientes condiciones. En primer lugar (i) la regulación, el control, la vigilancia y la orientación de la función administrativa corresponde en todo momento al titular de la función a cuyo cargo se encuentra la obligación de impartir las instrucciones necesarias para su ejercicio. En segundo lugar (ii) la entidad que confiere la atribución debe mantener el control sobre el cumplimiento de las finalidades, objetivos, políticas y programas que deben ser observados por el particular. Adicionalmente (iii) cuando medien razones de interés público o social y en cualquier tiempo, la entidad o autoridad que se ha desprendido de la función pública puede dar por terminada la autorización. Finalmente (iv) la atribución de funciones administrativas debe encontrarse precedida de acto administrativo y acompañado de la celebración de un convenio.

4.2.5. Al pronunciarse sobre la constitucionalidad de esta disposición en la sentencia C-866 de 1999, la Corte consideró que la atribución de funciones públicas a particulares es constitucionalmente admisible. En cualquier caso advirtió que no resultaba procedente sostener que la totalidad de funciones públicas fueren susceptibles de ser asignadas a los particulares y en esa medida, procedió a identificar cinco límites. Así no resulta posible asignar funciones públicas cuando: (i) correspondan al ejercicio de competencias propias del presidente como Jefe de Estado o Jefe de Gobierno; (ii) la Constitución hubiese señalado que sería ejercida de manera excluyente y exclusiva por parte de una determinada autoridad; (iii) la ley hubiere establecido una prohibición particular al respecto; (iv) quien pretenda autorizar el ejercicio de la función pública no pueda considerarse titular de la función; y (v) la asignación de la función pública pueda implicar un vaciamiento de contenido de la competencia de la entidad correspondiente.

4.2.6. Ahora bien, en la sentencia C-543 de 2001 la Corte Constitucional aludió a las diferentes formas a través de las cuales era posible llevar a efecto la asignación de funciones públicas a los particulares. Dijo entonces:

"Ahora bien, la Corte debe destacar que constitucionalmente es posible encauzar la atribución de funciones administrativas a particulares a través de varios supuestos, entre los que pueden enunciarse:

a) La atribución directa por la ley de funciones administrativas a una organización de origen privado. En este supuesto el legislador para cada caso señala las condiciones de ejercicio de la función, lo relativo a los recursos económicos, la necesidad o no de un contrato con la entidad respectiva y el contenido del mismo, su duración, las características y destino de los recursos y bienes que con aquellos se adquieran al final del contrato, los mecanismos de control específico, etc.

Esta ha sido la modalidad utilizada cuando el Estado ha querido vincular a las entidades gremiales a la gestión de las cargas económicas por ella misma creadas (contribuciones parafiscales) para que manejen los recursos correspondientes a nombre del Estado, y propendan mediante ellos a la satisfacción de necesidades de sectores de la actividad social, sin que esos recursos por tal circunstancia se desnaturalicen ni puedan ser apartados de sus pristinas e indispensables finalidades.

(...)

Precisamente en armonía con los mandatos constitucionales (C.P., arts. 267 y 268-4) la gestión que con esos recursos se cumpla está sujeta, entre otros controles, al control fiscal asignado constitucionalmente a la Contraloría General de la República, como sucede en el caso en estudio pues como lo ha expresado la Corte si bien no se trata de recursos presupuestales si son recursos públicos de la Nación (...).

b) La previsión legal, por vía general de autorización a las entidades o autoridades públicas titulares de las funciones administrativas para atribuir a particulares (personas jurídicas o personas naturales) mediante convenio, precedido de acto administrativo el directo ejercicio de aquellas; debe tenerse en cuenta como lo ha señalado la Corte que la mencionada atribución tiene como límite "la imposibilidad de vaciar de contenido la competencia de la autoridad que las otorga" (. Este supuesto aparece regulado, primordialmente, por la Ley 489 de 1998, artículos 110 á 114 tal como ellos rigen hoy luego del correspondiente examen de constitucionalidad por la Corte (...).

c) Finalmente en otros supuestos para lograr la colaboración de los particulares en el ejercicio de funciones y actividades propias de los órganos y entidades estatales se acude a la constitución de entidades en cuyo seno concurren aquellos y éstas. Se trata, especialmente de las llamadas asociaciones y fundaciones de participación mixta acerca de cuya constitucionalidad se ha pronunciado igualmente esta Corporación en varias oportunidades (...)."

Cabe insistir en el amplio reconocimiento que la Corte le ha dado a la posibilidad de asignar la administración de los recursos provenientes de las contribuciones parafiscales a organismos particulares. Ello ha sido señalado en numerosas oportunidades destacando, para el efecto, que tal asignación se encuentra amparada por la competencia asignada al Congreso en el numeral 12 del artículo 150 de la Constitución para establecer contribuciones fiscales y parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley. En ese contexto ha admitido tal administración, entre otros, en los casos de la cuota para la modernización y diversificación del sector cafetero como pionero y modelo de tal figura institucional de la parafiscalidad, del sector tabacalero, de las contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras, de la cuota de fomento ganadero y lechero y de la cuota de fomento avícola.

4.2.7. En desarrollo de lo establecido en el artículo 209 de la Constitución, de acuerdo con el cual las autoridades administrativas deberán coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado, la ley ha definido algunas formas en que ello puede resultar posible. Una de ellas es la asociación de entidades públicas mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro.

4.2.8. En la sentencia C-671 de 1999 este Tribunal se ocupó de examinar el artículo 95 de la ley 489 de 1998. En esa disposición se establece, en primer lugar, que las entidades públicas pueden asociarse con el propósito de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios a su cargo. Asimismo se establece que en caso de constituir personas jurídicas sin ánimo de lucro (i) se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas aplicables a las entidades de este tipo y (ii) la designación de sus juntas o consejos directivos así como de su representante legal se encontrarán integrados en la forma en que se encuentre previsto en los estatutos. Al pronunciarse sobre su constitucionalidad la Corte expresó lo siguiente:

(...) En cuanto el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, en su primer inciso, autoriza a las entidades públicas su asociación entre sí con el propósito de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se encuentren a su cargo, encuentra la Corte que la disposición acusada tiene como soporte constitucional el precepto contenido en el artículo 209, inciso segundo de la Carta, que impone como un deber la coordinación de las actuaciones de las autoridades administrativas para el cumplimiento de los fines del Estado.

(...) En cuanto al inciso segundo del artículo 95 de la citada Ley 489 de 1998, observa la Corte que en él se dispone que las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de entidades públicas, "se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género".

De conformidad con el artículo 210 de la Carta se autoriza la creación de entidades descentralizadas por servicios del orden nacional, en virtud de una ley o por expresa autorización de ésta y, en todo caso, con acatamiento a "los principios que orientan la actividad administrativa". Ello significa que las entidades descentralizadas indirectas, con personalidad jurídica, que puedan surgir por virtud de convenios de asociación celebrados con exclusividad, entre dos o más entidades públicas deben sujetarse a la voluntad original del legislador que, en ejercicio de la potestad conformadora de la organización -artículo 150, numeral 7 de la Constitución Política-, haya definido los objetivos generales y la estructura orgánica de cada una de las entidades públicas participantes, y los respectivos regímenes de actos, contratación, controles y responsabilidad.

En consecuencia, la disposición en estudio sólo podrá considerarse ajustada a las normas superiores cuando la asociación surgida se sujete al mismo régimen que, en consonancia con la naturaleza de las entidades participantes y el régimen propio de función administrativa o de servicio público a su cargo hubiere señalado la ley de creación o autorización de éstas.

Además, en todo caso, el ejercicio de las prerrogativas y potestades públicas, los regímenes de los actos unilaterales, de la contratación, los controles y la responsabilidad serán los propios de las entidades estatales según lo dispuesto en las leyes especiales sobre dichas materias.

Así las cosas la disposición acusada será declarada exequible bajo la consideración de que las características de persona jurídica sin ánimo de lucro y la sujeción al derecho civil se entienden sin perjuicio de los principios y reglas especiales propios de la función administrativa establecidos en el artículo 209 de la Constitución, que para el derecho civil y normas complementarias no resultan de aplicación estricta e imperativa."

Atendiendo las precisiones acerca del alcance de la disposición demandada a la luz de la Constitución la Corte declaró la constitucionalidad condicionada de la disposición indicando que el artículo 95 de la Ley 489 de 1998 era exequible bajo el entendido de que "las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de entidades públicas, se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género", sin perjuicio de que, en todo caso el ejercicio de las prerrogativas y potestades públicas, los regímenes de los actos unilaterales, de la contratación, los controles y la responsabilidad serán los propios de las entidades estatales según lo dispuesto en las leyes especiales sobre dichas materias."

Así las cosas la conformación de este tipo de asociaciones con el objetivo de desarrollar funciones administrativas se encuentra en consonancia con lo dispuesto por la Constitución en tanto, entre otras cosas, dispone de apoyo directo en el artículo 209 y se evidencia como una forma de optimizar los esfuerzos para la consecución de los fines del Estado. En cualquier caso, al examinar los propósitos que motivan el nacimiento de tales organizaciones y la clase de integrantes que tiene, la Corte ha establecido que su actuación debe ajustarse a lo establecido para las entidades públicas.

4.2.9. Esta Corporación ha advertido la posibilidad de asignar funciones públicas a asociaciones constituidas al amparo del artículo 95 de la ley 489 de 1998. En efecto, en la sentencia C-385 de 2003 al examinar la constitucionalidad del artículo 10 de la ley 769 de 2002 en el cual se autorizaba a la Federación Colombiana de Municipios para implementar y mantener actualizado a nivel nacional, un sistema integrado de información sobre las multas y sanciones por infracciones de tránsito percibiendo el 10% por la administración del sistema cuando se cancele el valor adeudado, indicó:

"Ello significa, entonces que la Federación Colombiana de Municipios, persona jurídica sin ánimo de lucro, creada por esos entes territoriales, si bien se rige por normas del derecho privado para otros aspectos, en cuanto hace al ejercicio de la función pública que le autoriza el artículo 10 de la Ley 769 de 2002 para la implementación y mantenimiento actualizado a nivel nacional del sistema integrado de información sobre multas y sanciones por infracciones de tránsito, se encuentra sometida a las normas propias del derecho público, como quiera que en la citada Sentencia C-671 de 1999, se advirtió expresamente que en tales casos, se repite, "el ejercicio de las prerrogativas y potestades públicas, los regímenes de los actos unilaterales, de la contratación, los controles y la responsabilidad serán los propios de las entidades estatales según lo dispuesto en las leyes especiales sobre dichas materias".

No encuentra así la Corte que resulte contrario a la Constitución que el legislador autorice a la Federación Colombiana de Municipios para implementar y mantener actualizado a nivel nacional el sistema integrado de información sobre multas y sanciones por infracciones de tránsito, así como tampoco resulta contrario a la Carta Política que para ese propósito específico se asigne a la entidad mencionada el 10% proveniente de dichos recursos para "la administración del sistema cuando se cancele el valor adeudado", sin que pueda ser inferior "a medio salario mínimo diario legal vigente", pues, como salta a la vista, el cumplimiento de la función a que se ha hecho referencia necesita que al ente autorizado para ejercerla se le dote de recursos con esa finalidad."

Así las cosas, la asignación de funciones públicas a asociaciones sometidas al derecho privado no se opone a la Constitución. Y las actuaciones que despliegan en cumplimiento de tales funciones se encuentran sometidas, en todo caso, a normas propias del derecho público.

....

4.3. Inexistencia de violación del principio de legalidad.

4.3.1. Atendiendo los razonamientos precedentes estima la Corte necesario determinar, previamente, el alcance de lo dispuesto en la norma acusada. En efecto es necesario precisar, como punto de partida, si lo dispuesto en el artículo 224 de la ley 223 comporta la asignación de funciones públicas a un particular o si, por el contrario, se trata de una hipótesis diversa que implique, tal como lo señala uno de los intervinientes, la atribución de una función pública a una entidad estatal descentralizada de segundo orden.

Es importante destacar, preliminarmente, que el control abstracto por vicios materiales implica la confrontación de la disposición demandada con el texto constitucional sin que resulte relevante, en esos eventos, tomar en consideración factores adicionales. Estima la Corte, sin embargo, que en algunos eventos el examen de elementos probatorios que permiten identificar el alcance real del fenómeno regulado en el enunciado normativo objeto de examen -y que no se infiere directamente de su texto- resulta útil para examinar no sólo la corrección de los supuestos en los que se funda el ataque de constitucionalidad sino también la totalidad del contexto normativo que explica la existencia y vigencia de una disposición.

4.3.2. En el presente caso, la identificación de la naturaleza jurídica de la Asociación Conferencia Nacional de Gobernadores permite precisar el alcance de la disposición demandada. Según la documentación aportada al expediente la referida asociación - que cambió su nombre por el de Federación Nacional de Departamentos¹-, se trata de una entidad sin ánimo de lucro que asocia a los representantes legales de los departamentos de Colombia. Según se advierte en el artículo 6 de sus estatutos², tal Federación, en cuanto ha sido constituida por los representantes legales de las Entidades Públicas debidamente autorizados y recibe y maneja fondos públicos, es una entidad pública de segundo (2º) grado con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, que para la celebración y ejecución de sus actos y contratos se registrará por las normas de derecho privado que regulan esta clase de actuaciones en las entidades sin ánimo de lucro. La conformación de este tipo de asociaciones de Departamentos, destaca una vez más la Corte, se encuentra claramente autorizada en el artículo 95 de la ley 489 de 1998.

De acuerdo con lo indicado, el supuesto regulado en la norma no coincide con un evento de asignación de funciones públicas a particulares, en tanto la Federación Nacional de Departamentos ostenta, según lo dicho en sus estatutos y lo expresado por algunos intervinientes, la condición de entidad descentralizada de segundo orden. En consecuencia no se trata de un particular en el sentido en que tal expresión es empleada por los artículos 123 y 209 de la Constitución. La condición de asociación sometida a las reglas del derecho privado no implica, lógicamente, que la persona jurídica conformada sea un particular; se trata de cuestiones diferentes que, en el planteamiento del demandante parecen confundirse. Si como se indicó a partir de los documentos aportados al presente expediente, la Federación Nacional de Departamentos es una entidad estatal descentralizada de segundo orden, el argumento por la infracción del segundo inciso del artículo 210 resultaría defectuoso en tanto pretende aplicarse a un evento que no cae regulado por su supuesto de hecho.

4.3.3. Debe también la Corte señalar que, aún con independencia de la naturaleza jurídica de la Federación Nacional de Departamentos y como consecuencia de la figura jurídica instrumentada en la norma demandada, la regulación contenida en el artículo cuestionado, no desconoce las exigencias vinculadas al principio de legalidad.

¹ Así se registra en el certificado de existencia y representación legal expedido por la cámara de Comercio de Bogotá y en el que se indica que por acta de fecha 28 de enero de 1998, otorgada en Asamblea de Delegados, la entidad cambió su nombre de Corporación Conferencia Nacional de Gobernadores por el de Federación Nacional de Departamentos.

² Con ocasión de su intervención en el presente proceso de constitucionalidad la representante legal de la Federación Nacional de Departamentos aportó copia del acta de constitución de la Conferencia Nacional de Gobernadores así como de sus estatutos.

Es claro que el desarrollo de la función pública de administración del impuesto al consumo de productos extranjeros por parte de una persona jurídica sometida al derecho privado, no supondría, de manera alguna, que las actuaciones que despliegue carezcan de condiciones precisas para su ejercicio. En efecto la jurisprudencia de esta Corporación ha expresado que en aquellos eventos en los cuales se conforma una asociación de entidades públicas, las leyes especiales a las que se somete ordinariamente la actuación estatal serán aplicables en lo relativo (i) al ejercicio de las prerrogativas y potestades públicas, (ii) a la adopción de actos unilaterales y (iii) a los procesos de contratación. Adicionalmente ha señalado que los controles a su gestión así como la responsabilidad que deben asumir coinciden con los aplicables, en general, a las entidades estatales.

En esa misma dirección y en aquellos eventos en los que lo que ocurre es que se asignan funciones públicas a particulares, el artículo 112 de la ley 489 prescribe que los actos unilaterales se encuentran sujetos en cuanto a su expedición, requisitos externos y requisitos internos a los procedimientos de comunicación e impugnación propios de los actos administrativos. Establece, también, que si se celebran contratos por cuenta de las entidades privadas, so sujetarán a las normas de contratación de las entidades estatales. Igualmente el artículo 113 de la misma ley dispone que los representantes legales de las entidades privadas encargadas del ejercicio de funciones administrativas, se hallan sometidos a las prohibiciones e incompatibilidades aplicables a los servidores públicos, en relación con la función conferida.

4.3.4. Asimismo es relevante destacar que todas las actividades relacionadas con la fiscalización, liquidación oficial, discusión, cobro, y recaudo de los impuestos al consumo³, según la ley, son competencia de los departamentos y del Distrito Capital debiendo aplicarse en la determinación oficial, discusión y cobro de los impuestos los procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario para los impuestos del orden nacional. Adicionalmente, las normas del régimen sancionatorio y el procedimiento para su aplicación establecido en el Estatuto Tributario se extenderán a los referidos impuestos.

La aplicación de este tipo de normas, exigida por el artículo 209 de la Constitución, asegura el cumplimiento de la obligación -de los particulares que cumplen funciones públicas o de las asociaciones de entidades públicas sometidas al derecho privado- de adecuar su comportamiento a las exigencias que se adscriben a la moralidad administrativa y entre las que se encuentran (i) el mandato de sujeción estricta a la ley y (ii) la prohibición de desviarse del interés general⁴.

3 En lo que tiene que ver con el impuesto al consumo de cervezas, sifones, refajos y mezclas de bebidas fermentadas con bebidas no alcohólicas ello se define en el artículo 199 de la ley 223 de 1995. por su parte, en relación con el impuesto al consumo de licores, vinos, aperitivos y similares y al impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado así lo dispone el artículo 221 de la mencionada ley.

4 La Corte Constitucional, citando la jurisprudencia del Consejo de Estado, enunció así el alcance del principio de moralidad administrativa en la sentencia SU913 de 2009: "9.6 El derecho a la moralidad administrativa ha sido objeto de amplio desarrollo a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado, pues si bien su textura es abierta, su alcance se ha venido decantado a partir de la definición de una serie de criterios que permiten su protección de manera objetiva, a partir de la aplicación a cada caso concreto de principios hermenéuticos y de sana crítica. (...) Así, el concepto de moralidad administrativa se vincula al ejercicio de la actividad administrativa bien a través de las autoridades instituidas para el efecto bien a través de particulares en ejercicio de funciones administrativas. Tales criterios se condensan en recientes pronunciamientos efectuados por la Sección Tercera de la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado, entre ellos, el siguiente (...): "(...) En efecto, cuando se habla de moralidad administrativa, contextualizada en el ejercicio de la función pública, debe ir acompañada de uno de los principios fundantes del Estado Social de Derecho, como lo es el de legalidad, que le impone al servidor público o al particular que ejerce función administrativa, como parámetros de conducta, además de cumplir con la Constitución y las leyes, observar las funciones que le han sido asignadas por ley, reglamento o contrato, por ello en el análisis siempre está presente la ilegalidad como presupuesto sine qua non, aunque no exclusivo para predicar la vulneración a la moralidad administrativa.(...) De tiempo atrás se exige, además de la ilegalidad, el propósito particular que desvíe el cumplimiento del interés general al favorecimiento del propio servidor público y de un tercero, que en palabras del Robert Alexy, en cita de Von Wright, se traduce en la aplicación de conceptos deontológicos y antropológicos, ya mencionados por la Sala en sentencia de 26 de enero de 2005 (...). En consecuencia y tratándose de transgresiones contra el derecho colectivo a la moralidad administrativa, el comportamiento de la autoridad administrativa o del particular en ejercicio de función administrativa, debidamente comprobado y alejado de los propósitos de esta función, e impulsado por intereses y fines privados, propios o de terceros, tiene relevancia para efectos de activar el aparato judicial en torno a la protección del derecho a interés colectivo de la moralidad administrativa. (...) No obstante, también es claro que el derecho positivo puro no es la única referencia posible para analizar la moralidad administrativa. De hecho, los principios del derecho y los valores jurídicos, integrantes del sistema jurídico, también son una fuente interpretativa de esta problemática, de tal manera que si se los amenaza o viola, en condiciones precisas y concretas, puede afectarse el derecho colectivo a la moralidad administrativa. No obstante, el análisis específico debe hacerse en cada caso, donde el juez determinara si la afectación a los mismos vulnera este derecho (...). "(...) De tal suerte que el análisis del derecho a la moralidad administrativa, desde el ejercicio de la función pública, y bajo la perspectiva de los derechos colectivos y de la acción popular, como mecanismo de protección de éstos, requiere como un primer elemento, que la acción u omisión que se acusa de inmorales dentro del desempeño público o administrativo, necesita haber sido instigado, previamente, como deber (...) en el derecho positivo, o en las reglas y los principios del derecho, y concurrir con el segundo elemento de desviación del interés general. (...)" (resultado y subrayado fuera de texto)"

Esta obligación se encuentra protegida, además, por la existencia, de un régimen de control fiscal⁵ y responsabilidad penal, disciplinaria y fiscal⁶, no sólo de la asociación creada, sino de aquellos que adelantan actividades de administración o gestión en la misma en tanto cumplen funciones públicas.

4.3.5. Además de lo anterior, que implica en estos casos un límite material al ámbito de aplicación del derecho privado, debe señalarse que las reglas que integran el área del ordenamiento jurídico usualmente así designada, se encuentran fundadas en importantes y significativos axiomas que coinciden, en una gran medida, con aquellos que inspiran las actividades estatales. Ello supone, por ejemplo, que una asociación de entidades públicas sometidas al régimen de derecho privado debe ajustar su conducta a la obligación de actuar de conformidad con la buena fe, a la prohibición de abuso del derecho, al mandato de no ejecutar actos que constituyan engaño o fraude a la ley y, naturalmente, al deber de respetar los derechos constitucionales. De esta manera cabe señalar que las exigencias del principio de moralidad también se encuentran protegidas por las disposiciones de derecho privado.

4.3.6. Precisado lo anterior, puede concluirse que no resulta correcto afirmar que la actividad que despliega la Federación Nacional de Departamentos carezca de reglas claras que delimiten las condiciones para su ejercicio. Además de tales reglas generales, resulta evidente que la ley 223 de 1995 tal y como ha sido destacado en otro aparte de esta providencia, establece de manera precisa las reglas a las cuales se sujeta la administración del tributo estableciendo las diferentes etapas, procedimientos y plazos de su administración y dejando en los representantes legales de las entidades territoriales sometidos para estos efectos a las reglas aplicables a cualquier funcionario público, la definición de pautas adicionales -y en todo caso sometidas a las disposiciones legislativas y reglamentarias que regulan el Fondo-relativas a la administración, a la destinación de los rendimientos financieros y a la adopción de mecanismos para dirimir las diferencias que surjan por la distribución de los recursos del Fondo-Cuenta. La determinación de que una Asamblea -en la que pueden participar todos los Gobernadores y el Alcalde del Distrito Capital con independencia de su condición de asociados a la Federación Nacional de Departamentos- cumpla funciones adicionales relacionadas con diversos eventos que se podrían presentar, no desconoce de modo alguno el principio de legalidad, en tanto su ejercicio deberá sujetarse a las normas legales y reglamentarias que rigen la administración del Fondo Cuenta.

Pretender que la asignación de funciones públicas comporta una exigencia de absoluta exhaustividad sobre las reglas aplicables resulta inaceptable. Una pretensión en esa dirección es excesiva y, en esa medida, lo que se exige es que exista un régimen amplio e integral que permita regular y controlar el ejercicio de la función.

4.3.7. De acuerdo con lo expuesto, la Corte considera que la norma demandada no desconoce la Constitución por los cargos formulados:

4.3.7.1. El sometimiento de la Federación Nacional de Departamentos a las normas de derecho privado no implica que los administradores del Fondo Cuenta puedan actuar en contravía las normas que rigen el ejercicio de funciones públicas o ser ajenos a los controles que deben desplegar los diferentes organismos del Estado

4.3.7.2. Por el contrario (i) la aplicación a las asociaciones de entidades públicas y a los particulares que ejercen funciones públicas de las reglas que han sido mencionadas en esta providencia, (ii) la existencia de una regulación suficiente sobre las condiciones para la administración del impuesto cedido en la ley 223 de 1995 – según quedo expuesto en el fundamento jurídico 3.3.2- y (iii) la presencia de límites significativos en las normas de derecho privado, hace que el ejercicio de las funciones

⁵ Al establecer la definición del proceso de responsabilidad fiscal el artículo 1 de la ley 6120 de 2000 señala es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contratorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad (...) de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal u con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado." En la sentencia C-840 de 2001 la Corte Constitucional dispuso declarar exequible la expresión *con ocasión de esta* bajo el entendido de que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal.

⁶ El artículo 53 de la ley 734 de 2002 señala que el régimen disciplinario allí previsto se aplica, entre otros, a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales. El artículo 20 de la ley 599 de 2000 establece que para efectos penales son servidores públicos se consideran servidores públicos (...) los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, (...) y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política."

derivadas de la incorporación del Fondo en el presupuesto de la Federación se encuentre sometido a principios y pautas que lo delimitan adecuadamente.

4.3.7.3. La existencia de esta regulación descarta la afectación del principio de moralidad administrativa -adscrito al artículo 209 de la Constitución- debido a que las reglas aplicables y la facultad de vigilancia y control de las diferentes autoridades aseguran el cumplimiento del deber de sujeción a la ley, de una parte, y evitan que el ejercicio de funciones públicas se oriente a alcanzar propósitos ajenos al interés general, de otra. Debe insistirse, una vez más, que autoridades como la Procuraduría o la Contraloría, deberán ejercer -cuando ello se requiera- las competencias que en materia disciplinaria y de control fiscal, les fueron asignadas por la Constitución y la ley.

4.3.7.4. Como corolario de lo anterior, cabe afirmar que la atribución de esta función a la Federación Nacional de Departamentos no evidencia déficit alguno en la precisión de las condiciones en que deben ser desplegadas las actividades relativas al funcionamiento del Fondo. De esa manera, incluso aceptando la premisa del demandante y de varios de los intervinientes conforme a la cual lo regulado en el enunciado demandado es un supuesto de atribución de funciones públicas a un particular, puede concluirse que el Legislador procedió de manera constitucionalmente admisible...".

Esta disposición ratifica la doctrina jurisprudencial en determinar que las asociación de entidades territoriales son viables jurídicamente y se denominan como entidades territoriales de segundo grado, con autorización y aplicabilidad de los artículos 48, 123, 209, 210 y 365, siendo de naturaleza privada y con la potencialidad de prestar un servicio público, desarrollando así los principios que rigen el ejercicio de una democracia representativa y estado de bienestar, tal como está constituido el nuestro.

A nivel legal debemos señalar que como fuente reguladora de esta descentralización de funciones data de la ley 489 de 1998, la que en su artículo 110 determina las condiciones bajo las cuales los particulares pueden ejercer funciones públicas, a saber:

- La regulación, el control, la vigilancia y la orientación de la función administrativa corresponde en todo momento al titular de la función a cuyo cargo se encuentra la obligación de impartir las instrucciones necesarias para su ejercicio.
- La entidad que confiere la atribución debe mantener el control sobre el cumplimiento de las finalidades, objetivos, políticas y programas que deben ser observados por el particular.
- Cuando medien razones de interés público o social y en cualquier tiempo, la entidad o autoridad que se ha desprendido de la función pública puede dar por terminada la autorización.
- La atribución de funciones administrativas debe encontrarse precedida de acto administrativo y acompañado de la celebración de un convenio.
- Imposibilidad de vaciar de contenido la competencia de la autoridad que la otorga o sede la función.

Se reitera el planteamiento que existe una limitación superior a la legal para efectuar esta descentralización de funciones, y que tal como lo ha manifestado la Corte en sentencia C – 866 de 1999, limitantes que son:

- Correspondan al ejercicio de competencias propias del presidente como Jefe de Estado o Jefe de Gobierno;

- La Constitución hubiese señalado que sería ejercida de manera excluyente y exclusiva por parte de una determinada autoridad;
- La ley hubiere establecido una prohibición particular al respecto;
- Quien pretenda autorizar el ejercicio de la función pública no pueda considerarse titular de la función; y
- La asignación de la función pública pueda implicar un vaciamiento de contenido de la competencia de la entidad correspondiente.

Se resalta en múltiples oportunidades a lo largo de la sentencia referida, que esta intervención de un tercero solo podrá considerarse ajustada a las normas superiores y su actuación debe ajustarse a lo establecido para las entidades públicas, y solo puede ejercer o desarrollar las competencias que le sean expresamente conferidas por la ley.

2.2.4. EL DISTRITO CAPITAL EN LA FEDERACIÓN COLOMBIANA DE MUNICIPIOS.

Tal como ha sido de conocimiento público y de los hechos que connotaron la administración de la anterior administración distrital, podemos determinar que desde un inicio el Distrito Capital formaba parte integral de la Federación Colombiana de Municipios, hasta el 20 de abril de 2009, cuando se expidió la Resolución No. 11 de 2009, que al efecto dispone:

"Artículo 1º. Desvincular a Bogotá Distrito Capital como miembro de la Federación Colombiana de Municipios.

Artículo 2º. Comunicar esta decisión al Congreso Nacional de Municipios y al Presidente de la Federación Colombiana de Municipios.

Artículo 3º. La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición."

Como motivación de la decisión referida, entre otras argumentaciones, se manifestó:

"... Que con base en esta potestad, el Concejo de la ciudad expidió el Acuerdo Distrital 05 de 1991, mediante el cual facultó al Alcalde Mayor para que en nombre y representación del Distrito Especial, (Hoy Distrito Capital), para afiliarse a Bogotá a la Federación Colombiana de Municipios, actuación que se produjo ese mismo año.

*...
Que la visión concertada por los integrantes de la Federación Colombiana de Municipios, es la de llegar a ser el espacio político más amplio en el ámbito municipal, recoger las expectativas de los mandatarios municipales, trabajar para fortalecer su capacidad de gestión, por los derechos e intereses del municipio colombiano y velar por la consolidación del proceso de descentralización y autonomía local.*

Que Bogotá, Distrito Capital, participe desde el año 1991 de la Misión y Visión de la Federación Colombiana de Municipios, contribuyó de manera activa junto con las demás entidades territoriales, pagando sus aportes y cumpliendo con las demás obligaciones asociativas que consagra su Reglamento Interno

Que el accionar de la Federación Colombiana de Municipios frente a Bogotá D.C., desatiende su razón de ser e incumple los principios y objetivos que motivaron al Distrito a afiliarse a la misma, tornándose en un ente que se dedica a la defensa de sus propios intereses, lesionando a sus integrantes, concentrando y usurpando competencias propias de los municipios, menoscabando sus recursos y vulnerando la autonomía territorial..."

En consecuencia, desde la promulgación del decreto referido, el Distrito Capital no es parte de la Federación Nacional de Municipios, ante la disputa en el cobro de dineros por las multas de tránsito como se determinó en el acto administrativo referido.

El distrito capital no está representado actualmente en ninguna federación o agremiación de entidades públicas, pues no hace parte de aquellas del orden municipal, como hemos analizado, y tampoco hace parte de las del orden departamental precisamente por esta naturaleza, pues en ella se agremian entidades del orden departamental que claramente no es el distrito capital.

Todas estas apreciaciones tiene por fin el determinar el límite jurídico al cual están sometidas las asociaciones o agremiaciones de entidades públicas, pues si bien es cierto que ellas son entidades territoriales de segundo orden, de orden privado sin ánimo de lucro, y sometidas en algunas de sus actuaciones a las normas aplicables a sus miembros, debemos determinar que si están sometidas igualmente a las reglas del orden superior que determina la carta política, y la ley que las rige.

En esta oportunidad, y tal como será analizado posteriormente, tenemos que con la norma demandada la agremiación de departamentos excede claramente su finalidad, pues el legislador les confirió la competencia para asignar a un tercero la explotación de un juego de suerte y azar, cuando una norma de rango superior, la ley orgánica 643 de 2011, dispuso que esta actividad sería ejercida de manera exclusiva por las entidades territoriales de primer grado, las que tenían la competencia para desarrollar estos juegos y, en caso de pérdida, podrían otorgárselos en concesión a un tercero, excluyendo de tal forma al distrito y los municipios respectivos en la participación activa en la tercerización referida.

3. DE LA UNIDAD DE MATERIA.

Uno de los principales aspectos que han sido objeto de estudio por parte de la Corte Constitucional respecto de aquellas normas demandadas consiste en analizar la unidad de materia que debe surtir en las normas objeto de estudio, para lo cual es necesario realizar los siguientes juicios de valor:

3.1. ANTECEDENTES LEGALES.

Con el fin de determinar los fundamentos y trámite de la ley ordinaria de la cual hace parte el artículo demandado, debemos analizar los debates que tuvo al interior del Congreso de la República para su aprobación, así:

3.1.1. DEL CONTENIDO Y MOTIVACIÓN DEL PROYECTO DE LEY.

Tal Como puede ser verificado en la gaceta No. 128 de 2010, el proyecto de ley no contemplaba en su inicio la norma que ahora se demanda, y al efecto podemos transcribir lo pertinente:

"EXPOSICIÓN DE MOTIVOS ...

4. JUEGOS SE SUERTE Y AZAR

Dentro de las medidas tendentes a potenciar los recursos destinados a la salud, se encuentran las que se propone a los juegos de suerte y azar, según lo expone a continuación.

- a) Cobro de premios y destinación de premios no cobrados.
La ley 643 de 2001 no establecía unos procesos y términos claros de prescripción y caducidad en la reclamación de premios por parte de los ganadores de juegos de suerte y azar, por lo que, ante el no cobro de los mismos, los operadores debían sostener reservas hasta por diez (10) años, en las condiciones ordinarias de prescripción, al cabo de los cuales los recursos pasarían a la salud. ...
- b) Operación de juegos localizados en cruceros....
- c) Comercialización de lotería a través de canales electrónicos.

Esta disposición permite el uso de las herramientas electrónicas, de tal manera que se vuelva atractivo, ágil y competitivo el juego, con una contención de costos significativa representada en la no impresión de la billettería y la disminución del riesgo de corrupción por el control electrónico que puede existir sobre la comercialización. De esta forma, se espera un incremento en las ventas y, por lo tanto, mayores recursos para el sector.

- d) Apuestas por eventos hípicas. ...".

3.1.2. PRIMER DEBATE CONJUNTO DE COMISIÓN TERCERA DE CÁMARA Y SENADO DE LA REPUBLICA.

El primer debate efectuado el 18 de mayo de 2010, se surtió el informe de ponencia para primer debate del proyecto de la norma demandada, donde al efecto podemos señalar:

"...Mediante decreto 4975 del 23 de diciembre de 2009, el Gobierno Nacional decretó el Estado de Emergencia Social con fundamento en el artículo 215 de la Constitución Política y la Ley estatutaria 137 de 1994, ante la grave situación que enfrentaba la prestación del servicio de salud en todo el territorio nacional, entre otras, dada la insuficiencia de recursos en el sistema General de Seguridad Social en Salud para asumir los crecientes gastos por concepto de servicios y medicamentos no incluidos en los Planes Obligatorios de salud de los regímenes contributivo y subsidiado, así como los imperativos de universalización y unificación de los planes de beneficios.

Con el fin de conjurar dicha causa de la crisis que da lugar la declaratoria de emergencia social, el Decreto 4575 planteó la necesidad de generar nuevos recursos originados en la explotación de los monopolios de juego de suerte y azar y licores, vinos y aperitivos, así como los provenientes de los cigarrillos y tabaco elaborado, las cervezas, sifones y refajos, entre otros. Así mismo, estableció la necesidad de optimizar el flujo de recursos que financian el sistema de seguridad social en salud, así como fortalecer los mecanismos antievasión y antielusión de las rentas que financian el sector.

Dichas determinaciones se materializaron finalmente, e primer lugar, con la expedición del Decreto 127 de 2010, el cual establecía la modificaciones al IVA sobre la cerveza y los juegos de suerte y azar, así como a los impuestos al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado, licores, vinos y aperitivos y similares, con base en las cuales se obtendrían recursos destinados a financiar prestaciones excepcionales en salud y la unificación de los planes de beneficios.

Como es de amplio conocimiento, la honorable Corte Constitucional mediante sentencia C-252 de 2010 declaró la inexecutable del Decreto 4975 de 2009, mediante el cual se declaró el Estado de Emergencia Social en todo el territorio nacional, por considerar que la crisis invocada como causante de la misma no se originaba en hechos sobrevinientes ni inminentes, tal y como lo exige la Constitución Política para el efecto.

Sin embargo, en tanto que el Alto Tribunal reconoce la excepcional gravedad de la situación financiera del sistema de seguridad social en salud, la cual pone en serio e inminente riesgo el efectivo disfrute del derecho a la salud de los colombianos,

reconoce un efecto diferido respecto d las normas contenidas en decretos legislativos que establezcan fuentes tributarias de financiación orientadas exclusivamente al goce efectivo del derecho a la salud. Por tal razón, en Sentencia C – 253 de 2010, la Corte estableció que la declaratoria de inexecutable del Decreto 127 de 2010, únicamente se haría efectiva a partir del 16 de diciembre de 2010.

En este orden de ideas, como consecuencia de la decisión adoptada por el honorable Corte Constitucional, se requiere el trabajo coordinado, armónico y urgente del Congreso de la República y el Gobierno Nacional con el fin de adoptar mediante ley de la república y con carácter definitivo las medidas contenidas en los decretos legislativos que tenían por objeto la consecución de nuevos recursos con destino a la salud, así como la optimización de los existentes. Para tal efecto el Gobierno Nacional sometió a consideración del honorable Congreso de la República la presente iniciativa legislativa, en la cual se propone incluir como legislación ordinaria y permanente las medidas que desarrollen el objeto antes descrito que hubieren estado incorporadas e los decretos legislativos objeto de la declaratoria de inexecutable antes referida.

...
Dentro del término que los ponentes hemos tenido para el estudio del presente proyecto de ley, se han adelantado análisis y reuniones de concertación con el Gobierno Nacional y con representantes de las Entidades Territoriales, procurando que las disposiciones contenidas en el presente no sólo garanticen recursos para la atención en salud de los colombianos, sino que le permitan también a aquellas no perder recursos que comprometan el ejercicio de sus competencias.

Con base en lo anterior, los ponentes proponemos una serie de modificaciones al texto presentado por el Gobierno Nacional.

Finalmente, es relevante mencionar que a presente proyecto de ley han sido acumuladas dos iniciativas más, la 279 y 282 de 2010.

...
Igualmente, en cuanto a lo que se refiere a los juegos de suerte y azar los ponentes consideramos necesario una serie de ajustes al texto propuesto.

...
En lo que se refiere a los derechos de explotación de lotería instantáneas y lotto preimpreso, los ponentes, en respuesta a la necesidad de generar mayores recursos para la salud proponemos que los departamentos, como explotadores y titulares de las rentas provenientes de la explotación del monopolio rentístico, puedan administrar y operar los juegos de Lotería Instantánea y Lotto preimpreso, juego diferentes a la Lotería Tradicional o de billetes, pero que resultan idónea para diversificar el portafolio de productos ofrecidos por el canal de distribución de loteros y cumplir con la demandad del apostador. ...

Los recursos que generen estos juegos se transferirán a los departamentos para la financiación de la unificación del plan obligatorio de salud del régimen subsidiario y contributivo.

El texto propuesto es el siguiente:

Artículo 15 Nuevo. Derechos de explotación de lotería instantánea y lotto preimpreso. Los derechos de explotación que provengan de la operación de los juegos de lotería instantáneas y lotto preimpreso, se destinarán a los departamentos para la financiación de la unificación del plan obligatorio de salud del régimen subsidiario y contributivo. La operación de estos juegos se hará a través de terceros por contrato de concesión, previa selección por licitación pública. La explotación de estos juegos corresponde a los departamentos, quienes harán la selección y la contratación del tercero operador a través de la entidad que agremie a los Departamentos del País...".

En esta ponencia queda evidenciado que la verdadera motivación en la presentación del proyecto de ley que fue la declaratoria de inexecutable de los Decretos 4975 de 2009 y 127 de 2010, por medio de los cuales el gobierno nacional adoptó unas medidas para conjurar el estado de emergencia social en el sector salud, por considerar que la crisis no se originó en hechos sobrevinientes o inminentes, razón por la cual el contenido normativo de estas disposiciones se presenta como proyecto de ley, para ser aprobada como legislación permanente.

Igualmente, podemos determinar que el artículo aquí demandado fue integrado al proyecto de ley debido a la iniciativa que al respecto tomaron los ponentes del mismo.

3.1.3. SEGUNDO DEBATE EN EL SENADO DE LA REPUBLICA.

Este segundo debate se efectuado el 02 de junio de 2010, registrado en la gaceta del Congreso No. 317 de 2010, donde al efecto podemos señalar:

"... Los suscrito ponente proponemos la modificación del artículo 15 de texto aprobado en primer debate en las Comisiones Tercera Conjuntas, hoy 16 de la numeración propuesta en el presente informe de ponencia, en el sentido de aclarar que los derechos de explotación de Lotería Instantánea y Lotto preimpreso se destinarán no sólo a los departamentos, sino también al Distrito Capital, conforme a la distribución de competencias asignadas a estas entidades territoriales. Asimismo, se elimina el requisito establecido en el artículo aprobado en primer debate respecto de la obligación de entregar a terceros la operación de dichos juegos mediante una modalidad de contratación específica.

Artículo 16. Derechos de explotación de la lotería instantánea y Lotto preimpreso. Los derechos de explotación que provengan de la operación de los juegos de lotería instantánea y lotto preimpreso, se destinarán a los departamentos y al Distrito Capital para la financiación de la unificación del plan obligatorio de salud del régimen subsidiado y contributivo.

La explotación de estos juegos corresponde a los Departamento y al Distrito Capital, quienes harán la selección y la contratación del tercero operador a través de la entidad que agremie a los departamentos en el país..."

Se puede determinar que los ponentes al considerar que el distrito capital tiene el mismo derecho a nivel superior, tal como ya la analizaremos, en la explotación rentística de la concesión de la lotería propendieron por la modificación del texto del proyecto, agregando que la explotación y selección del tercero operador debería estar presente esta entidad territorial distrital, sin embargo se concluyó que la contratación sería realizada por la agremiación de departamentos, modificando el derecho o titularidad de explotación fijado en la ley orgánica 643 de 2001.

3.1.4. SESIÓN DE PLENARIA.

En sesión de la Plenaria efectuada el 16 de junio de 2010, registrado en la gaceta del Congreso No. 415 de 2010, se aprobaron los artículos integrantes el proyecto de ley 245 de Senado y 280 de Cámara, y al efecto podemos extractar los siguientes apartes:

*"... Recobra el uso de la palabra el honorable Senado Gabriel Zapata Correa:
Sí señor Presidente, el proyecto radicado tiene 238 artículos, voy a leer los artículos que no tienen ninguna proposición, el número de los artículos que no tiene proposición, para que lo tengan en cuenta los señores Senadores, para que esto sea aprobado en bloque.*

Entonces los artículos serían el uno, el dos, el tres, el cuatro, el siete, el nueve, el doce, el trece, el catorce, el quince, el dieciséis, el diecisiete, el veinte, el veintitrés, el veinticuatro, el veinticinco, el veintiséis, el veintisiete, el veintiocho, el veintinueve, el treinta y tres, el treinta y cuatro, el treinta y cinco, el treinta y seis, el treinta y siete y el treinta y ocho, señor Presidente.

*...
La Presidencia manifiesta:*

Recuerdo los artículos, recuerdo los artículos, el uno, el dos, el tres, el cuatro, el siete, el nueve, el doce, el trece, el catorce, el quince, el dieciséis, el diecisiete, el veinte, el

veintitrés, el veinticuatro, el veinticinco, el veintiséis, el veintisiete, el veintiocho, el veintinueve, el treinta y tres, el treinta y cuatro, el treinta y cinco, el treinta y seis, el treinta y siete y el treinta y ocho.

La presidencia somete a consideración de la Plenaria los artículos: 1, 2, 3, 4, 7, 9, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 20, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 33, 34, 35, 36, 37 y 38, que o tiene proposición al proyecto de ley número 245 de 2010 Senado, 280 de 2010 Cámara (acumulado 279 de 2010 Cámara y 282 de 2010 Cámara), leídos por el honorable senador ponente, Gabriel Ignacio Zapata Correa, y cerrada su discusión pregunta: ¿Adopta el articulado propuesto?

La presidencia somete a consideración de la Plenaria los artículos: 1, 2, 3, 4, 7, 9, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 20, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 33, 34, 35, 36, 37 y 38, que o tiene proposición al proyecto de ley número 245 de 2010 Senado, 280 de 2010 Cámara (acumulado 279 de 2010 Cámara y 282 de 2010 Cámara), leídos por el honorable senador ponente, Gabriel Ignacio Zapata Correa, cierra su discusión y, de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2009; abre la votación, e indica a la secretaria abrir el registro electrónico, para proceder a la votación nominal.

...
En consecuencia han sido aprobados los artículos: ... 14, 15, 16, 17, 20 ..., que no tiene proposición al proyecto de ley número 245 de 2010 Senado, 280 Cámara (acumulado 279 de 2010 Cámara y 282 de 2010 Cámara), leídos por el Honorables Senador ponente, Gabriel Ignacio Zapata Correa...".

3.1.5. INFORME DE CONCILIACIÓN.

En sesión de la Plenaria efectuada el 16 de junio de 2010, registrado en la gaceta del Congreso No. 360 de 2010, se rindió informe de conciliación ante plenaria de Senado y Cámara, y donde al efecto se manifestó:

"... De Acuerdo con la designación efectuada por las presidencias del honorable Senado de la República y de la honorable Cámara de Representantes, y de conformidad con los artículos 161 de la Constitución Política y 186 de la Ley 5 de 1992, los suscritos Senadores y Representantes integrantes de la Comisión Accidental de Conciliación nos permitimos someter, por su conducto, a consideración de las plenarias de Senado y de la Cámara de Representantes para continuar su trámite correspondiente, el texto conciliado del proyecto de ley de la referencia, dirimiendo de esta manera las discrepancias existentes entre los textos aprobados por las respectivas sesiones plenarias de los días 16 de junio de 2010 en el Senado de la República y en la Cámara de Representantes.

Para cumplir con nuestro cometido, procedimos a realizar un estudio comparativo de los textos aprobados en las respectivas cámaras al parágrafo transitorio del artículo 22, para verificar cuáles fueron las diferencias que obligan a la conciliación. Una vez analizado su contenido, decidimos acoger el siguiente texto que, en opinión de los acá suscrito, supera la divergencia entre las dos corporaciones. En este orden de ideas, el parágrafo transitorio artículo 22 que se propone es el siguiente:

...
TEXTO DEFINITIVO APROBADO EN SESIÓN PLENARIA EL DÍA 16 DE JUNIO DE 2010 AL PROYECTO DE LEY NUMERO 245 DE 2010 SENADO, 280 DE 2010 CÁMARA, ACUMULADO A LOS PROYECTOS DE LEY NÚMEROS 279 DE 2010 CÁMARA Y 282 DE 2010 CÁMARA.

...
Artículo 16. Derechos de explotación de lotería instantánea y lotto preimpreso. Los derechos de explotación que provengan de la operación de los juegos de lotería instantánea y lotto preimpreso, se destinarán a los departamentos y al Distrito Capital para la financiación de la unificación del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado y Contributivo.

La explotación de estos juegos corresponde a los departamentos y al Distrito Capital, quienes harán la selección y la contratación del tercer operador a través de la entidad que agremie a los departamentos del país....".

Así pues, tenemos que en conciliación se aprobó el texto final de la norma aquí demandada y aprobada en la segunda sesión de plenaria de Senado.

En consecuencia, podemos resaltar del trámite de la norma acusada:

- El proyecto de ley que puso a consideración del congreso el gobierno tuvo por objeto la de establecer como permanentes aquellas medidas proferidas con ocasión de la declaración del estado de emergencia de salud en el año 2009, en consideración a que la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad de los decretos que la decretaron y ejecutaron.
- La norma objetada no es parte del proyecto radicado por el gobierno, la que fuera adicionada por el senado.
- La norma dispone que la explotación de los juegos de lotería instantánea y lotto preimpreso corresponde a los departamentos y al distrito, a pesar de lo cual se determinó que su operación se realizaría por un tercero que sería seleccionado por la entidad que agremie a los departamentos del país, excluyendo de tal forma al distrito capital y las demás entidades territoriales que la ley orgánica les había ya conferido este derecho.
- Igualmente, la norma referida dispone que los dineros que ingresen por la explotación de la venta de la lotería instantáneas y el lotto preimpreso se destinarían a los departamentos y al distrito capital con el fin de unificar el P.O.S. del régimen subsidiado y contributivo.

De tal suerte, y antes de adentrarnos a determinar las normas superiores que consideramos infringidas con la promulgación de la norma acusada, debemos analizar una figura jurídica relevante que surge del análisis de del texto en especial la de agremiación de departamentos, pues el artículo determinó que es tal entidad la encargada de la selección y contratación del tercero operador de la lotería instantánea o lotto preimpreso.

3.2. ASPECTOS SUSTANCIALES.

El constituyente de 1991 determinó de manera expresa la unidad de materia que deben contener las normas que deben ser expedidas por el Congreso de la República, en donde debe establecerse concordancia entre el título del proyecto con su contenido, y éste entre sí, así:

ARTICULO 158. Todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella. El Presidente de la respectiva comisión rechazará las iniciativas que no se avengan con este precepto, pero sus decisiones serán apelables ante la misma comisión. La ley que sea objeto de reforma parcial se publicará en un solo texto que incorpore las modificaciones aprobadas.

3.3. ASPECTOS JURISPRUDENCIALES.

Al respeto, la Corte Constitucional en reciente pronunciamiento contenido en la sentencia C – 133 de 2012, manifestó al respecto:

... 3. El principio de unidad de materia. Configuración constitucional y reglas aplicables

3.1. Según quedó explicado, se le atribuye a las normas acusadas la presunta violación del principio de unidad de materia, sobre la base de considerar el actor, que en ellas se regulan asuntos que no guardan ninguna relación con el tema de la ley a la que pertenecen. Al respecto, habrá de recordarse inicialmente que el mencionado principio ha sido objeto de estudio por parte de esta Corporación, quien, a través de distintos pronunciamientos, ha reconocido el importante papel que éste cumple en el proceso de racionalización y tecnificación del trámite legislativo, ocupándose también de definir los presupuestos básicos que determinan su ámbito de aplicación.

3.2. Como es sabido, el principio de unidad de materia se encuentra consagrado expresamente en el artículo 158 de la Constitución Política, conforme al cual "todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella". Dicho mandato, a su vez, se complementa con el previsto en el artículo 169 del mismo ordenamiento Superior, al prescribir éste que "el título de las leyes deberá corresponder precisamente a su contenido".

3.3. A partir de su regulación constitucional, la Corte ha destacado que el principio de unidad de materia se traduce en la exigencia de que en toda ley debe existir correspondencia lógica entre el título y su contenido normativo, así como también, una relación de conexidad interna entre las distintas normas que la integran. Con ello, la propia Constitución Política le está fijando al Congreso dos condiciones específicas para el ejercicio de la función legislativa: (i) definir con precisión, desde el mismo título del proyecto, cuáles habrán de ser las materias de que se va a ocupar al expedir la ley, y, simultáneamente, (ii) mantener una estricta relación interna, desde una perspectiva sustancial, entre las normas que harán parte de la ley, de manera que exista entre ellas coherencia temática y una clara correspondencia lógica con la materia general de la misma, resultando inadmisibles las modificaciones respecto de las cuales no sea posible establecer esa relación de conexidad[1]. Consecuencia de tales condiciones, sería, entonces, que el Congreso actúa en contravía del principio constitucional de unidad de materia, "cuando incluye cánones específicos que, o bien [no] encajan dentro del título que delimita la materia objeto de legislación, o bien no guardan relación interna con el contenido global del articulado".[2]

3.4. Ha dejando en claro la jurisprudencia, que con la implementación del principio de unidad de materia se busca propiciar un ejercicio transparente y coherente de la función legislativa, de manera que su producto, la ley, se concrete en materias previamente definidas y sea el "resultado de un sano debate democrático en el que los diversos puntos de regulación han sido objeto de conocimiento y discernimiento"[3]. Su observancia contribuye, entonces, "a la coherencia interna de las normas y facilita su cumplimiento y aplicación al evitar, o al menos reducir, las dificultades y discusiones interpretativas que en el futuro pudieran surgir como consecuencia de la existencia de disposiciones no relacionadas con la materia principal a la que la ley se refiere"[4].

Dentro del propósito de contribuir al logro de un mayor nivel de transparencia en el debate, la Corte ha explicado que con la exigencia de conexidad material, "se trata de evitar que se aprueben como parte de una ley, normas, que se hayan introducido de manera subrepticia o sorpresiva y sobre las cuales no se ha surtido un verdadero debate"[5]. Así, por ejemplo, puede ocurrir que a un proyecto ley, en su versión original o en las modificaciones o adiciones posteriores, se le incorporen normas que no guarden relación con la materia desarrollada por aquél, y que éstas pasen desapercibidas, sin que sobre ellas se presente discusión alguna, e incluso, sin que exista conciencia en los congresistas sobre su verdadero alcance y proyección. En tal evento, lo ha dicho la Corte, con respecto a tales normas, el debate no sería transparente, en cuanto los temas por ellas introducidos no surtieron el proceso de reflexión y discusión propio de la función legislativa, "defecto que afecta no solo la actividad del Congreso, sino que limita las posibilidades de participación democrática inherentes al proceso legislativo, en la medida en que los ciudadanos se venían sorprendidos por la aprobación de normas respecto de cuya incorporación en el proyecto no tuvieron previa y explícita noticia"[6].

De igual manera, en punto al objetivo de contribuir a la coherencia del debate, este Tribunal ha señalado que la unidad de materia propende porque la "tarea legislativa se concentre en asuntos específicos definidos por el propio Congreso, de manera tal que el debate se desarrolle en torno a un hilo conductor que le de sentido y no sobre materias aisladas y carentes de conexidad"[7]. Esta última situación irregular tendría lugar, precisamente, en los casos en que, aun cuando ciertos contenidos temáticos haya sido introducidos de manera explícita en un proyecto de ley, y respecto de ellos se cumpla con el debate en algunas de las instancias legislativas, tales contenidos no se relacionan con una materia común, ni resultan afines -directa e indirectamente- con el tema general del proyecto. En tales eventos, el debate no sería coherente por razón de la incongruencia interna surgida entre las propias medidas cuestionadas y el texto general de la ley[8].

3.5. Conforme con lo dicho, el principio de unidad de materia actúa, entonces, como un límite al ejercicio del poder de configuración normativa de que es titular el Congreso de la República, en cuanto le impone al debate legislativo una medida de orden, y al mismo tiempo, como un parámetro de control de las leyes, en el entendido que una vez surtido el proceso legislativo, las mismas pueden ser sometidas al juicio de inconstitucionalidad con el fin de verificar el cumplimiento de la aludida regla constitucional.

3.6. Ahora bien, sin desconocer el importante papel que está llamado a cumplir el principio de unidad de materia en el desarrollo de la función legislativa, esta Corporación viene afirmando que, para efectos de darle estricta aplicación al referido principio, es necesario ponderar, por una parte, el alcance constitucional a él reconocido y, por la otra, el amplio margen de configuración política que, en virtud del principio democrático y la cláusula general de competencia, también la propia Carta le otorga al Congreso para regular las distintas materias de ley. En ese contexto, lo ha manifestado la Corte, el principio de unidad de materia "no puede manejarse como un concepto rígido o de interpretación restrictiva, de manera que sobrepase su verdadera finalidad o distraiga su objetivo, y termine por obstaculizar el trabajo legislativo haciéndolo del todo nugatorio"[9].

3.7. Acorde con tal criterio, la jurisprudencia ha sostenido que la unidad de materia "no significa simplicidad temática"[10], de tal suerte que se piense, erróneamente, que un proyecto de ley, o la ley en sí misma, solo puede referirse a un mismo o único tema. A juicio de la Corporación, la expresión "materia", a que hace referencia el artículo 158 Superior, debe entenderse desde una perspectiva amplia y global, de forma tal que "permita comprender diversos temas cuyo límite, es la coherencia que la lógica y la técnica jurídica suponen para valorar el proceso de formación de la ley"[11]. Ello, sobre la base de considerar que lo que prohíbe la Constitución es que no se relacionen los temas de un artículo y la materia de la ley, esto es, que se incluyan en el texto legal medidas que no apunten a un mismo fin; aspecto éste que, en todo caso, no tiene por qué comprometer la atribución constitucional reconocida al legislador para "determinar el contenido de las normas que expide de la manera que considere más conveniente y acorde con los objetivos de política pública que lo guían".

3.8. Así, dentro del propósito de respetar el amplio margen de configuración política reconocido al Congreso para hacer las leyes, esta Corporación ha precisado que resulta constitucionalmente admisible, desde el punto de vista del principio de unidad de materia, que un proyecto de ley pueda tener diversos contenidos temáticos, "siempre y cuando los mismos se relacionen entre sí y éstos a su vez con la materia de la ley"[12].

3.9. En punto a este último aspecto, la hermenéutica constitucional también ha dejado sentado que la relación de conexidad interna no tiene que ser directa ni estrecha, razón por la cual se puede manifestar de distintas formas, pudiendo ser de tipo causal, temática, sistemática o teleológica[13].

Recientemente, en la Sentencia C-400 de 2010, la Corte hizo expresa referencia al alcance de los distintos criterios de conexidad que permiten determinar el cumplimiento del principio de unidad de materia. En relación con la (i) conexidad temática, explicó que la misma puede definirse "como la vinculación objetiva y razonable entre la materia o el asunto general sobre el que versa una ley y la materia o el asunto sobre el que versa concretamente una disposición suya en particular".

Como ya se mencionó, la Corte ha dispuesto que la conexidad temática, analizada desde la perspectiva de la ley en general, "no significa simplicidad temática, por lo que una ley bien puede referirse a varios asuntos, siempre y cuando entre los mismos exista una relación objetiva y razonable[14]". En cuanto a la (ii) Conexidad causal, manifestó que ésta se refiere a la identidad que debe existir entre una ley y cada una de sus disposiciones, en cuanto a los motivos que dieron lugar a su expedición. Concretamente, la conexidad causal "hace relación a que las razones de la expedición de la ley sean las mismas que dan lugar a la consagración de cada uno de sus artículos en particular, dentro del contexto de la posible complejidad temática de la ley". Por su parte, frente a la (iii) conexidad teleológica, dijo igualmente que ella también tiene que ver con "la identidad de objetivos perseguidos por la ley vista en su conjunto general, y cada una de sus disposiciones en particular". Esto significa que en virtud de la conexidad teleológica, "la ley como unidad y cada una de sus disposiciones en particular deben dirigirse a alcanzar un mismo designio o designios, nuevamente dentro del contexto de la posible complejidad temática de la ley". Finalmente, respecto de la (iv) Conexidad sistemática, la misma fue entendida "como la relación existente entre todas y cada una de las disposiciones de una ley, que hace que ellas constituyan un cuerpo ordenado que responde a una racionalidad interna".

3.10. De este modo, para efectos de establecer el cumplimiento del principio de unidad de materia, debe acudirse a una interpretación razonable y proporcional, que permita verificar si entre las normas y la ley existe conexidad causal, teleológica, temática o sistémica. Con base en tal lectura, la propia jurisprudencia constitucional ha venido considerando que "solamente aquellos apartes, segmentos o proposiciones de una ley respecto de los cuales, razonable y objetivamente, no sea posible establecer una relación de conexidad causal, teleológica, temática o sistémica con la materia dominante de la misma, deben rechazarse como inadmisibles si están incorporados en el proyecto o declararse inexequibles si integran el cuerpo de la ley"[15].

3.11. Respecto a las implicaciones del principio de unidad de materia en el ámbito del control de constitucionalidad, a la luz de las reglas de interpretación por ella fijadas, la Corporación ha precisado que el citado control debe ser flexible, de tal manera que, como se ha explicado, se respete el amplio margen de configuración reconocido al Congreso para hacer las leyes, impidiendo a su vez, que una interpretación demasiado rígida o restrictiva, termine por hacer inoperante la labor legislativa.

Sin embargo, como ya lo ha hecho en anteriores pronunciamientos, la Corte ha dejado claro que el hecho de que el control constitucional sobre la observancia del principio de unidad de materia sea flexible, "tampoco puede implicar que [éste] quede desprovisto de contenido"[16], pues ello llevaría a desconocer el mandato constitucional que lo consagra y que expresamente le impone al Congreso su estricta observancia. Por eso, si bien el legislador, dentro de su amplio margen de configuración política, se encuentra habilitado para incluir en una misma ley diversos temas, la posibilidad de que dicha habilitación se entienda legítimamente ejercida, según ha quedado dicho, depende de que los temas en ella incluidos guarden una relación de conexidad interna, pudiendo ser ésta causal, temática, sistemática o teleológica, pues solo de esta manera se atiende al propósito perseguido con el principio de unidad de materia, cual es el de evitar las incongruencias normativas en las leyes[17].

3.12. Sobre la base de los criterios expuestos, este Tribunal ha definido la metodología a seguir en el examen de constitucionalidad por vulneración del principio de unidad de materia, destacando que, inicialmente, (i) le corresponde al juez constitucional entrar a determinar el alcance material o contenido temático de la ley parcialmente demandada, para, posteriormente, (ii) proceder a verificar si la norma que ha sido cuestionada guarda con la materia de la ley alguna relación de conexidad causal, temática, sistemática o teleológica, que justifique su incorporación al texto de la ley objeto de revisión.

3.13. De igual manera, a efectos de precisar los núcleos temáticos de una ley, la jurisprudencia ha estimado que resulta útil acudir: (i) a los antecedentes legislativos, entendiendo por tal la exposición de motivos del proyecto, las diferentes ponencias, los debates en comisiones y plenarios y los textos originales y definitivos; (ii) al propio título o epígrafe de la ley, donde se anuncia y define la temática a tratar; e igualmente, (iii) al contexto o contenido básico del ordenamiento legal que se

examina. Para la Corte, la evaluación y valoración de tales elementos, ya sea de forma conjunta o independiente, según lo determinen las circunstancias particulares, "es lo que le permite al órgano de control constitucional entrar a definir si una determinada disposición desarrolla o no la materia de la ley a la cual pertenece y, por tanto, si la misma respeta el principio de unidad de materia previsto en los artículos 158 y 169 de la Carta Política"[18].

3.14. No sobra reiterar, siguiendo el precedente constitucional, que la violación del principio de unidad de materia constituye un vicio de carácter material y no formal, toda vez que el juicio que debe adelantar el juez constitucional consiste esencialmente en examinar el contenido normativo de la disposición acusada, con el fin de verificar que éste guarde coherente relación con el estatuto legal del cual hace parte. Ha dejado en claro la Corte que, para efectos de establecer la presunta violación del citado principio, el juez constitucional no entra a estudiar el procedimiento formal de aprobación de la ley, sino que, como se ha explicado, debe analizar el contenido normativo del artículo impugnado, para compararlo con el tema general de la ley acusada[19].

4. Requisitos que deben cumplir las demandas de inconstitucionalidad cuando se invoca la violación del principio de unidad de materia

4.1.v De acuerdo con lo preceptuado en los artículos 158 y 169 de la Constitución, y 2° y 3° del Decreto 2067 de 1991, esta Corporación ha señalado que, para efectos de que la Corte pueda adelantar el control constitucional sobre una ley por la presunta violación del principio de unidad de materia, se requiere que el demandante cumpla previamente con una carga procesal mínima[20], cual es la de: (i) señalar en la demanda la materia de la que se ocupa la ley acusada, (ii) citar las disposiciones que según su criterio no guardan relación con el tema general de la ley, y (iii) explicar las razones por las cuales considera que dichas disposiciones no son afines a la materia de la ley.

En el asunto bajo examen, la Corte considera que el actor cumplió con los mencionados requisitos de procedibilidad, toda vez que, en el respectivo escrito de acusación, se refiere al contenido temático de la ley acusada, indica cuales son las normas incompatibles con dicho contenido temático, e igualmente, incluye los motivos por los cuales se presenta la incongruencia normativa alegada. En efecto, conforme quedó ya anotado, el actor estructura el cargo por la presunta violación del principio de unidad de materia, sosteniendo que, mientras Ley 1393 de 2010 tiene por objeto fortalecer financieramente el Sistema General de Seguridad Social en Salud, los artículos acusados, 10 y 11 del mismo ordenamiento, se ocupan de regular temas totalmente ajenos a dicho fin, cual es la destinación de recursos para la Red Nacional de Bibliotecas, el deporte y la cultura, incongruencia que desconoce el mandato previsto en el artículo 158 de la Constitución Política.

De esa forma, los elementos contenidos en la demanda satisfacen la carga de procedibilidad impuesta, siendo éstos suficientes para que la Corte active su competencia y emita un pronunciamiento de fondo con respecto a la violación del principio de unidad de materia...".

Es así como es procedente la declaratoria de inexecutable de una norma cuando ésta no guarda el principio de unidad de materia, para lo cual en la respectiva acción deberá determinarse la materia de que se ocupa la norma demandada, y las disposiciones que en criterio del actor no guardan relación con el tema general de la ley, y determinar las razones por las cuales estas disposiciones no son afines.

3.4. DE LOS CARGOS EN EL CASO SUB EXAMINE.

- ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES.

Ya la Corte se ha ocupado de analizar una acción como la que hoy nos ocupa fundamentada en la ausencia de unidad de materia impetrada en contra del artículo 10 y 11 de la Ley 1393 de 2010, en donde los declaro

inexequibles por encontrar probado el cargo formulado, y al efecto manifestó:

“ 5. El núcleo temático de la Ley 1393 de 2010

5.1. La Ley 1393 de 2010, “Por la cual se definen rentas específicas para la salud, se adoptan medidas para promover actividades generadoras de recurso para la salud, para evitar la evasión y la elusión de aportes a la salud, se redireccionan recursos al interior del sistema de salud y se dictan otras disposiciones”, fue expedida por el Congreso de la República, a iniciativa del Gobierno Nacional, con el propósito específico de fortalecer el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud, mediante la adopción de medidas dirigidas a la consecución de nuevas fuentes de recursos; y a la potenciación y optimización de los ya existentes. Tal objetivo se infiere, sin discusión alguna, tanto del título de la ley, como de los antecedentes que hacen parte de la historia legislativa.

5.2. En efecto, de acuerdo con lo expresado por el Gobierno Nacional en la exposición de motivos del proyecto que posteriormente se convirtió en la Ley 1393 de 2010, a través del mismo, se pretendía “adoptar medidas que permitan generar nuevos recursos al sistema para superar el deterioro financiero del mismo, así como para asegurar el avance en materia de cobertura universal y unificación de planes de beneficios. De esta manera, se requiere la consecución de nuevas fuentes de recursos, y la potenciación y optimización de los recursos existentes, especialmente a través de medidas integrales que permitan ejercer un control eficaz a la evasión y elusión en el pago de las cotizaciones y mediante la reorientación de los recursos al interior del sistema”[21]. (Negritas fuera de texto).

5.3. En la referida exposición de motivos, destacó el Gobierno la grave situación financiera que, para finales del año 2009, venía enfrentando el Sistema de Seguridad Social en Salud, especialmente frente a la prestación del servicio a los sectores de población más vulnerables, lo que, a su juicio, se derivaba, particularmente, de un aumento en la demanda por servicios no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado, y de la necesidad de avanzar en materia de cobertura universal y unificación de los planes de beneficios.

5.4. La grave crisis financiera del sistema de salud, se pretendió enfrentar, inicialmente, mediante la declaratoria del Estado de Emergencia Social en todo el territorio nacional, lo que ocurrió con la expedición del Decreto Legislativo 4975 del 23 de diciembre de 2009, y los posteriores decretos de desarrollo. No obstante, ante la circunstancia de que dicho Estado de Emergencia fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-252 de 2010, quedando sin efecto las medidas adoptadas a su amparo, se hacía entonces necesaria la expedición de una ley que permitiera conjurar las causas de la crisis financiera del sistema de salud, orientada así, “a la obtención de recursos con destino a la universalización en el aseguramiento, a la unificación de los planes obligatorios de salud de los regímenes contributivo y subsidiado, y a la financiación de servicios prestados a la población pobre en lo no cubierto por subsidios a la demanda y a la población vinculada que se atiende a través de la red hospitalaria pública”[22].

5.5. Como se mencionó, a juicio del Gobierno, la citada ley debía estar dirigida, entonces, tanto a la búsqueda de nuevas fuentes de recursos para la salud, como al buen uso y optimización de los recursos que ya hacían parte del sistema, especialmente, “a través de medidas integrales que permitieran ejercer un control eficaz a la evasión y elusión en el pago de las cotizaciones y mediante la reorientación de los recursos al interior del sistema”. En ese contexto, el objetivo de tramitar una ley de salvamento financiero para la salud, pasaba por la idea de incluir en ella algunas de las medidas económicas que se adoptaron durante la vigencia del Estado de Emergencia Social, y que la propia Corte, reconociendo la gravedad de la situación, les reconoció un efecto diferido con el propósito de permitirle al Gobierno y al Congreso sacar adelante la aludida iniciativa legislativa sin crear mayores traumatismos. Así, se pretendía incluir en la ley las medidas contenidas en los Decretos Legislativos 127, 129 y 132 de 2010, que establecían: (i) el primero, modificaciones al IVA sobre la cerveza y los juegos de suerte y azar, a los impuestos al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado, licores, vinos aperitivos y similares, con los que se obtendrían recursos destinados a financiar prestaciones en salud y la unificación de los planes de beneficios; (ii) el segundo, medidas en materia de control

a la evasión y elusión de cotizaciones y aportes al sistema de salud; y (iii) el tercero, mecanismos para administrar y optimizar el flujo de recursos que financian el Régimen Subsidiado de Salud.

Sobre el punto se dijo en la referida exposición de motivos:

"Como es de público conocimiento, existen hechos realmente graves que afectan la seguridad social en salud y los derechos de acceso a la salud, especialmente de los sectores de población más vulnerables, en la medida en que estos sucesos han deteriorado las condiciones financieras del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En efecto, la demanda por servicios no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado, los cuales no estaban previstos en el esquema fijado por la Ley 100 de 1993, se ha venido generalizando recientemente. Este hecho pone en riesgo el equilibrio financiero del Sistema, puesto que el aumento acelerado de esta demanda compromete los recursos del aseguramiento en salud, y por esta vía amenaza la viabilidad del Sistema, pone en riesgo la continuidad en la prestación del servicio público de salud y el goce efectivo del derecho a la salud y a la vida de la población. Por ejemplo, en el Régimen Contributivo, los recursos que se orientan a la prestación de servicios No POS superan ya el 20% de la totalidad de los ingresos de la Cuenta de compensación del Fosyga. En las entidades territoriales, para finales de 2009, el déficit financiero en la prestación de servicios se incrementó de manera sustancial, alcanzando cerca de 1 billón de pesos.

El mencionado aumento en los gastos del Sistema ha hecho que los ingresos del mismo sean insuficientes para la atención de la demanda de servicios no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud, pues los recursos son apenas suficientes para sostener la financiación del sistema de aseguramiento de ambos regímenes. Por otra parte, la Sentencia T-760 de 2008 de la honorable Corte Constitucional estableció la necesidad de ir avanzando para lograr, no solamente la cobertura universal, lo más pronto posible, sino también instó al Gobierno a plantear una transición para ir logrando la unificación de los planes de beneficios.

Esta situación plantea por tanto la necesidad de adoptar medidas que permitan generar nuevos recursos al sistema para superar el deterioro financiero del mismo, así como para asegurar el avance en materia de cobertura universal y unificación de planes de beneficios. De esta manera, se requiere la consecución de nuevas fuentes de recursos, y la potenciación y optimización de los recursos existentes, especialmente a través de medidas integrales que permitan ejercer un control eficaz a la evasión y elusión en el pago de las cotizaciones y mediante la reorientación de los recursos al interior del sistema"[23].

5.6. El objetivo aducido por el Ejecutivo en la exposición de motivos del proyecto que se convirtió en la Ley 1393 de 2010, fue mantenido y respaldado por el Congreso de la República en el curso de los debates en Comisiones y Plenarias de Senado y Cámara. Así, en la ponencia para primer debate en Comisiones Terceras Conjuntas de Senado y Cámara, luego de hacer un recuento de las circunstancias que motivaron la iniciativa legislativa, los ponentes coincidieron con el Gobierno en señalar que la finalidad del proyecto era el de adoptar medidas dirigidas a "la consecución de nuevos recursos con destino a la salud, así como a la optimización de los existentes"[24], para lo cual era conveniente incluir, con carácter definitivo, las medidas contenidas en los decretos legislativos declarados inexecutable por la Corte y que tuvieran por objeto el citado propósito económico. Sobre este particular, se explicó en la ponencia lo siguiente:

" Mediante Decreto 4975 del 23 de diciembre de 2009, el Gobierno Nacional decretó el Estado de Emergencia Social con fundamento en el artículo 215 de la Constitución Política y la Ley Estatutaria 137 de 1994, ante la grave situación que enfrentaba la prestación del servicio de salud en todo el territorio Nacional, entre otras, dada la insuficiencia de recursos en el sistema General de Seguridad Social en Salud para asumir los crecientes gastos por concepto de servicios y medicamentos no incluidos en los Planes obligatorios de salud de los regímenes contributivo y subsidiado, así como los imperativos de universalización y unificación de los planes de beneficios[25][1][1].

Con el fin de conjurar dicha causa de la crisis que da lugar a la declaratoria de emergencia social, el Decreto 4975 planteó la necesidad de generar nuevos recursos originados en la explotación de los monopolios de juegos de suerte y azar y licores, vinos y aperitivos, así como los provenientes de los cigarrillos y tabaco elaborado, las cervezas, sifones y refajos, entre otros. Asimismo, estableció la necesidad de optimizar el flujo de recursos que financian el sistema de seguridad social en salud, así como fortalecer los mecanismos antievasión y antielusión de las rentas que financian el sector.

Dichas determinaciones se materializaron finalmente, en primer lugar, con la expedición del Decreto 127 de 2010, el cual establecía modificaciones al IVA sobre la cerveza y los juegos de suerte y azar, así como a los impuestos al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado, licores, vinos aperitivos y similares, con base en las cuales se obtendrían recursos destinados a financiar prestaciones excepcionales en salud y la unificación de los planes de beneficios.

En segundo lugar, mediante la expedición del Decreto 129 de 2010, 'por medio del cual se adoptan medidas en materia de control a la evasión y elusión de cotizaciones y aportes al sistema de la protección social, y se dictan otras disposiciones' y en tercer lugar a través de la expedición del Decreto 132 de 2010, 'por el cual se establecen mecanismos para administrar y optimizar el flujo de recursos que financian el Régimen Subsidiado de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones'.

Como es de amplio conocimiento, la honorable Corte Constitucional mediante Sentencia C-252 de 2010 declaró la inexecutable del Decreto 4975 de 2009, mediante el cual se declaró el Estado de Emergencia Social en todo el territorio nacional, por considerar que la crisis invocada como causante de la misma no se originaba en hechos sobrevinientes ni inminentes, tal y como lo exige la Constitución Política para el efecto.

Como consecuencia de dicha declaratoria de inexecutable se deriva también la inexecutable de las medidas adoptadas mediante decreto legislativo en el marco de la emergencia, la cual ha venido siendo objeto de pronunciamiento por la Corte Constitucional en cada caso concreto.

Sin embargo, en tanto que el Alto Tribunal reconoce la excepcional gravedad de la situación financiera del sistema de seguridad social en salud, la cual pone en serio e inminente riesgo el efectivo disfrute del derecho a la salud de los colombianos, reconoce un efecto diferido respecto de las normas contenidas en decretos legislativos que establezcan fuentes tributarias de financiación orientadas exclusivamente al goce efectivo del derecho a la salud. Por tal razón, en Sentencia C-253 de 2010, la Corte estableció que la declaratoria de inexecutable del Decreto 127 de 2010, únicamente se haría efectiva a partir del 16 de diciembre de 2010.

En este orden de ideas, como consecuencia de la decisión adoptada por la honorable Corte Constitucional, se requiere el trabajo coordinado, armónico y urgente del Congreso de la República y el Gobierno Nacional con el fin de adoptar mediante ley de la República y con carácter definitivo, las medidas contenidas en los decretos legislativos que tenían por objeto la consecución de nuevos recursos con destino a la salud, así como la optimización de los existentes. Para tal efecto, el Gobierno Nacional sometió a consideración del honorable Congreso de la República la presente iniciativa legislativa, en la cual se propone incluir como legislación ordinaria y permanente las medidas que desarrollen el objeto antes descrito que hubieren estado incorporadas en los decretos legislativos objeto de la declaratoria de inexecutable antes referida.

La explicación detallada del contenido de cada una de las disposiciones propuestas ha sido ampliamente desarrollada en la exposición de motivos del proyecto de ley radicado de manera conjunta por los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público, y de la Protección Social, y no se considera necesario hacer referencia nuevamente a las mismas.

Dentro del término que los ponentes hemos tenido para el estudio del presente proyecto de ley, se han adelantado análisis y reuniones de concertación con el Gobierno Nacional y con representantes de las Entidades Territoriales, procurando

que las disposiciones contenidas en el presente no sólo garanticen recursos para la atención en salud de los colombianos, sino que le permitan también a aquellas no perder recursos que comprometan el ejercicio de sus competencias.”[26]

5.7. Por su parte, en las respectivas ponencias presentadas ante la Plenaria del Senado de la República y la Cámara de Representantes, se reiteró el propósito de circunscribir el objetivo del proyecto que se convirtió en la Ley 1393 de 2010, a la adopción de medidas dirigidas a la consecución de nuevas fuentes de recursos para el Sistema de Seguridad Social en Salud, y a la optimización de los recursos que hacían parte del sistema. Para tales efectos, las ponencias se limitaron a reproducir las explicaciones contenidas en la ponencia presentada para primer debate en Comisiones Terceras Conjuntas de Senado y Cámara, destacando que: “como consecuencia de la decisión adoptada por la honorable Corte Constitucional, se requiere el trabajo coordinado, armónico y urgente del Congreso de la República y el Gobierno Nacional con el fin de adoptar mediante ley de la República y con carácter definitivo, las medidas contenidas en los decretos legislativos que tenían por objeto la consecución de nuevos recursos con destino a la salud, así como la optimización de los existentes”[27].

5.8. Dentro del objetivo perseguido por la Ley 1393 de 2010, de fortalecer financieramente el Sistema de Seguridad Social en Salud, mediante la obtención de nuevos recursos y la optimización de los ya existentes, en el propio título o epígrafe de la ley se describen los aspectos concretos materia de regulación. Ellos son: (i) definir rentas de destinación específica para la salud; (ii) adoptar medidas para promover actividades generadoras de recursos para la salud; (iii) evitar la evasión y la elusión de aportes a la salud; y (iv) redireccionar recursos al interior del sistema de salud.

5.9. Atendiendo pues a su finalidad integral, la Ley 1393 de 2010 se organiza a través de 40 artículos distribuidos en Cinco Capítulos. (i) Del Primer Capítulo hacen parte aquellas medidas dirigidas a la obtención de recursos tributarios para el Sistema de Seguridad Social en Salud; a su vez, (ii) al Segundo Capítulo se integran los recursos para el aludido sistema, provenientes de los juegos de suerte y azar; por su parte, (iii) en el Capítulo Tercero se incluyen las medidas en materia de control a la evasión y elusión de cotizaciones y aportes; de igual manera, (iv) el Capítulo Cuarto trata de la transformación de recursos para la unificación de los planes obligatorios de salud, y, finalmente, en (v) el Capítulo Quinta se encuentran las medidas económicas adoptadas en el campo financiero en beneficio del servicio de salud.

5.10. En cuanto a las medidas previstas en los Capítulos Primero y Segundo de la Ley 1393, dirigidas a obtener recursos tributarios para mejorar la sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social en Salud, se advierte que las mismas se concretan: (i) en modificaciones al IVA sobre la cerveza y sifones (arts. 1°, 2° y 4°) y sobre los juegos de suerte y azar (arts. 3°, 4°, 12 a 25), y, también, (ii) en modificaciones a los impuestos al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado (arts. 5°, 6° y 7°), y licores, vinos, aperitivos y similares (arts. 8° y 9°).

5.11. En ese esquema, se pone en evidencia que el núcleo temático de la Ley 1393 de 2010 se encuentra circunscrito al fortalecimiento financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud, razón por la cual, puede sostenerse que resulta relacionada con la materia de la ley, toda norma que persiga dicho fin, dentro del contexto de definir rentas de destinación específica para la salud, promover actividades generadoras de recursos para dicho servicio, evitar la evasión y la elusión de aportes, redireccionar recursos al interior del sistema de salud, o, en suma, adoptar medidas que resulten a fines con tales asuntos.

6. Las normas acusadas violan el principio de unidad de materia por cuanto regulan aspectos que no guardan ninguna relación de conexidad con el financiamiento del Sistema de Seguridad Social en Salud

6.1. En la presente causa, las normas acusadas de violar el principio de unidad de materia son los artículos 10 y 11 de la Ley 1393 de 2010, los cuales hacen parte del Capítulo Primera de la citada ley, que se ocupa de regular el tema referente a los recursos tributarios que se incorporan al Sistema de Seguridad Social en Salud. El primero de tales artículos prevé:

"ARTÍCULO 10. Modificase el artículo 41 de la Ley 1379 del 15 de enero de 2010, el artículo quedará así:

Artículo 41. Fuentes de financiación. En desarrollo de lo previsto en el artículo 24 de la Ley 397 de 1997, se aplicará un porcentaje de no menos del 10% en donde exista, la estampilla Procultura. En todo caso, en los distritos en los que existan fuentes de recursos diferentes a la estampilla Procultura, no inferiores al mínimo establecido en este inciso, estos podrán destinarse sin que sea necesario aplicar el porcentaje ya señalado en dicha estampilla.

En ningún caso los recursos a que se refiere este párrafo podrán financiar la nómina ni el presupuesto de funcionamiento de la respectiva biblioteca".

6.2. Tal y como se desprende de su texto, a través del artículo 10 de la Ley 1393 de 2010, se modifica el artículo 41 de la Ley 1379 de 2010, "Por la cual se organiza la red nacional de bibliotecas públicas y se dictan otras disposiciones". El mencionado artículo 41 de la Ley 1379[28], regula a su vez lo referente a las fuentes de financiación de la red Nacional de Bibliotecas Públicas, disponiendo -de manera general- que, "[e]n desarrollo de lo previsto en el artículo 24 de la Ley 397 de 1997, no menos del 10% del total del incremento de IVA a que se refiere el artículo 470 del Estatuto Tributario, adicionado por la Ley 1111 de 2006, se destinarán a los efectos previstos en dicho artículo", esto es, a "promover la creación, el fomento y el fortalecimiento de las bibliotecas públicas y mixtas y de los servicios complementarios que a través de éstas se prestan"[29].

6.3. La modificación introducida al artículo 41 de la Ley 1379 de 2010, por parte del artículo 10 de la Ley 1393 de 2010, consiste en suprimir la destinación de no menos del 10% del total del incremento del 4% del IVA impuesto al servicio de telefonía celular, para financiar bibliotecas públicas. Tal supresión conlleva, a su vez, un nuevo destino de los recursos de no menos del 10% del incremento del IVA, contrario al inicialmente previsto por los artículos 24 de la Ley 397 de 1997 y 41 de la Ley 1379 de 2010 -la financiación de bibliotecas públicas-, cual es el de su reinversión en el deporte y la cultura, conforme lo prevé el artículo 11 de la precitada Ley 1393 de 2010, también demandado en esta causa.

6.4. El artículo 11 de la Ley 1393 de 2010, dispone:

ARTÍCULO 11. Adicionase el Estatuto Tributario con el siguiente artículo:

"Artículo 470. Servicio gravado con la tarifa del veinte por ciento (20%). A partir del 1o de enero de 2007, el servicio de telefonía móvil está gravado con la tarifa del 20%.

El incremento del 4% a que se refiere este artículo será destinado a inversión social y se distribuirá así:

- Un 75% para el plan sectorial de fomento, promoción y desarrollo del deporte, y la recreación, escenarios deportivos incluidos los accesos en las zonas de influencia de los mismos, así como para la atención de los juegos deportivos nacionales y los juegos paralímpicos nacionales, los compromisos del ciclo olímpico y paralímpico que adquiera la Nación y la preparación y participación de los deportistas en todos los juegos mencionados y los del calendario único nacional.

- El 25% restante será girado al Distrito Capital y a los departamentos, para que mediante convenio con los municipios y/o distritos que presenten proyectos que sean debidamente viabilizados, se destine a programas de fomento y desarrollo deportivo e infraestructura, atendiendo los criterios del Sistema General de Participación, establecidos en la Ley 715 de 2001 y también, el fomento, promoción y desarrollo de la cultura y la actividad artística colombiana. El Gobierno Nacional reglamentará las condiciones de distribución de estos recursos los cuales se destinarán por los Departamentos y el Distrito Capital en un 50% para cultura dándole aplicación a la Ley 1185 de 2008 y el otro 50% para deporte. Del total de estos recursos se deberán destinar mínimo un 3% para el fomento, promoción y desarrollo del deporte, la recreación de deportistas con discapacidad y los programas culturales y artísticos de gestores y creadores culturales con discapacidad.

Los municipios y/o distritos cuyas actividades culturales y artísticas hayan sido declaradas como Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad por la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura Unesco, tendrán derecho a que del porcentaje asignado se destine el cincuenta por ciento (50%) para la promoción y fomento de estas actividades.

PARÁGRAFO. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público o la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, deberán informar anualmente a las comisiones económicas del Congreso de la República, el valor recaudado por este tributo y la destinación de los mismos".

6.5. En efecto, mediante el artículo 11 de la Ley 1393 de 2010, se adiciona el Estatuto Tributario, con un artículo 470[30], a través del cual se dispone la distribución de los recursos provenientes del incremento del 4% del IVA al servicio de telefonía móvil celular. Dicho precepto, tras recordar que a partir del primero de enero de 2007, el servicio de telefonía móvil está gravado con una tarifa del 20% del IVA -y ya no del 16%-, dispone expresamente que el incremento del 4% se destinará a inversión social, distribuyéndose de la siguiente manera: (i) el 75% de tal porcentaje se destinará al fomento, promoción y desarrollo del deporte y la recreación, a escenarios deportivos y atención de juegos deportivos, y a preparar el ciclo olímpico; mientras que (ii) el restante 25% se destinará al Distrito Capital y a los Departamentos, para que por medio de convenios con los municipios o distritos, se destine al fomento y desarrollo deportivo y de infraestructura y, también, para fomentar, promover y desarrollar la cultura y la actividad artística colombiana.

6.6. Con el fin de tener una mayor comprensión sobre el contenido y alcance de los artículos 10 y 11 de la Ley 1393 de 2010, objeto de análisis en esta causa, resulta relevante el siguiente recuento normativo sobre la destinación dada por la ley a los recursos provenientes del incremento del 4% del IVA al servicio de telefonía móvil.

- Hasta el año 2002, el servicio de telefonía móvil estuvo gravado con un impuesto al Valor Agregado – IVA del 16%. Para ese año, el artículo 35 de la Ley 788 de 2002 (que adicionó el E.T. con el artículo 468-3), estableció en su parágrafo 2°, que, a partir del 1° de enero de 2003, el servicio de telefonía móvil estaría gravado con una tarifa del 20%. Asimismo, dispuso que el 4% adicional a la tarifa que hasta entonces estuvo en el 16%, se destinaría a inversión social, distribuyendo "Un 75% para el plan sectorial de fomento, promoción y desarrollo del deporte, y la recreación...", y el 25% restante, debería ser "girado a los departamentos y al Distrito Capital para apoyar los programas de fomento y desarrollo deportivo, atendiendo los criterios del Sistema General de Participación establecido en la Ley 715 de 2001 y también, el fomento, promoción y desarrollo de la cultura y la actividad artística colombiana".

- Posteriormente, se expidió la Ley 1111 de 2006, la cual, en su artículo 37, mantuvo vigente, tanto la tarifa del 20% del IVA para el servicio de telefonía móvil (manifestando que tendría aplicación a partir del año 2007), como la distribución del incremento del 4% previsto en el artículo 35 de la Ley 788 de 2002. No obstante, la Ley 1111, a través del artículo citado, incluyó una modificación al parágrafo 2° del artículo 35 de la Ley 788 de 2002, en el sentido de disponer que, para llevar a cabo la ejecución de los recursos del incremento del IVA, correspondientes al 25% girado al Distrito Capital y a los Departamentos, éstos debían suscribir convenios con los municipios y/o distritos que presenten proyectos que sean debidamente viabilizados (dicha ley fue reglamentada por el Decreto 4934 de 2009).

- Tiempo después, se expidió la Ley 1379 del 15 del enero de 2010, por la cual se organiza la red nacional de bibliotecas públicas. Esta ley, en su artículo 41, ordenó una nueva distribución de parte de los recursos provenientes del incremento del 4% del IVA a la telefonía móvil, en el sentido de señalar que no menos del 10% de tales recursos debían destinarse a la promoción, creación, fomento y fortalecimiento de las bibliotecas públicas y mixtas, y de los servicios complementarios que a través de éstas se prestan.

- Sin embargo, luego de transcurridos seis meses, la Ley 1393 del 12 de julio de 2010, a través de los artículos 10 y 11, decidió modificar el artículo 41 de la Ley 1379 de 2010, en el sentido de suprimir los recursos provenientes del incremento del 4% del IVA a la telefonía móvil, que se habían destinado a financiar bibliotecas públicas,

disponiendo devolver tales recursos nuevamente al deporte y a la cultura conforme lo habían previsto las Leyes 788 de 2002 (art. 35) y 1111 de 2006 (art. 37).

6.7. Pues bien, examinado el contenido de los artículos 10 y 11 de la Ley 1393 de 2010, encuentra la Corte que en éstos se regulan temas relacionados con el destino y manejo de los recursos provenientes del incremento del 4% del IVA a la telefonía móvil, correspondientes a las bibliotecas públicas (art. 10), y al fomento y desarrollo del deporte y la cultura (art. 11). Concretamente, a través de las citadas disposiciones, el Legislador modificó el destino de no menos del 10% de los mencionados recursos, pasándolos de contribuir a la financiación de las bibliotecas públicas, decisión que había adoptado recientemente el propio legislador a través del artículo 41 de la Ley 1379 de 2010, a financiar actividades relacionadas con el deporte y la cultura, conforme lo habían dispuesto las leyes 788 de 2002 y 1111 de 2006.

6.8. Conforme con ello, comparte la Corte la posición de la demanda y del Ministerio Público, en el sentido de considerar que las normas acusadas violan el principio de unidad de materia consagrado en los artículos 158 y 161 de la Carta, pues no se evidencia que los temas en ellos tratados guarden con la materia de la ley alguna relación de conexidad causal, temática, sistemática o teleológica.

6.9. Como ya se mencionó, la Ley 1393 de 2010, se expidió por el Congreso de la República, a iniciativa del Gobierno Nacional, con el propósito específico de fortalecer el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud, mediante la adopción de medidas dirigidas a la consecución de nuevas fuentes de recursos, y a la potenciación y optimización de los ya existentes. Dentro de ese objetivo, y de acuerdo con su epígrafe, las medidas adoptadas en la ley se circunscriben a: (i) definir rentas de destinación específica para la salud; (ii) adoptar medidas para promover actividades generadoras de recursos para la salud; (iii) evitar la evasión y la elusión de aportes a la salud; (iv) redireccionar recursos al interior del sistema de salud, y, en su defecto, a (v) adoptar medidas que resulten a fines con tales materias.

6.10. En el caso de las normas acusadas, las materias en ellas desarrolladas no están relacionada con la destinación específica de recursos para la salud; no se dirigen a evitar la evasión y la elusión de los aportes; no redireccionan recursos al interior del sistema de salud; y tampoco constituyen asuntos afines a tales propósitos.

6.11. Según fue mencionado, mientras la Ley 1393 de 2010 tiene por objeto la generación y optimización de recursos para contribuir al financiamiento del Sistema de Seguridad Social en Salud, las normas acusadas, en su orden, se ocupan del destino y manejo de recursos dirigidos a las bibliotecas públicas y al fomento y desarrollo del deporte y la cultura, aspectos éstos que resultan totalmente ajenos al fin perseguido por la citada ley.

6.12. Desde ese punto de vista, entre los artículos 10 y 11 de la Ley 1393 de 2010 y la materia de la mencionada ley, (i) no existe ningún tipo de conexidad temática, pues no se aprecia una vinculación objetiva y razonable entre la materia sobre la que versa la ley -la consecución y optimización de recursos para la salud- y el asunto tratado en las normas acusadas -manejo de recursos de las bibliotecas públicas, el deporte y la cultura-. Tampoco existe Conexidad causal, pues las razones que dieron lugar a la expedición de la ley -la crisis financiera del Sistema de Seguridad Social en Salud- no coinciden con aquellas que surgen de los artículos acusados -distribución de los recursos provenientes del incremento del IVA, destinados a la financiación de bibliotecas públicas, el deporte y la cultura-. En consonancia con ello, no se presenta el fenómeno de la conexidad teleológica, pues no es posible establecer una identidad de objetivos entre la materia de la ley y las materias de que tratan las normas impugnadas, ni puede afirmarse que unas y otras persiguen un mismo designio. Así, mientras la Ley 1393 de 2010 busca mejorar la situación financiera del Sistema de Seguridad Social en Salud, las normas acusadas, a pesar de hacer parte de dicho ordenamiento, persiguen una finalidad distinta a ella, cual es la de distribuir recursos provenientes del incremento del 4% del IVA a la telefonía móvil, en sectores sociales distintos a la salud, como las bibliotecas públicas, el deporte y la cultura. Finalmente, tampoco surge Conexidad sistemática, en cuanto que no se aprecia una racionalidad u orden normativo interno entre la materia de la ley y el contenido de las normas acusadas. En punto a este último aspecto, debe destacar la Corte que los temas

tratados en las normas acusadas, resultan, en realidad, totalmente ajenos y extraños a los que constituyen el eje temático de la Ley 1393 de 2010.

6.13. La ausencia total de conexidad material entre las normas acusadas y la Ley 1393 de 2010, sea ésta temática, causal, teleológica y sistemática, se refuerza también por la circunstancia comprobada de que ninguna de las medidas adoptadas para fortalecer financieramente el Sistema de Seguridad Social en Salud, involucró o se dirigió a afectar recursos provenientes del IVA al servicio de telefonía móvil celular, ni de su incremento del 4%. En efecto, revisado el contenido de la Ley 1393 de 2010, advierte la Corte que, en el ámbito de los recursos tributarios que la misma ley dispuso afectar para mejorar la sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social en Salud, éstos se concretaron, única y exclusivamente, en modificaciones al IVA sobre la cerveza y sifones (arts. 1°, 2° y 4°) y sobre los juegos de suerte y azar (arts. 3°, 4°, 12 a 25), así como también, en modificaciones a los impuestos al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado (arts. 5°, 6° y 7°), y licores, vinos, aperitivos y similares (arts. 8° y 9°). En ese sentido, la Ley 1393 de 2010, mantuvo vigente la idea expresada durante su trámite de aprobación, por el Gobierno en la exposición de motivos, y por el propio órgano legislativo en las distintas ponencias presentadas, de obtener recursos destinados a financiar el servicio de salud de las fuentes correspondientes a "modificaciones al IVA sobre la cerveza y los juegos de suerte y azar, así como a los impuestos al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado, licores, vinos aperitivos y similares, con base en las cuales se obtendrían recursos destinados a financiar prestaciones excepcionales en salud y la unificación de los planes de beneficios"[31].

6.14. Algunos intervinientes aducen que las normas acusadas no violan el principio de unidad de materia, en la medida en que si bien aquellas regulan asuntos relacionados con el deporte y la cultura, tales aspectos guardan, en todo caso, relación con la salud, desde el punto de vista de lo que puede ser una política de prevención. La Corte no comparte el referido criterio, pues el objetivo de la Ley 1393 de 2010 estaba dirigido, específicamente, a fortalecer el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud, razón por la cual, no le resultaba posible al legislador incluir materias que, si bien remotamente podían tener algún grado de vinculación con el tema general de la salud, ni directa ni indirectamente contribuyan a la finalidad prevista en la ley.

6.15. Aun cuando la Corte ha sostenido que la interpretación del principio de unidad de materia debe ser flexible, también ha dejado en claro que, para efectos de no anular el contenido del citado principio, es necesario que las materias de una ley se relacionen internamente -desde una perspectiva estrictamente sustancial- y apunten a un mismo fin, circunstancia que no tiene lugar en el presente caso, pues, como se ha dicho, en una ley dirigida fortalecer la situación financiera del Sistema General de Salud, se incluyeron medidas que se ocupan del destino y manejo de recursos dirigidos a las bibliotecas públicas y al fomento y desarrollo del deporte y la cultura. Tales medidas, aun cuando pueden perseguir un fin loable, no responden por sí mismas a un criterio mínimo de conexidad material con respecto a los fines perseguidos por la ley a la que se integran, lo cual, a su vez, no contribuye al objetivo constitucional de propiciar un ejercicio transparente y coherente de la función legislativa.

6.16. En este caso, es claro que la coherencia que debe primar en el ejercicio de la función legislativa se ve afectada, por el hecho de que, en el contexto de una ley destinada a fortalecer financieramente el sistema de salud, el Congreso decidió introducir modificaciones a otra ley que organiza las bibliotecas públicas. La falta de conexidad entre una y otra, sin duda, no garantiza que el cambio introducido por las normas acusadas, de modificar el destino de ciertos recursos provenientes del incremento del 4% del IVA a la telefonía móvil, pasándolos de financiar las bibliotecas públicas a financiar actividades deportivas y de cultura, haya sido producto de un juicioso y ponderado debate democrático, ni tampoco que los congresistas hubiesen tenido verdadera conciencia sobre el alcance y proyección de la aludida medida modificatoria.

6.17. Así, medidas relacionadas con las fuentes de financiación de las bibliotecas públicas, que en su momento concentraron toda la atención del Congreso, por haber sido adoptadas dentro del marco de un proceso legislativo especial, dedicado exclusivamente al tema de las bibliotecas, fueron materia de modificación posterior, esta vez, en el escenario de un proceso legislativo distinto, concentrado

exclusivamente en la adopción de medidas dirigidas a apropiar nuevos recursos para la salud y racionalizar el uso de los existentes, lo cual es muestra de una evidente falta de coherencia legislativa. Esto último, teniendo en cuenta, además, que la decisión legislativa de financiar las bibliotecas públicas con recursos provenientes del incremento del IVA a la telefonía móvil, fue adoptada por el Congreso de la República, tan solo seis meses antes a la expedición de la ley sobre financiamiento de la salud, pues mientras la primera -la Ley 1379-, se expidió el 15 de enero de 2010, la segunda -la Ley 1393- lo fue el 12 de julio del mismo año.

6.18. De acuerdo con lo expuesto, la Corte procederá a declarar la inexecutable de los artículos 10 y 11 de la ley 1393 de 2010, por encontrar que los mismos violan el principio de unidad de materia, previsto en los artículos 158 y 169 de la Constitución Política...”

Tal como lo ha exigido la doctrina de la Corte Constitucional procederemos a analizar cada uno de los elementos que deben individualizarse a fin de argumentar la ausencia de unidad de materia en el caso concreto, a saber:

- MATERIA DE LA QUE SE OCUPA LA LEY ACUSADA.

Uno de los primeros aspectos que debe tenerse en consideración al momento de valorar la materia de la cual se encargó de regular la Ley 1393 de 2010 corresponde a su verdadera motivación, pues a pesar de lo expresado en el proyecto de ley radicado por el gobierno al congreso no se determinó su verdadero fundamento, dentro de las sesiones de su debate en el legislativo los ponentes respectivos dejaron constancia del verdadero motivo, y que ésta norma correspondía a una compilación de aquellas disposiciones que se contenía en los decretos legislativo No. 4975 de 2009 y 129 de 2010, por los cuales se declaró el estado de emergencia en el sistema de seguridad social sector salud y se expidieron algunas medidas para conjurarlo, las que fueron declaradas inexecutable por la H. Corte Constitucional al considerar que la medida no obedecía a un hecho incierto e impredecible.

Este fue el verdadero motivo de la presentación del proyecto de ley que a la postre fuera aprobado bajo el número 1393 de 2010, el que compiló las normas de los decretos declarados inexecutable, ya referidos, y de los que hiciera referencia la sentencia anteriormente referida.

Por su parte, la Ley 1393 de 2010 reguló las siguientes materias, conforme a su título:

“por la cual se definen rentas de destinación específica para la salud, se adoptan medidas para promover actividades generadoras de recursos para la salud, para evitar la evasión y la elusión de aportes a la salud, se redireccionan recursos al interior del sistema de salud y se dictan otras disposiciones.”

En suma en esta norma se procuró por legislar algunas actuaciones que se consideraban prioritarias, y de urgencia, para solventar el ingreso de recursos asignados al sistema de salud, redefiniendo las rentas con destinación específica para este rubro y las actividades generadoras de recursos.

Es del caso señalar, los capítulos y artículos que en lo pertinente corresponde:

CAPITULO I: RECURSOS TRIBUTARIOS

CAPITULO II: RECURSOS DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR.

- ART. 12. COBRO DE PREMIOS Y DESTINACIÓN DE PREMIOS NO RECLAMADOS
- ART. 13. COMERCIALIZACIÓN DE LOTERÍA A TRAVÉS DE CANALES ELECTRÓNICOS.
- ART. 14. CONDICIONES DE OPERACIÓN EN LÍNEA Y EN TIEMPO REAL DE LOS JUEGOS LOCALIZADOS.
- ART. 15. EVENTOS HÍPICOS.
- ART. 16. GIRO DIRECTO DE DERECHOS DE EXPLOTACIÓN DE APUESTAS PERMANENTES.
- ART. 17. DERECHOS DE EXPLOTACIÓN DE LOTERÍA INSTANTÁNEA Y LOTTO PREIMPRESO.
- ART. 18. EJERCICIO ILÍCITO DE ACTIVIDAD MONOPOLÍSTICA DE ARBITRIO RENTÍSTICO.
- ART. 19. ADMINISTRACIÓN DE DERECHOS DE EXPLOTACIÓN.
- ART. 20. SANCIONES POR EVASIÓN DE LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN Y GASTOS DE ADMINISTRACIÓN.
- ART. 21. COBRO DE RENTAS, DERECHO DE EXPLOTACIÓN Y SANCIONES.
- ART. 22. JUEGO NOVEDOSO. MOD. ART. 38. LEY 643 DE 2001.
- ART. 23. PLAN DE PREMIOS Y RENTABILIDAD MÍNIMA. MOD. ART. 24. Ley 643 de 2001.
- Art. 24. OPERACIÓN DE JUEGOS LOCALIZADOS EN CRUCEROS.
- ART. 25. SEGURIDAD SOCIAL EN SALUDA A COLOCADORES INDEPENDIENTES PROFESIONALIZADOS DE LOTERÍAS O APUESTAS PERMANENTES. MODF ART. 56 DE LA LEY 643 DE 2001.

CAPITULO III. MEDIDAS EN MATERIA DE CONTROL A LA EVASIÓN Y ELUSIÓN DE COTIZACIONES Y APORTES.

CAPITULO IV. TRANSFORMACIÓN DE RECURSOS PARA LA UNIFICACIÓN DE LOS PLANES OBLIGATORIOS DE SALUD.

CAPITULO V. MEDIDAS FINANCIERAS.

Es así que la materia de la norma es la de determinar una serie de mecanismos y procedimientos para obtener y fortalecer los recursos destinados a la salud, derivados de los juegos de suerte y azar, medidas para evitar la evasión en los aportes a este sistema, es decir, tenía por fin la norma el establecer mecanismos para asegurar el fortalecimiento de los recursos exógenos del sistema de salud.

En lo atinente al régimen de los juegos de suerte y azar, debemos señalar que estas normas pretendían reiterar algunos planteamientos efectuados en la ley 643 de 2001, y en la carta política como el titular de los recursos derivados de los juegos de suerte y azar, pues claramente, tal como analizaremos, estos dineros le corresponden a las entidades territoriales por orden constitucional, de modo tal que tal norma no se denota con carácter de urgencia ni excepcional con la que se tramito el articulado, pues al respeto únicamente replico la norma superior.

- NORMA QUE ROMPE LA UNIDAD DE MATERIA.

De manera específica, y para el caso que nos ocupa, consideramos que el segundo inciso del artículo 17 de la Ley 1393 de 2010, que al efecto dispone:

La explotación de estos juegos corresponde a los departamentos y al Distrito Capital, quienes harán la selección y la contratación del tercero operador a través de la entidad que agremie a los departamentos en el país.

- LAS RAZONES DE LA INEXISTENCIA DE UNIDAD DE MATERIA.

Tal como hemos visto la ley 1393 de 2010, de la cual hace parte la norma demandada, se encargó de regular los mecanismos o procedimientos necesarios para fortalecer los recursos que ingresan al sistema de salud, lo que es desarrollado a lo largo de tal norma con una serie de medidas contra la evasión, y regulación de actividades que generan recursos a dicho sistema.

De tal suerte, consideramos que no es coherente con tal planteamiento, ni con la voz de urgencia con la que se tramitó el proyecto de ley, que se determinara un artículo para replicar lo que ya se sabía desde la promulgación de la carta política de 1991, en lo que respecta a los titulares de los recursos originados por la explotación de los juegos de suerte y azar, pues ya el artículo 336 superior se encargó de determinar que ellos correspondían a las entidades territoriales, y que al vez fuera normado en la ley orgánica que regulo los juegos de suerte y azar.

Por otra parte no resulta coherente por unidad de materia, que bajo esta legislación se pretenda determinar el titular en la asignación de la tercerización de la explotación de un juego de suerte y azar, como lo es aquellos novedosos (lotería instantánea y lotto pre impreso), es decir, que so pretexto de repetir cuales son los titulares del derecho de los recursos de los referidos juegos se determine el sujeto activo que otorgará la explotación de este juego, determinando éste en cabeza de una entidad territorial de segundo grado, cuando la carta política determino que tal hecho esta en cabeza de las entidades territoriales.

Consideramos que esta falta de precisión jurídica hace entrever que no es coherente con la materia a regular por la ley referida que puede resumirse en la búsqueda de recursos para el sistema de salud, se determinen otros asuntos que no corresponden a tal fin y que no guardan relación directa con tales hechos, pues la determinación o asignación de competencia a una entidad territorial de segundo grado debe corresponder a otra clase de disposición normativa (orgánica), que se encargue de regular en todo sentido el juego de suerte y azar, o que tenga por fine la regulación de competencias en tal arbitrio rentístico, pues este hecho en nada influye en la generación de recursos para la salud, pues claramente este hecho ya fue regulado años atrás por la constitución política.

En consecuencia consideramos que una norma que se ocupa de regular materia generadoras de recursos para la salud no puede entrar a regular asignaciones de competencias, más aun cuando este hecho esta reconocido y regulado en normas de carácter superior.

4. NATURALEZA Y LÍMITES EN LA REGULACIÓN DE RECURSOS EXÓGENOS DE ENTIDADES PÚBLICAS – LEY ORDINARIA Y LEY ORGÁNICA.

4.1. ASPECTO JURISPRUDENCIAL.

Aunque pudiera considerarse que en el caso esgrimido en la norma demanda aparece suficientemente claro que los recursos generados por la tercerización o cesión en la explotación a entidad privada del juego de la lotería instantánea o lotto preimpreso, serán destinados a los departamentos y al Distrito Capital, debemos entrar a analizar los límites que tiene el legislador al momento de regular este tipo de recursos exógenos que se generan en favor de las entidades territoriales, y si para ello está sujeto a límites superiores.

Al efecto, señalaremos algunos apartes esbozados por la Corte Constitucional en la sentencia C – 414 de 20120, plurimencionada, en donde al efecto se manifestó:

“... 3. Cargo 1º: vulneración de la autonomía de los departamentos y del Distrito Capital (CP, art 287) y de su libertad de asociación (CP, art 38).

3.1. La naturaleza jurídica de los recursos del Fondo Cuenta Especial regulado en la disposición demandada: distinción constitucional entre fuentes endógenas y exógenas.

3.1.1. La jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha ocupado de clasificar el tipo de recursos que apoyan la gestión de las entidades territoriales, en fuentes exógenas y fuentes endógenas. Con ello se ha delimitado el margen de configuración del Congreso en la regulación de tales recursos y, en consecuencia, el grado de control que de ellos pueden demandar las diferentes entidades territoriales.

3.1.2. Esa tipología fue formulada de manera temprana por la Corte y explicada cuidadosamente en la sentencia C-219 de 1997, en cuyo fundamento jurídico 22 la Corte aludió a la diferenciación, indicando:

“Las entidades territoriales cuentan, además de la facultad de endeudamiento - recursos de crédito -, con dos mecanismos de financiación. En primer lugar disponen del derecho constitucional a participar de las rentas nacionales. Dentro de este capítulo, se ubican las transferencias de recursos a los departamentos y municipios, las rentas cedidas, los derechos de participación en las regalías y compensaciones, los recursos transferidos a título de cofinanciación y, en suma, de los restantes mecanismos que, para estos efectos, diseñe el legislador. Se trata, en este caso, de fuentes exógenas de financiación que, como será estudiado, admiten un mayor grado de injerencia por parte del nivel central de gobierno.

Adicionalmente, las entidades territoriales disponen de aquellos recursos que, en estricto sentido, pueden denominarse recursos propios. Se trata fundamentalmente, de los rendimientos que provienen de la explotación de los bienes que son de su propiedad exclusiva o las rentas tributarias que se obtienen en virtud de fuentes tributarias - impuestos, tasas y contribuciones - propias. En estas eventos, se habla de fuentes endógenas de financiación, que resultan mucho más resistentes frente a la intervención del legislador.”
(subrayas fuera del original)

3.1.3. Cómo distinguir entre recursos de fuente exógena y recursos de fuente endógena? Dijo en la sentencia citada:

25. En los términos de la Constitución Política, corresponde al legislador definir en qué casos un determinado tributo constituye una fuente exógena o endógena de financiación de una entidad territorial (C.P. arts. 150-12, 287, 300-4 y 313-4). En estas condiciones, el intérprete debe acudir, necesariamente, al texto de las normas que integran el régimen de cada renta, a fin de conocer la voluntad objetiva del legislador.

Sin embargo, en algunos casos, el criterio formal es insuficiente, pues puede ocurrir que el legislador hubiere omitido indicar, de manera expresa, a qué entidad pertenece el tributo o, que el régimen legal que ha sido diseñado contradiga, materialmente, la prescripción formal. Para llenar el vacío, en el primer caso, o para resolver la contradicción, en el segundo, resultará entonces indispensable acudir a otros criterios, como el criterio orgánico o el material.

El criterio orgánico es de suma utilidad a la hora de determinar si un tributo constituye una fuente de recursos propios de las entidades territoriales o, si por el contrario, se trata de una fuente tributaria exógena. En este caso, basta con identificar si, para el perfeccionamiento del respectivo régimen tributario, es suficiente la intervención del legislador o, si adicionalmente, es necesaria la participación de alguna de las corporaciones locales, departamentales o distritales de elección popular habilitadas constitucionalmente para adoptar decisiones en materia tributaria (C.P. art. 338). En la medida en que una entidad territorial participa en la definición de un tributo, a través de una decisión política que incorpora un factor necesario para perfeccionar el respectivo régimen y que, en consecuencia, habilita a la administración para proceder al cobro, no puede dejar de sostenerse que la fuente tributaria creada le pertenece y, por lo tanto, que los recursos captados son recursos propios de la respectiva entidad. Sin embargo, la regla no es similar en el caso inverso. Efectivamente, no resulta posible afirmar que en todos los eventos en los cuales el legislador defina integralmente los elementos del tributo, este constituirá una fuente exógena de financiación de las entidades territoriales.

Existen casos en los que el legislador ha establecido integralmente el régimen de un tributo y, no obstante, este es la fuente directa de recursos propios de las entidades territoriales y no, simplemente, de recursos nacionales que se transfieren a éstas. Esta conclusión se alcanza fácilmente si se apela a un criterio material o sustantivo. En efecto, el criterio material, permite afirmar que, en principio, una fuente tributaria constituye una fuente endógena de financiación cuando el producto recaudado dentro de la jurisdicción de la respectiva entidad entra integralmente al presupuesto de la misma - y no al presupuesto general de la Nación -, y se utiliza para sufragar gastos propios de la entidad territorial, sin que pueda verificarse ningún factor sustantivo - como, por ejemplo, la movilidad interjurisdiccional de alguno de sus elementos - que permita suponer que se trata de un tributo nacional.

Por último, puede ocurrir que el legislador establezca que una determinada fuente tributaria pertenece a la nación y, sin embargo, la regule de manera tal que, materialmente, de lugar a recursos propios del departamento o del municipio.

Respecto a la virtual contradicción entre una definición formal y el contenido material del régimen legal de un tributo, no sobra indicar que, en atención a lo dispuesto en el artículo 228 de la Carta - predominio del derecho sustancial - si éste se cobra, previa autorización legal, en virtud de una decisión política de la asamblea departamental o del concejo municipal - criterio orgánico - en la jurisdicción propia del órgano de representación de que se trate y, además, el recaudo, dentro de esa jurisdicción, entra integralmente al presupuesto de la respectiva entidad, sin que existan elementos sustantivos que permitan afirmar que se trata de una renta nacional, deberá concluirse que se está frente a una fuente endógena de financiación, así la propia ley diga lo contrario."

3.1.4. Con fundamento en estos criterios la jurisprudencia constitucional se ha ocupado de identificar la naturaleza de los recursos y, a partir de ello, ha determinado la intensidad del control constitucional que surge del mayor o menor poder de intervención de Congreso o del grado de autonomía territorial. Dijo la Corte en la ya citada sentencia:

"Como será estudiado, la respuesta a este interrogante es de fundamental importancia para resolver problemas que emergen de las relaciones fiscales intergubernamentales en un modelo de estado unitario con autonomía de sus entidades territoriales. En efecto, el alcance de la actuación del poder nacional en las finanzas de las entidades territoriales, dependerá, en buena medida, de la definición previa sobre la procedencia de los recursos que se intervienen. Así, la injerencia del poder central en la configuración, el manejo o la destinación de fuentes de financiación que no pertenecen a la entidad territorial o de sus frutos - verbigracia, recursos nacionales transferidos o cedidos - podrá ser más intensa que la que se pretenda realizar sobre fuentes de financiación o recursos propios de tales entidades". (subraya fuera del original)

A continuación, se presentarán algunas de las decisiones más importantes de la Corte en la materia, aludiendo a la mayor o menor severidad del examen constitucional adelantado.

3.2. Control constitucional de la legislación regulatoria de recursos de fuentes endógenas y exógenas de las entidades territoriales.

3.2.1. En la sentencia C-219 de 1997, la Corte Constitucional señaló que resultaba inconstitucional el artículo 236 de la ley 223 de 1995 al establecer la obligación de destinar un porcentaje del impuesto de registro para el cubrimiento de servicios de salud y atención de obligaciones pensionales. En su decisión estableció que se trataba de un impuesto de propiedad de los departamentos y, en consecuencia, las posibilidades de intervención del legislador eran ciertamente limitadas. Con fundamento en ello concluyó que a pesar de que la destinación perseguía propósitos constitucionales relevantes, no se encontraba fundamentada en la necesidad de proteger derechos de la nación o asegurar su estabilidad económica y, por ello, no se encontraba justificada⁷.

3.2.2. Posteriormente, en la sentencia C-720 de 1999 al establecer la constitucionalidad de algunos apartes del artículo 146 de la ley 488 de 1998 que contemplaban la destinación de un porcentaje de los recursos provenientes del impuesto a vehículos -que la Corte calificó como nacional cedido a los departamentos⁸- para el funcionamiento de Consejos Regionales de Planificación, concluyó que esa destinación (i) perseguía un propósito constitucional valioso en tanto a través de tales consejos se impulsaba la regionalización y los principios de concurrencia y coordinación y, adicionalmente, (ii) los beneficios de su funcionamiento se proyectaban sobre el departamento⁹.

3.2.3. En la sentencia C-897 de 1999 se examinó si resultaba constitucional que el artículo 126 de la ley 488 de 1998 estableciera que los recursos provenientes de la sobretasa a la gasolina y al ACPM se destinaran a los fines establecidos en las leyes que regulan la materia. Luego de establecer que algunos de los recursos resultantes de la sobretasa eran territoriales, al paso que otros eran nacionales cedidos a las entidades territoriales¹⁰, concluyó que la referencia a la destinación establecida en la ley era constitucional sólo respecto de los segundos. Sentenció entonces:

"Lo anterior permite afirmar que la expresión demandada aplicada al porcentaje de los recursos de la sobretasa al ACPM cedidos a las entidades territoriales (50%), que son objeto de titularización, no contraviene la Constitución Política. En efecto, tratándose de una fuente exógena de financiación, nada obsta para que el legislador establezca su destinación, siempre y cuando la misma responda un interés que razonablemente pueda predicarse de las mencionadas entidades y que, al mismo tiempo, tenga relevancia nacional."

⁷ En el fundamento jurídico 32 de esa providencia señaló la Corte: "32. La finalidad perseguida por el legislador no sólo no viola la Constitución, sino que, además, constituye desarrollo directo de los postulados constitucionales que ordenan al poder público garantizar a todos los habitantes el derecho a la salud (C.P. art. 49). De otro lado, pretende asegurar a las personas de la tercera edad el acceso a la seguridad social y, especialmente, a una pensión que asegure una vejez digna (C.P. art. 46 y 48). No puede entonces esta Corte reprochar la intención de la ley. Sin embargo, para que la intervención del legislador, en el proceso de asignación del gasto de los recursos propios de las entidades territoriales, resulte legítima, no es suficiente la búsqueda de una finalidad amparada por la Constitución. Para ello, se exige, como quedó visto, que la injerencia legislativa esté directamente encaminada a resguardar la estabilidad económica de la nación, o a evitar una lesión injustificada del fisco nacional. (...) No obstante, conata la Corte que la medida que se estudia y que constituye una clara y directa limitación de la autonomía financiera - de gasto - de las entidades territoriales, se contrae a asegurar que las autoridades de dichas entidades cumplan con sus funciones y, de ninguna manera, a proteger bienes o derechos que pertenezcan a la nación y cuya amenaza arriesgue la estabilidad macro-económica del Estado. (...) En estas condiciones, la norma demandada establece una injerencia injustificada en asuntos que competen exclusivamente a las entidades territoriales y, por tanto, incide ilegítimamente en el ámbito de su autonomía. En consecuencia, la norma demandada será declarada inexecutable."

⁸ Luego de constatar un enfrentamiento entre los criterios formal y sustantivo para identificar el carácter endógeno o exógeno de la fuente, concluyó que el impuesto de vehículos, a la luz del criterio orgánico constituía un impuesto nacional. Señaló entonces: "La aplicación del criterio orgánico al caso que se estudia conduce a afirmar que el impuesto de vehículo automotor es un impuesto de carácter nacional. Ciertamente, dicho tributo se encuentra establecido por la Ley 488 de 1998, sin que para su perfeccionamiento se requiera decisión alguna del concejo municipal o de la asamblea departamental. En consecuencia, el impuesto nacional de vehículos constituye una renta nacional cedida a las entidades territoriales en proporción a lo recaudado en la respectiva jurisdicción."

⁹ En esa oportunidad concluyó: "En síntesis, en criterio de la Corte resulta ajustada a la Carta la norma legal que destina un porcentaje de las rentas cedidas a las entidades territoriales para el cumplimiento de una finalidad constitucionalmente admisible cuando la intervención del legislador se muestra útil, necesaria y estrictamente proporcionada para el logro de intereses propios de la entidad territorial beneficiada."

¹⁰ Sobre ello señaló: "Dado que el artículo 117 mencionado califica a la sobretasa al ACPM como una contribución nacional, no puede menos que afirmarse que, desde una perspectiva formal, el porcentaje de recursos obtenidos en virtud de la sobretasa al ACPM y trasladado a los departamentos y al Distrito Capital constituye una renta nacional cedida a las mencionadas entidades territoriales y, en consecuencia, representa una fuente de financiación exógena (...). A esta misma conclusión se llega si se aplica el criterio orgánico, pues como puede fácilmente verificarse, la creación de la mencionada sobretasa no depende en absoluto de una decisión política de las autoridades propias de los departamentos o del Distrito. La obligación tributaria la impone, directamente, la Ley 488 de 1998. Por último, la aplicación del criterio material no hace sino reiterar la conclusión anterior. En efecto, si bien la renta se recauda en la jurisdicción de los departamentos y del Distrito Capital, lo cierto es que sólo un porcentaje, definido por la propia Ley, ingresa al patrimonio de las respectivas entidades."

3.2.4. En la sentencia C-089 de 2001 la Corte resolvió las objeciones gubernamentales formuladas en contra de un proyecto de ley por el cual "se autoriza la emisión de la estampilla Universidad Distrital Francisco José de Caldas - 50 años". Una de las impugnaciones consistía en señalar que se desconocía la autonomía de las entidades territoriales al establecer la destinación de los recursos que se recaudarían por concepto de la emisión de la estampilla. Luego de afirmar que se trataba de una fuente endógena de recursos para el departamento, la Corte señaló que la regulación objetada no desconocía la autonomía en tanto la medida pretendía hacerle frente a un problema que trascendía el plano local y que se encontraba motivado por la necesidad de asegurar la sostenibilidad de la Universidad Distrital. Precisado que ese fin podía justificar la medida, la Corte advirtió que las disposiciones objetadas superaban las exigencias adscritas al principio de proporcionalidad.

3.2.5. En la sentencia C-533 de 2005 la Corte declaró la inconstitucionalidad de una disposición de la ley 812 de 2003 que establecía que los recursos provenientes de la sobretasa a la gasolina se destinarían como mínimo en un 50% a la construcción, mantenimiento y conservación de las vías urbanas, secundarias y terciarias, de acuerdo con la competencia del ente territorial respectivo, sin perjuicio de los compromisos adquiridos. Tal conclusión tuvo como punto de partida la indicación de que tales recursos provenían de una fuente endógena, de manera tal que la intervención en su destinación debía obedecer a razones constitucionalmente significativas relacionadas, por ejemplo, con la preservación de la estabilidad económica de la nación. Además de ello la Corte estableció que la restricción que a la autonomía de las entidades territoriales causaba una disposición como la demandada, habría de superar las exigencias mínimas de proporcionalidad. En esa dirección sostuvo:

"Así las cosas no estándose en presencia de una situación en la que se haga necesario proteger la estabilidad macroeconómica de la nación ni conjurar amenazas ciertas sobre los recursos del presupuesto nacional, al tiempo que la restricción a la autonomía territorial mediante la destinación específica de recursos de propiedad de las entidades territoriales no resulta necesaria, -y por tanto tampoco útil ni proporcionada- al fin constitucional que el legislador busca alcanzar -a saber la cofinanciación de proyectos de infraestructura vial-, ha de concluirse en armonía con la jurisprudencia a que se hizo referencia en los apartes preliminares de esta sentencia (...) que en el presente caso el Legislador desconoció la autonomía de las entidades territoriales en el manejo de sus recursos propios (art. 1 y 287 C.P.) (...)"

3.2.6. En el proceso que dio lugar a la sentencia C-925 de 2006 se cuestionaba la constitucionalidad del artículo 16 de la ley 1005 de 2006 que establecía que la renovación de las actuales licencias de conducción expedidas legalmente no tendrá coste alguno para el titular de las mismas, por una sola vez." Una de las razones invocadas para atacar la referida disposición indicaba que ella restringía de manera inaceptable el principio de autonomía de las entidades territoriales. La Corte señaló que el valor que en condiciones normales se cobraría para la expedición de la licencia, corresponde a una tasa que pertenece a las entidades territoriales y, en consecuencia, se trata de una fuente endógena de recursos. A partir de esta premisa, y luego de recordar que al ser ello así el margen de acción del Legislador para regular la materia se reducía de manera importante, advirtió que conforme a su jurisprudencia es posible restringir el poder de decisión de la entidad territorial, solo si (1) se invoca una razón constitucional suficiente para la intervención lo que ocurre cuando (1.1) la Constitución lo establece expresamente, (1.2) la medida resulta indispensable para conjurar amenazas sobre los recursos del presupuesto nacional. (1.3) la intervención es conveniente para mantener la estabilidad económica interna y externa y (1.4) las condiciones sociales y la naturaleza de la medida así lo exigen, por trascender el ámbito simplemente local o regional. Adicionalmente y por no resultar suficiente la búsqueda de tales propósitos, la medida correspondiente debe resultar (2) idónea, (3) necesaria y (4) estrictamente proporcionada. Con fundamento en tal metodología la Corte destacó que la disposición demandada no se oponía al texto de la Constitución. Señaló:

"(...) Advierte la Corte que si bien esta restricción involucra la imposibilidad que las entidades territoriales perciban, en un caso particular y concreto, rentas de las que son titulares, tal disposición no configura un tratamiento desproporcionado en contra del grado de autonomía que la Constitución reconoce a las entidades territoriales. Esta conclusión se sustenta en considerar que, en primer lugar, la naturaleza jurídica de las licencias de conducción se inscribe en la articulación entre el carácter nacional

de las normas sobre tránsito terrestre y las competencias que tienen las entidades territoriales para expedir los documentos que acreditan la capacidad para conducir vehículos. En ese sentido, la aplicación de los principios de Estado unitario (Art. 1 C.P.) y de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en el ejercicio de las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales (Art. 288 C.P.), hace inferir que no sólo resulta legítimo, sino necesario, que las entidades territoriales participen en la financiación, con base en los recursos que administran, en la prestación de un servicio que, como es el caso de la expedición de las licencias de conducción, tiene carácter nacional."

3.2.7. En la sentencia C-1183 de 2008, al resolver la objeción formulada por el Gobierno en contra de una disposición que asignaba el control y vigilancia de la inversión del producto del impuesto al consumo del cigarrillo -impuesto departamental- al Instituto Colombiano del Deporte (Coldeportes), por considerarla contraria al principio de autonomía, la Corte consideró que tal disposición no desconocía tal principio dado que, no obstante tratarse de la regulación de recursos provenientes de una fuente endógena, existían razones constitucionales suficientes para la intervención de la Nación en su vigilancia.

Tal afirmación fue así fundamentada por este Tribunal:

"Al respecto, la Corte en varias sentencias ha establecido criterios para determinar la constitucionalidad de una intervención del legislador en materia de recursos endógenos de las entidades territoriales, haciendo énfasis en el carácter excepcional de dicha posibilidad. Sobre el particular ha dicho esta Corporación que la misma se da solo en las siguientes circunstancias:

"Cuando (i) lo señala expresamente la Constitución; (ii) es necesario proteger el patrimonio de la Nación, es decir, para conjurar amenazas sobre los recursos del presupuesto nacional; (iii) resulta conveniente para mantener la estabilidad económica interna y externa; (iv) las condiciones sociales y la naturaleza de la medida así lo exigen por trascender el ámbito simplemente local o regional"(...).

Ahora bien, es preciso tener en cuenta que el impuesto sobre el cigarrillo es un gravamen del orden departamental, tal y como lo examinó la Corte en sentencia C-908 de 2007, es decir, se trata de una fuente endógena de financiación de las entidades territoriales, razón por la cual la intervención del legislador en cuanto al control y vigilancia sobre la inversión de la misma debe encontrarse justificada constitucionalmente, situación que se presenta por cuanto el artículo 52 Superior faculta al Estado a fomentar "estas actividades e inspeccionará, vigilará y controlará las organizaciones deportivas y recreativas cuya estructura y propiedad deberán ser democráticas". En otras palabras, la disposición objetada constituye uno de esos casos excepcionales en los cuales el legislador puede intervenir en el empleo de una fuente endógena de financiación de una entidad territorial, por cuanto se persigue un fin constitucional cual es garantizar la práctica del deporte."

3.2.8. En la Sentencia C-321 de 2009 la Corte examinó diferentes objeciones gubernamentales formuladas en contra de un proyecto de ley que regulaba asuntos relativos a multas impuestas como consecuencia de infracciones de tránsito. Una de ellas se refería a una disposición que establecía que "a partir de la entrada en vigencia de la presente ley y por un período de doce (12) meses, todos los conductores que tengan pendiente el pago de infracciones de tránsito podrán acogerse al descuento previsto en el presente artículo". La Corte consideró que se trataba de recursos cuyo recaudo tenía origen en una fuente exógena, lo que suponía que el Congreso podía intervenir ampliamente en su regulación. A efectos de señalar que la objeción era infundada explicó:

"Pues bien, esta intervención del legislador nacional en una fuente exógena de financiación de las entidades territoriales, como lo son los recursos provenientes del pago de multas de tránsito, se ajusta a la Constitución. En efecto, baste con señalar que la norma busca un objetivo constitucionalmente admisible como lo es mejorar el recaudo del pago por concepto de multas de tránsito, mediante la previsión de un conjunto de estímulos económicos al infractor, relacionados con la celeridad con que cancele sus sanciones."

3.2.9. Las providencias antes mencionadas permiten identificar algunos lineamientos metodológicos aplicables cuando se adelanta el examen constitucional de medidas legislativas que tienen como efecto regular aspectos de los recursos que financian la

gestión a cargo de las entidades territoriales. Las decisiones de la Corte evidencian un importante esfuerzo por articular, en esta específica materia, el principio unitario y el principio autonómico que, sin lugar a dudas, son definitorios del modelo constitucional vigente. Una síntesis de tal evolución puede formularse a partir de las siguientes proposiciones:

3.2.9.1. La Constitución reconoce a favor de las entidades territoriales un derecho a administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, así como un derecho a participar en las rentas nacionales. Este derecho, que constituye una expresión de la exigencia de otorgar suficiente autonomía a las entidades territoriales, encuentra como límites generales, el reconocimiento de competencias generales al Congreso para establecer las rentas nacionales y definir contribuciones fiscales y parafiscales.

3.2.9.2. El grado de amplitud de la autonomía fiscal de las entidades territoriales se encuentra en una relación directa con la naturaleza exógena o endógena de los recursos percibidos, ejecutados o administrados por la entidad territorial¹¹. En esa dirección, si los recursos provienen de una fuente exógena, el grado de autonomía de las entidades territoriales se reduce como consecuencia del reconocimiento -derivado del principio unitario- de un extendido margen de acción al legislador para intervenir en la regulación de los recursos, lo que incluye la fijación de su destino. Por el contrario si los recursos provienen de una fuente endógena, el grado de autonomía de las entidades territoriales se expande y por tanto la resistencia a la intervención del Legislador se incrementa. Lo anterior implica que la carga argumentativa para justificar la intervención legislativa, en relación con los recursos provenientes de fuentes endógenas, es más exigente que cuando se trata de regulaciones que recaen sobre fuentes exógenas¹².

3.2.9.3. Así, según se trate de fuentes endógenas o exógenas, el control de constitucionalidad de las leyes que establezcan su régimen de administración o destino será más o menos exigente. Conforme a la jurisprudencia de este Tribunal, la constitucionalidad de una intervención en la destinación o administración de recursos provenientes de fuentes endógenas sólo será constitucionalmente admisible si, además de buscar una finalidad especialmente relevante -imperiosa-, resulta adecuada, necesaria y proporcionada para alcanzarla. Por el contrario si se trata de una intervención legislativa en la administración o destinación de recursos provenientes de una fuente exógena, basta que la medida legislativa persiga una finalidad constitucional importante y, adicionalmente, que la regulación no prive a la entidad territorial de los recursos arbitrados para el desarrollo de las funciones a su cargo.

3.3. La naturaleza de los recursos que componen el fondo establecido en el artículo 224 de la ley 223 de 1995.

3.3.1. Conforme se señaló atrás (fundamento jurídico 3.1.), la identificación del carácter endógeno o exógeno se hace a partir de los criterios formal, orgánico o material. Sin embargo tal y como lo ha admitido esta Corporación y lo demuestra la

11 La sentencia C-903 de 2011 señaló lo siguiente: "A partir de estas provisiones constitucionales, la jurisprudencia de la Corte ha construido una doctrina comprehensiva acerca de las fuentes de ingreso fiscal de las entidades territoriales, basada en la distinción entre recursos endógenos y exógenos a dichos entes. En síntesis, ese precedente señala que la Constitución distingue entre ingresos propios de las entidades territoriales, como sucede con el impuesto predial, respecto de los cuales el Estado central tiene un campo de acción reducido y, en especial, se encuentra impedido para prever una destinación distinta que el uso en dichas entidades territoriales. En cambio, los recursos nacionales, respecto de los cuales tienen derecho de participación las entidades territoriales, son de carácter exógeno, razón por la cual el legislador tiene un mayor margen para su regulación, con base en sus competencias constitucionales en materia fiscal." En esta misma providencia la Corte destacó la tensión que se sigue de la distinción entre fuentes endógenas y exógenas señalando: "La distinción entre recursos endógenos y exógenos a las entidades territoriales muestra, a su vez, una evidente tensión entre las facultades concurrentes para la determinación legal de los tributos. Ello es así si se advierte que el Estado colombiano tiene carácter unitario (Art. 1º C.P.), lo que implica que sus componentes no tienen un régimen de autonomía asimilable a la de los sistemas políticos federales. Esto se comprueba a partir de la competencia general que la Constitución adscribe al Congreso para fijar la política fiscal y tributaria del Estado (Art. 150 C.P., numerales 11 y 12), disposición que permite inferir válidamente que la capacidad de configuración legislativa en la materia no se restringe al ámbito nacional, sino que también se extiende a la regulación del poder fiscal derivado que ostentan los organismos de representación política de las entidades territoriales. Esto a su vez se reafirma al considerar cómo la Carta Política confiere a las asambleas departamentales y concejos municipales y distritales la facultad de decretar los tributos y contribuciones necesarias para el cumplimiento de sus funciones, pero en todo caso sujeta en su ejercicio de conformidad con la ley (Arts. 300-4 y 313-4 C.P.). (...)"

12 Esto implica que las normas constitucionales que reconocen la autonomía de las entidades territoriales no operan como mandatos definitivos sino, en otra dirección como mandatos prima facie o principios. Esta idea fue expresada claramente por la Corte Constitucional en la sentencia C-978 de 2010 en la que indicó: "En lo que respecta al primer cargo por presunta vulneración al principio de autonomía de las entidades territoriales, recuerda la Sala que uno de los elementos esenciales de este postulado radica en la posibilidad de que esos sujetos de derecho público sean educados por el orden jurídico en condiciones de ejercer sin ninguna clase de cortapisas las competencias que les corresponde conforme a la ley. Ello es así toda vez que se trata de un principio jurídico de organización competencial que se debe realizar en la mayor medida posible, es decir, como mandato de optimización. En ese orden de ideas, cualquier limitación que el legislador introduzca a la autonomía territorial debe estar debidamente justificada en la existencia de un interés superior."

práctica judicial, en muchas oportunidades estos criterios pueden enfrentarse. En la sentencia C-720 de 1999, advirtiendo esa posibilidad, la Corte Constitucional formuló un juicio para la identificación del carácter endógeno o exógeno. Fue presentado en los siguientes términos:

"(...) En aquellos casos en los cuales la aplicación de los distintos criterios ofrezca soluciones contradictorias, debe darse prelación al derecho sustancial sobre las manifestaciones meramente formales del legislador. En especial, la Corte considera que en casos de conflicto e incertidumbre el criterio orgánico constituye el criterio definitorio fundamental. En consecuencia, pese a que un impuesto hubiere sido formalmente clasificado como una fuente exógena de financiación, lo cierto es que si (1) para perfeccionar la respectiva obligación tributaria es necesaria una decisión política de la asamblea departamental o del concejo municipal - criterio orgánico -; (2) su cobro se realiza enteramente en la jurisdicción de la respectiva entidad territorial; (3) las rentas recaudadas entran integralmente al presupuesto de la respectiva entidad; y, (4) no existe ningún elemento sustantivo que sirva para sostener que se trata de una renta nacional, deberá concluirse que se está frente a una fuente endógena de financiación. (...)"

3.3.2. El examen de la regulación del impuesto al consumo de productos extranjeros permite concluir que los recursos que de él provienen tienen una fuente exógena. Conforme a ello puede señalarse que los recursos que son aportados al Fondo Cuenta al que alude la norma demandada, no son propios de los Departamentos o del Distrito Capital. Para fundamentar esta afirmación concurren varias razones que la Corte expone a continuación:

3.3.2.1. Es necesario señalar que, de acuerdo con la ley 223 de 1995, el artículo 224 demandado es una disposición común (a) al impuesto al consumo de cervezas, sifones y refajos, (b) al impuesto al consumo de licores, vinos, aperitivos y similares, y (c) al impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado. Sin embargo respecto de cada uno de ellos la ley ha establecido reglas diferentes y por ello la determinación de su carácter exógeno o endógeno demanda razonamientos separados.

3.3.2.2. Desde una perspectiva formal¹³, el artículo 185 de la ley 223 de 1995 estableció que el impuesto al consumo de cervezas, sifones, refajos y mezclas de bebidas fermentadas con bebidas no alcohólicas¹⁴ es de propiedad de la Nación y su producto se encuentra cedido a los Departamentos y al Distrito Capital de Santafé de Bogotá. Cabe señalar, en este punto, que artículo 212 de la ley 223 de 1995 establece que el Distrito Capital es titular del impuesto que se genere, por concepto del consumo de cigarrillos y tabaco elaborado, de procedencia extranjera. La ley, sin embargo, no alude a la titularidad de las rentas en ninguna otra disposición. Conforme a ello cabría señalar que, desde una perspectiva formal, la naturaleza de la renta sólo estaría clara en el caso del impuesto al consumo de cervezas, sifones, refajos y mezclas de bebidas fermentadas con bebidas no alcohólicas -fuente exógena- y en el caso del impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado únicamente en relación con el Distrito Capital -fuente endógena-.

3.3.2.3. Conforme al criterio orgánico¹⁵, puede señalarse que para el perfeccionamiento del régimen tributario no se requiere la intervención de ningún órgano del orden territorial, dado que todos los elementos requeridos para la configuración del tributo han sido establecidos por la ley. Así, para el caso del impuesto al consumo de cervezas, sifones y refajos la ley 223 de 1995 establece, entre otros aspectos referidos al tributo, el hecho generador (art. 186), los sujetos pasivos (art. 187), la base gravable (art. 189), las condiciones de causación (art. 188) así como la tarifa aplicable (art. 190)¹⁶. Adicionalmente y confirmando la naturaleza exógena de esta fuente de recursos, el artículo 193 establece una prohibición, dirigida

13 En la sentencia C-720 de 1999 esta Corporación aludió al criterio formal en la definición del carácter nacional o territorial de un determinado tributo. Señaló en esa oportunidad: "En materia tributaria la Constitución otorga primacía al principio unitario. En consecuencia, no es de extrañar que sea el legislador quien deba definir, en primera instancia, si un determinado tributo constituye una fuente exógena o endógena de financiación de las entidades territoriales. (C.P. arts. 150-12, 287, 300-4 y 313-4). Por lo tanto, el primer criterio al que debe acudir el intérprete para identificar el tipo de fuente de financiación, es el criterio formal que lo vincula con el texto de la ley que crea o autoriza el respectivo tributo."

14 De acuerdo con el artículo 187 de la ley 223 de 1995 entre los sujetos pasivos de tal impuesto se encuentran los productores, los importadores y, solidariamente con ellos, los distribuidores."

15 En la sentencia C-720 de 1999 la Corte aludió al criterio orgánico indicando: "Según este criterio, el dato fundamental para identificar si una fuente de financiación es nacional, departamental o municipal reside en identificar los órganos políticos que participan en su creación. Si para perfeccionar un determinado tributo es necesaria una decisión política de los órganos de representación local o regional, es procedente afirmar que se trata de un tributo de las entidades territoriales y no de una fuente nacional de financiación."

16 El párrafo de tal disposición fue modificado por el artículo 1 de la ley 1393 de 2010.

a los Departamentos y al Distrito Capital, de expedición de reglamentaciones sobre la materia. En consonancia con tal prohibición, establece que tal gravamen se registrará íntegramente por lo dispuesto en la presente Ley, por los reglamentos que en su desarrollo profiera el Gobierno Nacional y por las normas de procedimiento señaladas en el Estatuto Tributario, con excepción del período gravable. En esa dirección, también el artículo 192 de la ley 223 de 1995 estableció que las entidades territoriales no podrán gravar la producción, importación, distribución y venta de los productos gravados con el impuesto al consumo referido, con otros impuestos, tasas, sobretasas o contribuciones, con excepción del impuesto de industria y comercio.

3.3.2.4. Igual conclusión cabe formular, desde una perspectiva del criterio orgánico, respecto del impuesto al consumo de licores, vinos, aperitivos y similares, y del impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado. Respecto del primero, la ley regula de manera completa lo relativo al hecho generador (art. 202), a los sujetos pasivos (art. 203), a su causación (art. 204), a la base gravable (art. 205)¹⁷ y a las tarifas (art. 206)¹⁸. En relación con el segundo se establece la regulación de los mismos aspectos entre los artículos 207 y 211 estableciendo; adicionalmente, una regulación particular en el artículo 212 en relación con el Distrito Capital¹⁹. Incluso respecto de estas dos modalidades del impuesto al consumo, se establece una regulación amplia relacionada con el período gravable, la declaración y el pago (art. 213), con la fijación de una prohibición a los departamentos, municipios, distrito capital, distritos especiales, áreas metropolitanas, territorios indígenas, región, provincias y a cualquiera otra forma de división territorial que se llegare a crear con posteridad a la expedición de la presente ley, de gravar la producción, importación, distribución y venta de los productos gravados con otros impuestos, tasas, sobretasas o contribuciones, con excepción del impuesto de industria y comercio, con la existencia de obligaciones (art. 214), con las obligaciones de los responsables o sujetos pasivos (art. 215), con la forma de distribuir los recaudos del Fondo Cuenta (art. 217) y con la indicación de que la fiscalización, liquidación oficial, discusión, cobro, y recaudo de los impuestos al consumo es de competencia de los departamentos y del distrito capital (art. 221)

3.3.2.5. La Corte considera, adicionalmente, que el momento de causación del tributo permite constatar, a la luz de una perspectiva material, el carácter exógeno de la fuente de los recursos que integran el Fondo Cuenta. En efecto, el impuesto se causa en el momento en que los productos se introducen al país. De esta manera la distribución de los recursos entre las diferentes entidades territoriales se produce con posteridad al momento en que ha surgido la obligación tributaria y, por ello puede sostenerse, que se trata de un impuesto nacional.

3.3.2.6. De acuerdo con lo expuesto cabe señalar que, salvo lo previsto para el caso del impuesto consumo de cigarrillos y tabaco elaborado -de procedencia extranjera y en relación con el Distrito Capital-, los tres criterios coinciden en señalar que los recursos percibidos constituyen una fuente exógena de las entidades territoriales. Para la Corte es también procedente calificar así la fuente del impuesto de consumo de cigarrillos y tabaco elaborado de procedencia extranjera en relación con el distrito capital, si se tiene en cuenta que los criterios orgánicos y materiales se oponen a estimar que se trate de recursos propios. En efecto, conforme a la descripción que de la regulación de los impuestos se ha presentado la configuración del gravamen, no requiere la intervención de ninguna de las autoridades del Distrito Capital -criterio orgánico- y, adicionalmente, la obligación tributaria surge al momento de introducir los productos al país.

Así las cosas y atendiendo que se trata de un impuesto cedido por la Nación puede concluirse sin duda alguna que se trata de una fuente de naturaleza exógena.

3.3.3. Las anteriores consideraciones permiten señalar que el Congreso cuenta con un extendido margen de configuración para establecer las reglas aplicables al impuesto al consumo de productos extranjeros y, en esa medida, el control constitucional a cargo de esta Corporación debe desplegarse con menor intensidad, limitándose a establecer que la disposición demandada no desconozca de manera abierta una regla constitucional específica o no se revele claramente caprichosa o irrazonable, en los términos precisados por la jurisprudencia constitucional.

¹⁷ Este artículo fue modificado por el artículo 49 de la ley 788 de 2002.

¹⁸ Este artículo también fue objeto de ajustes en el artículo 50 de la ley 788 de 2002.

¹⁹ Cabe advertir que los artículos 210 y 211 fueron modificados, respectivamente, por el artículo 76 de la ley 1111 de 2006 y por el artículo 5 de la ley 1393 de 2010.

3.4. Inexistencia de violación de la autonomía de las entidades territoriales.

3.4.1. Debe la Corte preguntarse si la determinación incorporada en el artículo 224 de la ley 223 de 1995 constituye o no una regulación que afecte la autonomía de los departamentos y el Distrito Capital. Atendiendo que se trata de recursos provenientes de una fuente exógena la Corte debe identificar si el régimen establecido en esa disposición para el recaudo y administración del impuesto al consumo de productos extranjeros, persigue una finalidad constitucional importante que, a su vez, no desconozca los intereses de las entidades territoriales.

3.4.2. Esta consideración fue expuesta con claridad por la Corte Constitucional en la sentencia C-720 de 1999 en la que indicó lo siguiente:

"Las rentas cedidas anticipadamente a las entidades territoriales son rentas creadas en virtud de una decisión política del nivel central de gobierno que no constituyen, estrictu sensu, recursos propios de las entidades territoriales. En consecuencia, como fue explicado anteriormente (ver supra F.J. 10) el legislador puede intervenir en el proceso de asignación de las mencionadas rentas, mientras persiga un fin constitucionalmente importante directamente relacionado con los intereses propios de la entidad territorial beneficiada, y siempre que no afecte, de manera desproporcionada, la autonomía de las entidades territoriales en cuya jurisdicción se realiza el recaudo.

(...)

Procede la Corte a estudiar si la intervención del legislador en la destinación de un porcentaje del impuesto nacional de vehículos cedido en parte a los departamentos reúne los requisitos mencionados.

La disposición parcialmente demandada cede a los departamentos el 80% del total recaudado en la respectiva jurisdicción por concepto del impuesto nacional de vehículos. No obstante, señala que el 4% del porcentaje cedido debe ser girado al Corpes respectivo.

Como ha quedado establecido, la ley puede intervenir en la destinación de un porcentaje de las rentas cedidas anticipadamente a las entidades territoriales. No obstante, dado que dicha intervención restringe la autonomía de las entidades territoriales, sólo será admisible si persigue un objetivo constitucionalmente deseable, directamente vinculado a los genuinos intereses de la respectiva entidad territorial."²⁰

3.4.3. Al examinar la disposición demandada y considerando lo indicado por las diferentes intervenciones durante el proceso de constitucionalidad, para esta Corporación es claro que el régimen particular sobre el recaudo y distribución de los recursos a través del Fondo que se crea y se incorpora al presupuesto de la Federación Nacional de Departamentos, persigue un propósito constitucional relevante: pretende establecer un mecanismo eficiente de recaudo que evite -tal y como podría ocurrir atendiendo la complejidad de tal proceso- actividades de evasión en su pago, sin desconocer el derecho de las entidades territoriales a percibir los recursos del recaudo ni su empleo conforme con lo previsto en la ley.

3.4.4. Este propósito constituye una expresión del principio de eficiencia del sistema tributario. En efecto tal y como lo ha destacado la jurisprudencia constitucional "la imposición de medidas conducentes a controlar la evasión y la elusión incrementan la eficiencia del sistema tributario al tiempo que fomentan la equidad tributaria."²¹

3.4.5. Adicionalmente la Corte constata que el objetivo constitucional perseguido no desconoce los intereses de las entidades territoriales en tanto, de una parte, la disposición prevé la participación de los Gobernadores y del Alcalde del Distrito Capital en las determinaciones más importantes relativas a la administración de los

²⁰ Sentencia C-720 de 1999. En esa oportunidad, al establecer si la destinación de un porcentaje de los recursos provenientes del impuesto a vehículos -cedido a los departamentos- para el funcionamiento de Consejos Regionales de Planificación era constitucional, estableció que esa destinación (i) perseguía un propósito constitucional valioso en tanto a través de tales consejos se impulsaba la regionalización y los principios de concurrencia y coordinación y, adicionalmente, los beneficios de su funcionamiento se proyectaban sobre el departamento. Concibió la Corte señalando: "En síntesis, en acuerdo de la Corte resulta ajustada a la Carta la norma legal que destina un porcentaje de las rentas cedidas a las entidades territoriales para el cumplimiento de una finalidad constitucionalmente admisible cuando la intervención del legislador se muestra útil, necesaria y estrictamente proporcionada para el logro de intereses propios de la entidad territorial beneficiada."

²¹ Sentencia C-007 de 2002.

recursos y, de otra, porque los recursos deben ser transferidos por el Fondo de manera ágil a cada una de las entidades territoriales, de conformidad con las declaraciones que del impuesto hayan presentado los importadores o distribuidores ante los departamentos y el Distrito Capital²².

3.4.6. Es importante destacar que respecto de los intereses de los Departamentos y del Distrito Capital, en los artículos 199 y 221 de la referida ley 223 de 1995 se prevé que la fiscalización, liquidación oficial, cobro y recaudo del impuesto al consumo de que trata este Capítulo es de competencia de los Departamentos, y del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, competencia que se ejercerá a través de los órganos encargados de la administración fiscal. Cabe advertir, en todo caso, que los recursos administrados por el Fondo así como los rendimientos que de ellos se deriven, deben orientarse al cumplimiento de la finalidad que tienen los impuestos y, en esa medida, beneficiar directamente a las entidades territoriales.

3.4.7. Así las cosas, la Corte estima que la regulación contemplada en el artículo 224 de la ley 223 de 1995 se encuentra evidentemente amparada en el margen de acción reconocido al Legislador para regular la destinación y administración de recursos que provienen de una fuente exógena. Al margen de que pudieran existir otras alternativas para la administración o recaudo de los recursos que por concepto del impuesto al consumo de productos extranjeros se causan, la elección Legislativa no implica una afectación del ámbito de autonomía constitucionalmente conferido a las entidades territoriales, en tanto la actividad asignada a la Conferencia Nacional de Gobernadores -hoy Federación Nacional de Departamentos- no sustrae de tales entidades el ejercicio de una competencia propia²³. ...”.

Así es claro que dentro de la fuente de recursos que en nuestro caso nos ocupa, la exógena, se presenta cuando los recursos que la componen provienen de actividades externas, las cuales pueden ser identificadas con el criterio orgánico, para lo cual basta por identificar que es necesaria la intervención del legislador para el perfeccionamiento del respectivo régimen tributario, y el presupuesto al cual ingresa, si es del orden nacional o territorial, caso en el cual el legislador puede establecer su legislación, salvo aquellos casos que del orden superior se hubiera determinado.

22 El artículo 217 de la ley 223 de 1995 regula este procedimiento indicando lo siguiente: “Los dineros recaudados por concepto de los impuestos al Consumo de que trata este Capítulo depositados en el Fondo-Cuenta de Impuestos al Consumo de Productos Extranjeros se distribuirán y girarán, dentro de los primeros quince días calendario de cada mes, a los departamentos y al Distrito Capital, en la proporción que les corresponda, en proporción al consumo en cada uno de ellos. La proporción se determinará con base en la relación de declaraciones que del impuesto hayan presentado los importadores o distribuidores ante los departamentos y el Distrito Capital. Para tal efecto, el Secretario de Hacienda respectivo remitirá la Dirección Ejecutiva de la Conferencia Nacional de Gobernadores, dentro de los últimos cinco (5) días calendario de cada mes, una relación detallada de las declaraciones presentadas por los responsables, respecto de los productos importados introducidos en el mes al departamento o al Distrito Capital, según el caso.”

23 Es importante destacar que la disposición cuya constitucionalidad en esta oportunidad examina la Corte, se diferencia en aspectos sustantivos de aquella declarada inexecutable en la sentencia C-978 de 2010 y que disponía que la entidad que agremia nacionalmente a los municipios colombianos desarrollará, organizará y pondrá en funcionamiento el servicio de transporte aéreo medicalizado, al considerar que se trataba de una disposición que excluía a los municipios de la prestación de un servicio que se encontraba a su cargo obligándolos a asociarse - para esos efectos - a una única entidad. La Corte declaró la inexecutable de esta disposición. Las consideraciones expuestas en la sentencia permiten concluir que se trata de un precedente no aplicable al presente caso. Sostuvo esta Corporación: “La asignación a una entidad gremial de unas funciones que de conformidad con la Constitución (Arts. 356 y 357) y la ley (Ley 715 de 2001), corresponde a los municipios, quebranta el principio de autonomía territorial. Tal como quedó establecido en los fundamentos de esta decisión, corresponde a los municipios y distritos las funciones de *dirigir* el sector salud en el ámbito territorial, así como de efectuar el *aseguramiento*; para esto último debe celebrar contratos con las EPS-S, y realizar el seguimiento y control, directamente o por medio de interventorías. La norma acusada le traslada a la “entidad que agremia nacionalmente a los municipios” el desarrollo, organización y puesta en funcionamiento del servicio integral de transporte aéreo medicalizado, el cual de acuerdo con la regulación vigente es un componente del Plan Obligatorio de Salud –S (Art. 33 del Acuerdo 008/2009). De esta forma se despoja a los municipios y distritos de las funciones de dirección y aseguramiento en relación con un servicio que forma parte integral del Sistema de Seguridad Social en Salud, como es el transporte aéreo medicalizado. No existe ninguna razón que se encuentre amparada en consideraciones de necesidad de salvaguarda de intereses superiores que justifiquen este desplazamiento competencial a una entidad que no concurre a integrar el Sistema de Seguridad Social en Salud.” En la misma dirección se encuentra la decisión adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia C-979 de 2010 en la que se estudió la constitucionalidad de una norma que establecía que los municipios y distritos harían posible la prestación de los servicios de telemedicina a través de la entidad que los agremia nacionalmente. Este Tribunal advirtió que tal disposición constituía una violación de la autonomía de las entidades territoriales: “Si bien en el caso concreto, la entidad territorial no es despojada o desprovista de sus competencias, sí se limita el ejercicio de las potestades que se derivan de ellas, desconociendo por completo su capacidad de autogestión, de manera que no pueden por sí mismas hacer posible el servicio de telemedicina a través del libre ejercicio de sus competencias de dirección, coordinación y prestación del servicio de salud, sino que deben hacerlo por interpuesta persona, lo cual de hecho interfiere con su autonomía y, con la facultad inherente a ella, de establecer la necesidad de asociarse de acuerdo con sus capacidades técnicas y financieras. Es claro, que la condición que fija la norma en estudio afecta la capacidad de administración y disposición de los recursos en salud y, la capacidad para suscribir o no contratos. (...) Tampoco se está ante una imposición fundada en elementos racionalizadores que garanticen una mayor eficacia en el proceso de introducción de la telemedicina en el nivel local, pues la coordinación que aparece más coherente es la que se realiza de manera horizontal entre municipios y distritos a nivel local o de manera horizontal con la concurrence del departamento en virtud del principio de subsidiariedad y coordinación, de forma que, la condición señalada por la norma para el ejercicio de la telemedicina no encuentra un soporte constitucionalmente admisible.”

Debemos resaltar que la intervención de legislador en regular o intervenir en la destinación o administración de recursos provenientes de fuentes endógenas solo es admisible cuando busca una finalidad relevante e imperioso, y tal medida resulta adecuada, necesaria y proporcionada para alcanzar, en tal medida la intervención debe ser necesaria y coordinada con los fines de la intervención.

No debe perderse de vista que esta regulación o intervención debe tener sustento lógico y un desarrollo legal en cada caso, en consideración al bien superior que pretende cobijar con su decisión legal.

Es así como para el caso que nos ocupa es necesario entrar a determinar la evolución normativa que ha tenido este tipo de intervención en materia de juegos de suerte y azar, pues a pesar que la norma demanda pretende conjurar normas declaradas inexequibles nacidas a la vida jurídica bajo un aparente estado de emergencia social del sector salud, debemos determinar que estas normas ya estaban promulgadas, en donde el legislador a través de norma orgánica se había encargado de determinar las condiciones, requisitos, procedimientos, destino y participación de las entidades territoriales en este recurso exógeno que claramente es el derivado de la explotación de este tipo de actividad monopolística.

Especialmente, el tema de la naturaleza jurídica de los recursos obtenidos por la explotación de los juegos de suerte y azar fue clarificada ya por la Corte Constitucional en sentencia C - 119 de 2011, en donde determinó que éstos son exógenos, y al efecto manifestó:

"... Rentas endógenas y exógenas, régimen jurídico propio de los monopolios rentísticos, libertad de configuración del legislador y autonomía territorial.

23-La Corte ha diferenciado las fuentes de financiación con que cuentan las entidades territoriales y ha indicado que existen ciertos recursos que provienen de las transferencias de la Nación, o de la participación en ingresos del Estado, los cuales, por tener origen externo, son calificados como recursos de fuente exógena. Así mismo, ha señalado que existen otros dineros cuyo origen está en la jurisdicción de la respectiva entidad, en virtud de un esfuerzo propio, por decisión política de las autoridades locales o seccionales, o provenientes de la explotación de bienes que son de su propiedad exclusiva, todos ellos conocidos como recursos de fuente endógena[xxiv]. Esta distinción, como ya se señaló, cobra relevancia para efectos de determinar hasta qué punto el legislador y el gobierno pueden intervenir en la regulación, destinación y manejo de dichos recursos, sin afectar la autonomía territorial.

24-Esta Corporación ha señalado también que existen tres criterios a los cuales debe recurrir el intérprete para establecer si una fuente de financiación es endógena o exógena. El primero de ellos, el criterio formal, supone acudir al texto de la ley para identificar si ella indica expresamente cuál es la entidad titular de un tributo. El segundo, el criterio orgánico, consiste en la identificación del ente encargado de imponer la respectiva obligación tributaria. Por último, el criterio material estima que una fuente es endógena cuando las rentas que ingresan al patrimonio se recaudan integralmente en la jurisdicción y se destinan a sufragar gastos de la entidad territorial, sin que existan elementos sustantivos para considerar la renta como de carácter nacional. En caso de conflicto en la aplicación de estos criterios, la Corte ha indicado que debe preferirse lo sustancial sobre las manifestaciones meramente formales del legislador[xxv].

25-En este orden de ideas, surgen dos interrogantes estrechamente relacionados: con base en los anteriores criterios ¿es posible clasificar los dineros provenientes de los monopolios rentísticos de los juegos de suerte y azar como rentas endógenas o exógenas de los distritos y municipios?, o por el contrario ¿escapan a esa sistematización para constituir una categoría especial de renta?

Para responder los anteriores interrogantes, la Corte recuerda que la distinción entre fuentes endógenas y exógenas de las entidades territoriales, así como los criterios para su definición, han sido construidos por la jurisprudencia especialmente cuando se trata de recursos de naturaleza tributaria. Sin embargo, en principio nada se opone a que esa doctrina se pueda aplicar también a las rentas obtenidas en la explotación de monopolios, con el fin de determinar si una regulación legal de esos recursos afecta o no la autonomía territorial.

26-En tal contexto, una norma que adquiere relevancia es el artículo 362 de la Carta, según el cual "los bienes y rentas tributarias y no tributarias o provenientes de la explotación de monopolios de las entidades territoriales, son de su propiedad exclusiva y gozan de las mismas garantías que la propiedad y renta de los particulares". Esta disposición indica que existen monopolios que son propiedad de las entidades territoriales, y en tal caso, podría pensarse que las rentas que provengan de dichos monopolios representan recursos endógenos de dichas entidades.

Esta conclusión se ve reforzada por algunos elementos históricos del debate sobre estas rentas en la Asamblea Constituyente, especialmente en cuanto a los monopolios de licores, tradicionalmente on cabeza de los departamentos. Así, una revisión de las discusiones sobre este punto muestra que los Constituyentes variaron la destinación de esos recursos. Inicialmente esos dineros debían ser utilizados "exclusivamente" para los servicios de salud. Luego la Asamblea consideró que sólo debían destinarse "preferentemente" a esos servicios, y esa modificación fue incorporada en el inciso 5º del artículo 336 de la Carta. Una de las razones principales invocadas para ese cambio fue la idea de "no limitar, por la Constitución, la autonomía de los departamentos"[xxvii]. Los Constituyentes explicaron que la destinación preferente de las rentas de licores dejaba abierta la posibilidad a que las autoridades respectivas pudieran invertir en otras áreas, cuando se suplieran las necesidades básicas e insatisfechas[xxviii]. Esto sugiere entonces que para ciertos Constituyentes, algunos monopolios rentísticos, en especial aquellos de licores, constituían un recurso del cual eran titulares las entidades territoriales.

27-El análisis precedente sugiere que el actor tiene razón en que las rentas provenientes de los monopolios de juegos de suerte y azar representan recursos endógenos de las entidades territoriales. Así, de un lado, conforme a la Carta, es posible que existan monopolios rentísticos de propiedad de dichas entidades (CP art. 362). Y, de otro lado, el artículo 2 de la Ley 643 de 2001 establece explícitamente que los departamentos, los municipios y el Distrito Capital son los titulares de las rentas del monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar, con excepción de los dineros destinados a investigación en salud, los cuales pertenecen a la Nación. Además, los debates de esta ley sugieren igualmente que el Congreso deseó que esos monopolios fueran propiedad de las entidades territoriales. Así, al presentar el correspondiente proyecto, el Ministro de Hacienda señaló que éste "asigna expresamente la titularidad del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar a los departamentos, distritos y municipios, superando de forma definitiva una vieja controversia entre éstos y la Nación.[xxviii]"

Por consiguiente, conforme a un criterio formal, parecería que los ingresos provenientes del monopolio de juegos de suerte y azar constituyen recursos endógenos de esas entidades territoriales, frente a los cuales el poder de injerencia del Legislador se encuentra fuertemente limitado, en virtud del principio de autonomía territorial (CP arts 1 y 287).

28-Un estudio más detallado muestra que la anterior conclusión es sin embargo equivocada. Y es que no puede perderse de vista que, por expreso mandato constitucional (CP art. 336), la organización, control y explotación de los monopolios rentísticos está sometida a un "régimen propio", fijado por la ley. Esta disposición constitucional tiene varias implicaciones.

De un lado, la Constitución atribuye al Legislador la regulación general del régimen de estos monopolios. Esto significa que corresponde a una autoridad nacional, el

Congreso, establecer no sólo qué tipos de actividades constituyen o no monopolios rentísticos sino también el régimen jurídico que rige la organización, control y explotación de esas actividades.

En segundo término, el artículo 336 también establece que el Gobierno, que es autoridad nacional, deberá enajenar o liquidará las empresas monopolísticas del Estado cuando no cumplan los requisitos de eficiencia, en los términos que determine la ley.

Finalmente, ese mismo artículo indica que la ley debe señalar un "régimen propio" para esas actividades, expresión que no puede pasar inadvertida al intérprete. Ahora bien, esta Corte, en anterior ocasión, había señalado que por "régimen propio" debe entenderse una regulación de los monopolios rentísticos, que sea conveniente y apropiada, tomando en cuenta las características específicas de esas actividades[xxix], a lo cual debe agregarse la necesidad de tomar en consideración el destino de las rentas obtenidas, así como las demás previsiones y limitaciones constitucionalmente señaladas. En tales circunstancias, si el Legislador considera que lo más conveniente es atribuir la titularidad de esos monopolios a las entidades territoriales, entonces puede hacerlo. Pero igualmente puede el Congreso señalar que se trata de un recurso nacional, tal y como precisamente lo hicieron las Leyes 10 de 1990 y 100 de 1993, que declararon que eran arbitrio rentístico de la Nación "la explotación monopólica, en beneficio del sector salud, de las modalidades de juegos de suerte y azar diferentes de las loterías y apuestas permanentes existentes y de las rifas menores" (Ley 100 art. 285). Pero también podría el Congreso concluir que la regulación más adecuada de un monopolio rentístico implica un diseño de esas rentas que escape a la distinción entre recursos endógenos y exógenos; en tal evento, bien podría el Legislador adoptar un diseño de ese tipo, ya que dicha regulación constituiría el "régimen propio" que la Carta ordena establecer. En todo caso, no por ello puede afirmarse que para la adopción de ese régimen se requiera de una ley especial, pues la previsión constitucional solamente exige una regulación que compagine con la naturaleza de un determinado monopolio, más no de una ley de especial jerarquía. Así, nada en la Carta se opone a que la ley utilice en este campo un esquema similar al señalado en la Carta en materia de regalías (CP arts 360 y 361)[xxx], y confiera entonces a las entidades territoriales un derecho exclusivo a beneficiarse de ciertas rentas provenientes de monopolios rentísticos, pero conforme a las orientaciones establecidas por la propia ley o por otras autoridades nacionales.

29-Estos mandatos del artículo 336 muestran que la Carta ha establecido que, en principio, debe existir una regulación especial de alcance nacional de los monopolios rentísticos, sin perjuicio de que la propia ley, en desarrollo del principio autonómico (CP art. 1), pueda distribuir competencias y asignar funciones para la regulación de algunos aspectos de esas actividades a las entidades territoriales, tal y como esta Corte ya lo ha aceptado. En efecto, esta Corporación resaltó que la Carta establece la autonomía de las entidades territoriales y autoriza al Congreso a "conferir atribuciones especiales a las Asambleas departamentales" (CP art. 150), por lo cual es claro que el hecho de "que la ley fije el régimen propio de los monopolios rentísticos, no implica en manera alguna que no pueda delegar en las Asambleas aspectos como el relativo al valor de los sorteos de las loterías"[xxxii]. Sin embargo, esa posibilidad de que la ley pueda asignar a las entidades territoriales ciertos aspectos puntuales de la regulación de los monopolios rentísticos, no niega, sino que por el contrario confirma, que la Carta confinó al Legislador la responsabilidad esencial en el diseño del régimen propio que debe gobernar a los monopolios rentísticos, obviamente dentro del marco de los lineamientos establecidos por la Constitución, y en especial por el artículo 336 superior. Por ello ha dicho al respecto esta Corte:

"El tema de los monopolios rentísticos guarda, en el punto que se examina, cierta similitud con la facultad que se le reconoce a las entidades territoriales para imponer contribuciones, sujetándose en todo caso a los dictados de la ley que crea o que simplemente autoriza esas contribuciones; sujeción a los marcos legales que resguarda el principio de legalidad e indica, a la vez, que esas entidades territoriales pese a gozar de la aludida facultad carecen de la soberanía fiscal, situación que, mutatis mutandis, es predicable tratándose del monopolio que ahora se examina, debido a que la ley lo autoriza, correspondiéndole a los departamentos proveer a su aplicación concreta sólo en atención a la ley que los autoriza para monopolizar la producción del alcohol imponible, competencia ésta que no coloca los atributos propios de la soberanía en cabeza de los departamentos". [xxxii].

30-En tales circunstancias, la protección que el artículo 362 de la Carta confiere a las rentas de los monopolios de las entidades territoriales, cuando el legislador les atribuya la titularidad de algunas de ellas, recae sobre los recursos que efectivamente se obtienen. Esto significa que una vez han ingresado esos dineros al patrimonio de la entidad territorial, no podría la ley, salvo los casos excepcionales previstos por la propia Carta, despojar al departamento o al municipio respectivo de esos recursos para trasladarlos a la Nación. Pero eso no significa que esa renta proveniente de un monopolio de la entidad territorial escape a la regulación legal y sea de disposición plena por las entidades territoriales, pues no sólo corresponde a la ley fijar el régimen propio de dichos monopolios (CP art. 366) sino que, además, la propia Carta determina ciertos elementos de ese régimen. Pero es más: esos dineros, en la medida en que tienen la protección propia de la propiedad privada, quedan también sujetos a sus cargas y limitaciones, como lo prevé el artículo 58 de la Carta.

Finalmente, la Corte destaca que la atribución a una entidad territorial de una renta derivada de uno de estos monopolios no excluye el respeto al principio democrático y a la competencia funcional del Congreso, quien en determinado momento puede introducir modificaciones, restricciones, o incluso suprimir la titularidad de las rentas o de la explotación de aquellos, de manera análoga a como opera en el ámbito tributario. Y es que esta Corte tiene bien establecido que la protección constitucional de las rentas tributarias de las entidades territoriales, prevista por el artículo 362 superior, "no implica que la facultad de recaudar el mencionado tributo ingrese al patrimonio de la respectiva entidad y, por lo tanto, el Congreso quede inhabilitado para derogar o modificar el mencionado régimen legal"[xxxiii]. En tales circunstancias, si el Congreso puede derogar un tributo territorial, sin violar el artículo 362 de la Carta que protege las rentas tributarias de las entidades territoriales, es necesario concluir que, *mutatis mutandi*, también puede la ley suprimir un monopolio rentístico territorial o trasladarlo a la Nación, sin desconocer la protección constitucional de las rentas no tributarias prevista por esa mismo artículo constitucional. Un ejemplo de esta facultad se encuentra en el artículo 336 de la Carta, que ordena al Gobierno enajenar o liquidar empresas monopolísticas del Estado, cuando no cumplan los requisitos de eficiencia previstos en la ley, tal y como fue explicado por la Corte[xxxiv] con ocasión de una demanda presentada contra el artículo 14 de la ley 617 de 2000.

31-En síntesis, la Corte considera que, por tratarse de un régimen propio, la Constitución confiere al legislador una amplia facultad de regulación en materia de monopolios rentísticos, pudiendo ceder o no la titularidad de algunas rentas (o la explotación de monopolios) a las entidades territoriales, e imponer las limitaciones, condicionamientos o exigencias que estime necesarias, todo ello sin perjuicio de la facultad de estas últimas de disponer de los recursos obtenidos en la explotación de sus monopolios, y siempre y cuando se destinen a los fines para los cuales fueron previstos. Por ello, resulta erróneo afirmar que constitucionalmente las entidades territoriales gozan de amplia autonomía política y financiera en cuanto a la explotación de los monopolios rentísticos se refiere. Sobre el particular, en reciente sentencia, esta Corte indicó lo siguiente:

"En efecto, tratándose de recursos públicos, como ciertamente lo son los generados por las rentas monopolizadas, corresponde a la ley determinar dentro de un amplio margen de apreciación las modalidades y las características de las mismas cualquiera sea la forma de gestión que se adopte-directa, indirecta, mediante terceros-y señalar la mejor manera para la obtención de las rentas que propicien la adecuada prestación de servicios públicos que como los de salud están tan íntimamente relacionados con las necesidades insatisfechas de la población (C.P., arts. 1, 2 y 365)" [xxxv]

32-*Por todo lo anterior, la Corte considera que el actor yerra al afirmar que, en la medida en que la ley atribuyó la titularidad de las rentas del monopolio de los juegos de suerte y azar a los departamentos, municipios y el Distrito Capital, entonces esos dineros configuran un recurso endógeno de las entidades territoriales. En efecto, por las razones que se señalaron en los fundamentos anteriores de esta sentencia, debe entenderse que el artículo 2 de la Ley 643 de 2001 confiere a esas entidades territoriales un derecho a beneficiarse de esos recursos y una protección constitucional de los dineros una vez han sido recaudados y asignados (CP art. 362), pero en manera alguna les atribuye una competencia normativa para diseñar el régimen de explotación de esos monopolios, que corresponde al Legislador (CP art. 336), sin perjuicio de que éste pueda deferir ciertos aspectos de esta regulación en las entidades territoriales, como ya se explicó. Por ello, ese mismo artículo 2 de la Ley 643 de 2001 es cuidadoso en señalar que ese "monopolio rentístico de juegos de*

suerte y azar será ejercido de conformidad con lo dispuesto en la presente ley", lo cual confirma que no se trata de recursos endógenos de los cuáles puedan disponer libremente las entidades territoriales...."

De tal forma, queda zanjada la discusión sobre la naturaleza jurídica de los recursos provenientes de la explotación de los juegos de suerte y azar, en donde se determina que su destinación será limitada por el legislador, sin perjuicio de lo cual considero que esta discusión ahí no queda concluida, pues existen tres vías en que debe interpretarse la limitación referida, uno respecto de los titulares de los recursos, dos respecto del titular de la explotación, y tres, respecto del destino de los mismos.

No debe dejarse de lado analizar que para establecer el origen de los recursos debe previamente determinar y concordar la norma expedida en aquellas que han determinado la titularidad del recurso y el titular de la explotación, limitantes primarias del ejercicio monopolístico.

A estos aspectos debemos sumar el límite del legislador a regular impuestos para que a través de una ley ordinaria modifique una orgánica.

4.2. SUSTENTO DEL CARGO POR EXCESO DE LIMITE DE REGULACIÓN RESPECTO TITULAR, RECURSOS Y EXPLOTACIÓN DEL JUEGO DE SUERTE Y AZAR.

En nuestro caso tenemos que los recursos generados con ocasión de los juegos de suerte y azar están en titularidad de las entidades territoriales (municipio, distrito, departamentos) conforme al artículo 2º de la Ley 643 de 2001, lo que ha sido reiterado en la ley 1393 de 2010.

Por su parte, en lo atinente a la titularidad en la explotación el artículo 336 superior determinó que ésta le corresponde a las empresas del estado, en el entendido de aquellas creadas a nivel territorial para tal fin, en concordancia con el artículo 3º de la Ley 643 de 2001 (racionalidad económica en la operación), y cuando éstas sean ineficientes se cederá esta explotación a un tercero privado.

Es por ello que consideramos un argumento más de inexecutable de la norma demandada, pues ella determina en su primer inciso que los recursos derivados del juego de suerte y azar del juego novedoso de lotería instantánea y lotto preimpreso corresponderá a los departamentos y al distrito capital, con lo cual quedaron excluidos los entes del orden municipal y en especial como el caso de Manizales (municipio que cuenta con Lotería propia), regulando en contravía de lo determinado en la ley 643 de 2001, la que en su artículo 2º determinó que son titulares de estos recursos los departamentos, municipios y el distrito, con lo cual el legislador en la norma acusada no solo replico el destino del recurso sino que también modifico las entidades territoriales titulares de este derecho.

Otro tanto acontece con el inciso segundo de la norma demandada en donde se determina que la tercerización de la explotación de los juegos novedosos de la lotería instantánea y el lotto preimpreso corresponderá a la persona jurídica que seleccione la entidad que agremie a los departamentos del país, con lo cual entró a asignar al titularidad en la explotación de un juego de

suerte y azar a una entidad de segundo grado, la que no fue sujeto de tal reconocimiento a nivel superior, ni aún más en la norma orgánica que desarrollo el artículo constitucional, pues en estas normas se consagra, tal como hemos analizado, consagro la titularidad en la explotación de los juegos de suerte y azar a las entidades territoriales de primera grado en sus diferentes órdenes, y en ninguna manera autorizo o pretendió autorizar de manera indirecta esta explotación a una entidad territorial de segundo grado.

Claramente el artículo demandado dispone que la tercerización la otorga la agremiación de departamentos, excluyendo de tal suerte al distrito capital y a los municipios que el legislador previamente había determinado en ley orgánica como titulares del derecho de explotación.

Es más evidente la irregularidad del artículo referido pues desconoce que el artículo 336 superior, y la ley orgánica determinan que para poder tercerizar la explotación de cualquier juego de suerte y azar debe primero ser explotado por las entidades territoriales a través de las entidades creadas para tal fin, pues de manera directa determino que se otorgara la concesión sin seguir este paso preliminar, dejando de lado el derecho legal que consagró esta posibilidad.

En consecuencia, considero que la norma demandada desconoció la titularidad del derecho de explotación de los juegos de suerte y azar regulado en el artículo demandado, así como el privilegio constitucional que tiene las entidades territoriales de realizar la explotación del juego novedoso antes de su tercerización.

4.3. SUSTENTO DEL CARGO POR MODIFICACIÓN DE LEY ORGÁNICA A TRAVÉS DE UNA NORMA ORDINARIA.

Otro aspecto no menos importante en el análisis de este proceso tenemos que analizar, tal como ya ha sido referido, la ley 1393 de 2010 fue radicada, debatida en una sola legislatura y frente a la cual, tal como veremos, fue aprobada por la mayoría de los integrantes de cada cámara legislativa en una sola legislatura, trámite diferente al establecido para la aprobación de una ley orgánica, la que considero se presenta en la ley 643 de 2001 con base en los siguientes argumentos:

De manera originaria tenemos que el constituyente delego en el legislador la expedición de una norma en donde se regulara los aspectos pertinentes de los juegos de suerte y azar, bajo el cual se desarrollara el ejercicio de este monopolio rentístico, tal como lo dispuso el artículo 366 superior, competencia que fue desarrollada por el legislador a través de la Ley 643 de 2001, la que determino y fijo competencias y derechos a las entidades territoriales de los diferentes niveles, por lo cual consideramos que es orgánica, tal como lo dispone el artículo 150 superior, que dice:

ARTICULO 151. El Congreso expedirá leyes orgánicas a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa. Por medio de ellas se establecerán los reglamentos del Congreso y de cada una de las Cámaras, las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones y del plan general de desarrollo, y las relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales. Las leyes orgánicas requerirán, para su aprobación, la mayoría absoluta de los votos de los miembros de una y otra Cámara.

La Ley 643 de 2001 es orgánica en la medida que establece un recurso exógeno a los establecimientos públicos que hace parte integral de sus presupuestos anuales, y así mismo determinó la destinación de los mismos, los que por la constitución política y la misma norma están destinados a fortalecer los recursos de la salud, estableciéndose así una disposición normativa atinente a la ejecución del presupuesto con destinación específica, a más de establecer también competencias a las entidades territoriales de primer orden.

Al efecto es del caso analizar algunos pronunciamientos que al efecto ha proferido la Corte Constitucional, a saber:

- **Sentencia C – 283 de 1997.**

Al efecto manifestó:

"...La Corte considera que el artículo 151 de la Carta, al establecer que "el Congreso expedirá leyes orgánicas a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa", no determina que las normas de naturaleza orgánica adquieran, por ese hecho, rango constitucional. La regla que se deriva de la citada disposición sólo establece que toda norma legal que, por virtud de la Carta Política, deba sujetarse a una específica ley orgánica y no lo haga es inexecutable no porque viole las disposiciones de la ley orgánica sino en razón de que viola el artículo 151 de la Constitución Política. En consecuencia, siempre que una ley ordinaria vulnere normas de naturaleza orgánica, a las cuales, por virtud de la Constitución, deba sujetarse, quebranta el Estatuto Superior. Sin embargo, no es posible sostener que, en todos los casos en que una ley ordinaria se ajuste a los postulados de la ley orgánica, queda excluida la posibilidad de que vulnere las normas constitucionales. ..."

El hecho de que una ley ordinaria se ajuste, prima facie, a las disposiciones del Estatuto Orgánico del Presupuesto, no es un argumento definitivo a favor de la exequibilidad de aquella. En caso de que el juez de la Carta llegare a encontrar que la ley ordinaria quebranta las normas superiores deberá declarar su inexecutable, así ella se ciña a la ley orgánica...."

- **Sentencia C – 1246 de 2001.**

Al efecto dispone:

"... Sintetizando la jurisprudencia puede concluirse que las leyes orgánicas, dada su propia naturaleza, guardan rango superior frente a las demás leyes e imponen sujeciones a la actividad del Congreso, pero no alcanzan la categoría de normas constitucionales, pues solamente organizan aquello previamente constituido en la Carta Fundamental. Su importancia está reflejada en la posibilidad de condicionar la expedición de otras leyes al cumplimiento de ciertos fines y principios, a tal punto que llegan a convertirse en verdaderos límites al procedimiento legislativo ordinario y a la regla de mayoría simple, que usualmente gobierna la actividad legislativa...."

Una ley ordinaria no puede introducir una excepción a una regulación orgánica pues esa excepción implica obviamente una modificación de una ley orgánica. Por consiguiente, si el Congreso quiere introducir tales excepciones a la legislación orgánica, puede hacerlo, pero debe sujetarse a los requisitos y trámites propios de las leyes orgánicas...."

- **Sentencia C – 432 de 2000.**

En esta providencia, la Corte realizó un recuento jurisprudencial respecto de la ley orgánica, dentro de lo cual podemos resaltar:

"... La Corte ha estudiado este tema en varias oportunidades, y, por ello, ha desarrollado una jurisprudencia consolidada sobre esta clase de leyes, que consiste, básicamente, en señalar que si una norma desconoce los procedimientos y principios de una ley orgánica, tal desconocimiento puede acarrear su inconstitucionalidad. Algunas de las sentencias que pueden citarse contienen los siguientes criterios:

a) En la sentencia C-337 de 1993, la Corte estudió el concepto de ley orgánica. Señaló que si bien no es exactamente una norma constitucional, sí es de naturaleza jerárquica superior a las demás leyes, cuando se refieren al mismo contenido material. En lo pertinente, señaló esta sentencia:

"Desde luego una ley orgánica es de naturaleza jerárquica superior a las demás leyes que versen sobre el mismo contenido material, ya que éstas deben ajustarse a lo que organiza aquella. Pero, propiamente hablando, la ley orgánica no tiene el rango de norma constitucional, porque no está constituyendo sino organizando lo ya constituido por la norma de normas, que es, únicamente, el Estatuto Fundamental. La ley orgánica no es el primer fundamento jurídico, sino una pauta a seguir en determinadas materias preestablecidas, no por ella misma, sino por la Constitución. Así, la norma constitucional es creadora de situaciones jurídicas, sin tener carácter aplicativo sin ninguna juridicidad anterior, al paso que la ley orgánica sí aplica una norma superior -la constitucional- y crea, a la vez, condiciones a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa; ahora bien, la ley orgánica ocupa tanto desde el punto de vista material, como del formal un nivel superior respecto de las leyes que traten de la misma materia; es así como la Carta misma estatuye que el ejercicio de la actividad legislativa estará sujeto a lo establecido por las leyes orgánicas (art. 151)." (sentencia C-337 de 1993, M.P., doctor Vladimiro Naranjo Mesa) (se subraya)

b) La consecuencia del rango especial de esta clase de leyes, se refleja en que pueden condicionar la expedición de otras leyes al cumplimiento de sus procedimientos y principios. En la sentencia C-446 de 1996, la Corte señaló:

"El criterio adoptado por la Corporación permite concluir que la ley orgánica del presupuesto se encuentra dotada de la característica especial de poder condicionar la expedición de otras leyes sobre la materia a sus prescripciones, de modo tal que una vulneración o desconocimiento de los procedimientos y principios que en ella se consagran al momento de la expedición de las leyes presupuestales ordinarias, puede acarrear la inconstitucionalidad de éstas, debido al rango cuasi constitucional al que sus disposiciones han sido elevadas por voluntad expresa del Constituyente.

"La Constitución de 1991 fue más allá de la utilización tradicional de que la ley orgánica de presupuesto era objeto, ya que como se ha indicado en reiterados pronunciamientos[1], el artículo 352 Superior la ha convertido en instrumento matriz del sistema presupuestal colombiano al disponer que se someterán a ella todos los presupuestos: el Nacional, los de las entidades territoriales y los que elaboran los entes descentralizados de cualquier nivel. La ley orgánica regula entonces las diferentes fases del proceso presupuestal (programación, aprobación, modificación y ejecución) y constituye un elemento que organiza e integra el sistema legal que depende de ella." (sentencia C-446 de 1996, M.P., doctor Hernando Herrera Vergara) (se subraya)

c) Este mismo criterio se repitió en la sentencia C-423 de 1995, y se puso de presente que las leyes orgánicas son verdaderos límites procedimentales para el ejercicio del legislador. En lo pertinente dice la providencia:

"Las leyes orgánicas se constituyen en reglamentos que establecen límites procedimentales, para el ejercicio de la actividad legislativa, en el caso de las leyes ordinarias en general y en el de ciertas y determinadas leyes en especial; son normas de autoreferencia para quienes tienen la facultad de expedirlas y posteriormente desarrollar la materia de la cual tratan, a través de leyes ordinarias. Son normas intermedias entre las disposiciones del ordenamiento superior y las normas que desarrollan la materia que ellas regulan; sin embargo, ellas no se "incorporan al bloque de constitucionalidad", como lo afirma en su concepto el Director Nacional de Planeación, sino en los precisos casos en los que la misma Constitución lo disponga como requisito de trámite de las leyes." (sentencia C-423 de 1995, M.P., doctor Fabio Morón Díaz) (se subraya)

d) Finalmente, en reciente providencia de esta Corporación, sentencia C-894 de 1999, M.P., doctor Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte reiteró la jurisprudencia e hizo unas precisiones que se pueden resumir, para lo que interesa en este proceso, así:

- Debe realizarse un cuidadoso examen de las limitaciones contenidas en la ley orgánica, pues, "una interpretación laxa del ámbito reservado al legislador orgánico - o estatutario -, podría terminar por vaciar de competencia al legislador ordinario y restringir ostensiblemente el principio democrático."

- La duda en el caso de si una determinada materia tiene reserva de ley orgánica o no, debe resolverse a favor del legislador ordinario, por dos razones fundamentales: la cláusula general de competencia del legislador y por las limitaciones de las leyes orgánicas constituyen un límite al proceso democrático.

A la luz de los criterios expuestos en las sentencias citadas, se realizará el examen de la norma demandada...".

De tal suerte es claro que las norma orgánicas por su trámite y las materias que regula son de un mayor nivel que las ordinarias, y por lo mismo están sometidas a un procedimiento más exigente el momento de su aprobación por parte del legislador.

Así pues, las normas ordinarias no puede de manera alguna entrar a modificar los parámetros determinados por la ley orgánica, caso en el cual, tal como lo determino la jurisprudencia ya referida.

En el caso concreto debemos determinar que existe una clara diferencia de la norma orgánica, así:

Derecho	Ley 643 de 2001	Ley 1393 de 2010
Titularidad del derecho	Artículo 2°. Titularidad. <u>Los departamentos, el Distrito Capital y los municipios son titulares de las rentas del monopolio rentístico de todos los juegos de suerte y azar, salvo los recursos destinados a la investigación en áreas de la salud que pertenecen a la nación.</u>	Artículo 17. Derechos de explotación de lotería instantánea y lotto preimpreso. <u>Los derechos de explotación que provengan de la operación de los juegos lotería instantánea y lotto preimpreso, se destinarán a los departamentos y al Distrito Capital para la financiación de la unificación del plan obligatorio de salud del régimen subsidiado y contributivo.</u>
Titularidad de la explotación	Artículo 3°. Principios que rigen la explotación, organización, administración, operación, fiscalización y control de juegos de suerte y azar. La gestión de juegos de suerte y azar se realizará de acuerdo con los siguientes principios: ... c) Racionalidad económica en la operación. <u>La operación de juegos de suerte y azar se realizará por las entidades estatales, competentes, o por los particulares legalmente autorizados o por intermedio de sociedades organizadas como empresas especializadas, con arreglo a criterios de racionalidad económica y eficiencia administrativa que garanticen la rentabilidad y productividad necesarias para el cabal cumplimiento de la finalidad pública y social del monopolio. Los departamentos, el Distrito Capital de Bogotá y los municipios explotarán el monopolio por intermedio de la dependencia o entidad establecida para tal fin.</u> Artículo 6°. Operación directa. La operación directa es aquella que realizan los departamentos y el Distrito Capital, por intermedio de las empresas industriales y comerciales, sociedades	Artículo 17. Derechos de explotación de lotería instantánea y lotto preimpreso. <u>La explotación de estos juegos corresponde a los departamentos y al Distrito Capital, quienes harán la selección y la contratación del tercero operador a través de la entidad que agremie a los departamentos en el país</u>

	de economía mixta y sociedades de capital público establecidas en la presente ley para tal fin....	
--	--	--

Resulta entonces evidente y notorio que la norma ordinaria, que lo fue aprobada por la mayoría de los integrantes de cada una de las cámaras, tal como se prueba con las gacetas que se adjuntan a esta acción, no fue aprobada por la mayoría de sus integrantes como lo exige para el caso de las orgánicas, y por demás resulto modificando una norma orgánica, en cuanto modifico a los sujetos pasivos de los recursos provenientes de la explotación de los juegos de suerte y azar, pasando de ser todas a las entidades territoriales de todo nivel tan solo al departamental y el distrito capital.

Igualmente, se ha modificado el procedimiento en la explotación de los juegos de suerte y azar, pues la ley orgánica determinó que en primera medida la explotación se realizara por las entidades estatales, a contrario sensu en la ley ordinario se determinó que la explotación de algunos juegos novedosos, serían desarrollados directamente por un tercero, sin mediar el procedimiento previo de que las entidades territoriales lo explotaran.

Otro tanto se suma a la determinación de los sujetos activos de la actuación reguladora, pues la carta política así como la ley orgánica referida disponen que son sujetos titulares de derechos, recursos y explotación de juegos de suerte y azar a las entidades territoriales, es decir, los municipios, distrito capital y departamentos, entidades territoriales de primer grado, dejando así de lado el espacio u oportunidad legal para que entidades territoriales de otro orden o nivel puedan intervenir en esta actuaciones. Esta contrasta con las competencias funcionales y sustanciales que debe regir a las entidades territoriales de segundo nivel, las cuales, tal como ya lo analizaremos, solo puede desarrollar aquellas funciones que expresamente les confiera la ley, y en este caso tenemos que de manera alguna esto ha ocurrido, pues la ley orgánica así no lo determinó.

5. VULNERACIÓN DE LA NORMA SUPERIOR.

5.1. EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR.

- RESEÑA JURISPRUDENCIAL.

Varias son las normas proferidas por el legislador y que regulan varios aspectos sobre el arbitrio rentístico del estado sobre el desarrollo del monopolio del juego de suerte y azar, desde el rango constitucional hasta la norma demanda.

Como reseña histórica, podemos hacer referencia al estudio detallado que al respecto realizó la Corte Constitucional en sentencia C – 1070 de 2002, donde al respecto manifestó:

“... 3.1. El régimen de los juegos de suerte y azar bajo la prohibición de las llamadas loterías de carteles, y después de la Constitución de 1991. Determinación de la fecha de creación de este monopolio.

3.1.1. El análisis de la evolución histórica del régimen de los juegos de suerte y azar permite tener claridad acerca de las circunstancias bajo las cuales éste obtuvo reconocimiento en el ordenamiento jurídico y de las condiciones de su aplicación.

La Corte Constitucional se ha pronunciado ya sobre el particular. En efecto, en la Sentencia C-1114 de 2001 (M.P. Alvaro Tafur Galvis)[xviii], esta Corporación realizó un estudio histórico de la evolución normativa y jurisprudencial de las loterías y de las rifas. En esa ocasión, la Corte mostró que la prohibición a las llamadas loterías de carteles incluía todos los juegos de suerte y azar, salvo las excepciones consagradas en las leyes. Se dijo en aquella oportunidad:

Dentro de una visión evolutiva del régimen de las rifas, es pertinente señalar que de conformidad con el artículo 8° de la Ley 64 de 1923 se prohibió el juego de las llamadas loterías de carteles que se había autorizado mediante la Ley 98 de 1888. Esa lotería de carteles en sus características básicas corresponde a las rifas y se diferenciaba, desde su origen, de las loterías que la propia Ley 64 de 1923 definió como consistentes en juego en billetes fraccionados con premios en dinero y de carácter permanente, cuya explotación se atribuyó explícitamente a los departamentos.

Precisamente la Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia de 14 de noviembre de 1924, tuvo oportunidad de declarar la exequibilidad de la norma legal que prohibió el funcionamiento de las mencionadas loterías de carteles. Al respecto, siguiendo el concepto del Procurador General de la Nación que intervino en el respectivo proceso, expresó que "es indudable que el artículo 31 de la Constitución garantiza únicamente los derechos adquiridos con justo título, entendiendo por tales los que en último término se contraen al derecho de propiedad y como al demandante no le desconoce el artículo 8° acusado este derecho sobre alguna clase de bienes susceptibles de apropiación particular, carece de base la demanda en cuando al apoyo que invoca en el artículo 31 citado. Toda la cuestión se reduce al estudio de si es honesta la ocupación o ejercicio de la industria de carteles que afirma el demandante tiene en su establecimiento en la carrera 8 # 2-37, de modo que a ella pueda estar dedicado sin que sea dable al legislador impedirsele, ya que son los oficios, ocupaciones o las industrias honestas, las únicas que la constitución permite y garantiza".

Sobre el particular expresó la Corte: "[s]on inhonestos los juegos que llevan en sí mismo el engaño o que lo favorecen; que exigen o conducen a apuestas de dinero suficientes para causar la ruina de familias, que fomentan la holgazanería y distraen el trabajo. El de loterías de carteles que prohibió el legislador de mil novecientos veintitrés, es el de suerte y azar a que se dedican algunos en busca de ganancia, sujeto a contingencias que no dependen de su habilidad o destreza, porque conduce al fomento de centros perniciosos; en manera alguna el juego como distracción social, que es admitido hasta en los hogares más severos en punto a moralidad. Fue prohibida pues, esa clase de juegos, por las funestas consecuencias que engendra a los que a él se entregan como ocupación inhonesta."

En la Ley 19 de 1932 "por la cual se dan unas autorizaciones a las asambleas departamentales y a los municipios y se dictan otras disposiciones" se dispuso que desde la sanción de esa ley "ninguna rifa establecida o que se establezca en el país puede lanzar a la circulación ni tener ni vender billetes fraccionados ni repartir ningún premio en dinero en cualquier cantidad que sea ni podrá ser de carácter permanente" (Art. 3) y se asignó a los gobernadores la competencia de velar por el estricto cumplimiento de dicha disposición pudiendo imponer a los infractores multas iguales al valor total de dichas rifas previendo que el producto de tales multas ingresaría al fondo especial de la beneficencia del respectivo departamento.

La Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia de 24 de junio 1970 con ponencia del Magistrado Hernán Toro Agudelo, se pronunció sobre el citado artículo 3 de la Ley 19 de 1932 y consideró que:"(...) aún respecto a actividades esencialmente productivas puede el Estado señalar los campos precisos, restringiendo la libertad original de empresa y de iniciativa. Y más aún respecto a las que, como el juego, no son productivas en el sentido económico del término, pero que sí inciden en la aplicación o uso de los ingresos, por ejemplo sueldos y salarios, y por ende en los consumos objeto todos ellos de la protección y dirección del Estado conforme al artículo 32." "De la consideraciones que precoden pueden concluirse que las restricciones impuestas a las rifas por el artículo 3 de la Ley 19 de 1932, especialmente las que impiden el carácter regular o permanente de las mismas, encuentran claro apoyo en los artículos 32 y 39 de la Constitución, tanto como en el artículo 31 que fundamenta también las prohibiciones de premios en dinero y la

utilización de billetes fraccionables." "Debe concluirse, de lo expuesto, que el artículo 3 de la ley 19 de 1932, en lo que es objeto de la demanda o sea en las restricciones que impone en cuanto a las rifas, especialmente las prohibiciones de ofrecer premios en dinero, usar billetes fraccionables, y tener carácter permanente no sólo se ajusta precisamente a las normas constitucionales que se dicen infringidas sino que, además no quebranta otros preceptos de igual categoría."

3.1.2. Los juegos de suerte y azar, que habían sido prohibidos por la Ley 64 de 1923 y por la interpretación que de ella se hizo en la Sentencia de 14 de noviembre de 1924 de la Corte Suprema de Justicia, se convirtieron en una actividad lícita con la expedición de la Ley 10 de 1990. En efecto, su artículo 42 estableció "como arbitrio rentístico de la Nación la explotación monopólica, en beneficio del sector salud, de todas las modalidades de juegos de suerte y azar, diferentes de las loterías y las apuestas permanentes existentes"[xix].

Posteriormente, este monopolio encontró reconocimiento en el inciso 4° del artículo 336 de la Constitución de 1991, en el cual se señaló que "[l]as rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud".

3.1.3. Lo anterior muestra que hasta 1990, los juegos de suerte y azar constituyen, salvo las excepciones establecidas en las normas, una actividad ilícita. A partir de la expedición de la Ley 10 de 1990, dichos juegos obtuvieron reconocimiento jurídico pero fueron sujetos a un monopolio a favor del Estado...

.....
3.2.3.2. El artículo 42 de la Ley 10 de 1990 dispone: "Declárese como arbitrio rentístico de la Nación la explotación monopólica, en beneficio del sector salud, de todas las modalidades de juegos de suerte y azar, diferentes de las loterías y las apuestas permanentes existentes".

Se observa que el monopolio fue declarado sobre "todas las modalidades" de esta clase de actividades. La norma analizada utiliza así, un lenguaje notoriamente amplio e inclusivo, que abarca el juego de "esferódromo" que corresponde a una de esas "modalidades existentes". La Corte considera que son de suerte y azar aquellas modalidades de juegos en los que la mera casualidad es uno de los factores determinantes—sin perjuicio de que puedan tener incidencias otros, como la habilidad o el experticio— para la obtención de los resultados que se persiguen con cada una de las actividades que obedecen a esta categoría.

3.2.3.3. Además, es claro que el propósito del artículo 42 de la Ley 10 de 1990, al igual que el de artículo 285 de la Ley 100 de 1993 que lo modificó, era el de garantizar una fuente de recursos para el sector de la salud mediante un monopolio que cubriera todas las modalidades de juegos de suerte y azar. De esta manera, si se interpretase la norma en el sentido de que no son juegos de suerte y azar aquéllos que bajo las normas anteriores a la expedición de la Ley 10 de 1990 habían sido denominados con otra nomenclatura, la norma perdería prácticamente su razón de ser. En efecto, buena parte de las actividades de las que se compone el monopolio de suerte y azar en la actualidad son aquellos juegos que en la normatividad anterior a la expedición de la Ley 10 de 1990, estaban clasificados con un nombre diferente[xxiii]. Tal es el caso del juego de "esferódromo", que había sido clasificado como juego "de suerte y habilidad", a pesar de que el elemento aleatorio es claramente predominante en la configuración del resultado que se persigue.

De esta manera, es claro que la afectación del interés privado que se menciona en el fragmento recién citado, es del quienes ejercían actividades que, si bien habían sido clasificadas con nombres diferentes, correspondían a juegos de suerte y azar, y que por lo tanto habían sido incorporadas al monopolio recién creado. El juego de "esferódromo" es una de esas actividades.

3.2.3.4. En conclusión, la Corte encuentra que el artículo 42 de la Ley 10 de 1990 incorporó en el monopolio de juegos de suerte y azar todas aquellas actividades en las que quien participa busca ganar un premio en dinero o especie de acuerdo al resultado obtenido según factores que escapan al control de las personas y que se rigen principalmente por la mera casualidad, dentro de los cuales se encuentra el juego de "esferódromo".

...

El subdirector de la Dirección General de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público advierte, en respuesta a la solicitud de pruebas enviada por esta Corporación, que este criterio se encuentra contenido en el artículo 5° de la Ley 643 de 2001, en los siguientes términos: "Para los efectos de la presente ley, son de suerte y azar aquellos juegos en los cuales, según reglas predeterminadas por la ley y el reglamento, una persona, que actúa en calidad de jugador, realiza una apuesta o paga por el derecho a participar, a otra persona que actúa en calidad de operador, que le ofrece a cambio un premio, en dinero o en especie, el cual ganará si acierta, dados los resultados del juego, no siendo este previsible con certeza, por estar determinado por la suerte, el azar o la casualidad. Son de suerte y azar aquellos juegos en los cuales se participa sin pagar directamente por hacerlo, y que ofrecen como premio a quien acierte un bien o servicio.

Así pues, este artículo contiene los elementos que el legislador considera propios de los juegos de suerte y azar, a saber, que haya unas reglas predeterminadas por la ley y el reglamento; que haya una persona que actúa en calidad de jugador; que esta persona realice una apuesta o pague por el derecho a participar; que esta apuesta o pago sea recibida por otra, quien actúa en calidad de operador; que la persona que apuesta tenga la posibilidad de ganar o acertar, no siendo este resultado previsible con certeza, por estar determinado por la suerte, el azar o la casualidad; que, en tal circunstancia, el operador le ofrezca a cambio un premio, en dinero o en especie. Para el legislador, los juegos en los cuales se participa sin pagar y en los que se ofrece algún premio, también son de suerte y azar.

3.2.4.5. Así, el artículo 5° de la Ley 643 de 2001 define los juegos de suerte y azar como actividades en las cuales quienes participan buscan obtener un premio en caso de que consigan un resultado determinado que no es "previsible con certeza, por estar determinado por la suerte, el azar o la casualidad". En otras palabras, la definición del artículo 5° se fundamenta en aquello que no depende en forma principal de los comportamientos o de la habilidad de las personas.

...
3.2.5.3. En segundo lugar, la ley no prohíbe que los particulares realicen actividades propias del monopolio de suerte y azar sino que exige que lo hagan de acuerdo con los parámetros fijados en la ley propia del monopolio. Así lo puso de presente esta Corporación cuando analizó el diferente significado que tiene el concepto de monopolio desde la óptica económica y desde la jurídica: "Un monopolio es, desde el punto de vista económico, una situación en donde una empresa o individuo es el único oferente de un determinado producto o servicio[xxvii]; también puede configurarse cuando un solo actor controla la compra o distribución de un determinado bien o servicio. Por su parte, la Carta autoriza, excepcionalmente, el establecimiento de monopolios como arbitrios rentísticos (CP art. 336), en virtud de los cuales el Estado, se reserva la explotación de ciertas actividades económicas, no con el fin de excluirlas del mercado, sino para asegurar una fuente de ingresos que le permita atender sus obligaciones [xxviii].[xxix]...".

De esta suerte, tenemos que el actual régimen del monopolio de los juegos de suerte y azar hace referencia a los parámetros constitucionales y el desarrollo legal efectuado mediante la Ley 643 de 2001.

5.2. RÉGIMEN ACTUAL.

Dentro de las normas sustanciales que regulan los aspectos atinentes a los juegos de suerte y azar, podemos resaltar en su orden jerárquico las siguientes:

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA.

Al respecto la carta política determina:

ARTICULO 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.

Las rentas obtenidas en el ejercicio del monopolio de licores, estarán destinadas preferentemente a los servicios de salud y educación.

La evasión fiscal en materia de rentas provenientes de monopolios rentísticos será sancionada penalmente en los términos que establezca la ley.

El Gobierno enajenará o liquidará las empresas monopolísticas del Estado y otorgará a terceros el desarrollo de su actividad cuando no cumplan los requisitos de eficiencia, en los términos que determine la ley.

En cualquier caso se respetarán los derechos adquiridos por los trabajadores.

Especialmente la norma referida determinó que los juegos de suerte y azar son monopolios rentísticos de la nación, donde las rentas que esta actividad genera serán destinadas al servicio de la salud.

Se reconoce la potestad del Estado en explotar el referido juego monopolístico, y en caso de ineficiencia en su desarrollo esta actividad se otorgara a un tercero el desarrollo de su actividad, en los términos que determine la ley.

Especialmente se determina que la organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen legal propio que será fiado por iniciativa gubernamental.

- Ley 643 de 2001.

En seguimiento de la orden constitucional ya analizada, el legislador se ocupó de regular los aspectos sustanciales y de procedimiento del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, normatividad de la cual podemos resaltar los siguientes artículos:

Artículo 1°. Definición. El monopolio de que trata la presente ley se define 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 se debe ejercer como actividad que debe respetar 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. (Nota: Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1070 de 2002, en relación con los cargos analizados en la misma.).

Artículo 2°. Titularidad. Los departamentos, el Distrito Capital y los municipios son titulares de las rentas del monopolio rentístico de todos los juegos de suerte y azar, salvo los recursos destinados a la investigación en áreas de la salud que pertenecen a la nación.

El monopolio rentístico de juegos de suerte y azar será ejercido de conformidad con lo dispuesto en la presente ley. La explotación, organización y administración de toda modalidad de juego de suerte y azar estará sujeta a esta ley y a su reglamentación, expedida por el Gobierno Nacional, la cual es de obligatoria aplicación en todo el territorio del país, cualquiera sea el orden o nivel de gobierno al que pertenezca la dependencia o entidad administradora bajo la cual desarrolle la actividad el operador. La vigilancia será ejercida por intermedio de la Superintendencia Nacional de Salud.

Parágrafo. Los distritos especiales se regirán en materia de juegos de suerte y azar, por las normas previstas para los municipios y tendrán los mismos derechos. **(Nota: Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1191 de 2001, en relación con los cargos analizados en la misma.)**

Artículo 3°. Principios que rigen la explotación, organización, administración, operación, fiscalización y control de juegos de suerte y azar. La gestión de juegos de suerte y azar se realizará de acuerdo con los siguientes principios:

a) **Finalidad social prevalente.** Todo juego de suerte y azar debe contribuir eficazmente a la financiación del servicio público de salud, de sus obligaciones prestacionales y pensionales;

b) **Transparencia.** El ejercicio de la facultad monopolística se orientará a garantizar que la operación de los juegos de suerte y azar, esté exenta de fraudes, vicios o intervenciones tendientes a alterar la probabilidad de acertar, o a sustraerla del azar;

c) **Racionalidad económica en la operación.** La operación de juegos de suerte y azar se realizará por las entidades estatales competentes, o por los particulares legalmente autorizados o por intermedio de sociedades organizadas como empresas especializadas, con arreglo a criterios de racionalidad económica y eficiencia administrativa que garanticen la rentabilidad y productividad necesarias para el cabal cumplimiento de la finalidad pública y social del monopolio. Los departamentos, el Distrito Capital de Bogotá y los municipios explotarán el monopolio por intermedio de la dependencia o entidad establecida para tal fin;

d) **Vinculación de la renta a los servicios de salud.** Toda la actividad que se realice en ejercicio del monopolio, debe tener en cuenta que con ella se financian los servicios de salud y esa es la razón del monopolio. Dentro del concepto de Servicios de Salud se incluye la financiación de éstos, su pasivo pensional, prestacional y, los demás gastos vinculados a la investigación en áreas de la salud. Los recursos obtenidos por los departamentos, Distrito Capital de Bogotá y los municipios como producto del monopolio de juegos de suerte y azar, se deberán transferir directamente a los servicios de salud en la forma establecida en la presente ley y emplearse para contratar directamente con las empresas sociales del Estado o entidades públicas o privadas la prestación de los servicios de salud a la población vinculada, o para la afiliación de dicha población al régimen subsidiado. **(Nota: Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1191 de 2001, en relación con los cargos analizados en la misma.)**

e) **Literal adicionado por el Decreto 130 de 2010, artículo 16. (éste declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-332 de 2010.)** Conectividad y control. La operación de los juegos de suerte y azar deberá hacerse a través de condiciones que garanticen el control del Estado y el ejercicio del autocontrol por parte de los administradores y operadores del monopolio, y bajo parámetros electrónicos o de conectividad que contemplen el uso de herramientas actualizadas de máxima seguridad y alta tecnología.

f) **Literal adicionado por el Decreto 130 de 2010, artículo 16. (éste declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-332 de 2010.)** Control al juego ilegal. Es deber de los administradores, explotadores y operadores de los juegos de suerte y azar ejercer el control sobre la operación ilegal de juegos de suerte y azar, y adoptar todas las medidas que conduzcan a su identificación y eliminación.

Los apostadores que realicen apuestas o juegos no autorizados o ilegales, serán solidarios con el operador del juego ilegal en el pago de los derechos de explotación.

Artículo 5°. Definición de juegos de suerte y azar. Para los efectos de la presente ley, son de suerte y azar aquellos juegos en los cuales, según reglas predeterminadas por

la ley y el reglamento, una persona, que actúa en calidad de jugador, realiza una apuesta o paga por el derecho a participar, a otra persona que actúa en calidad de operador, que le ofrece a cambio un premio, en dinero o en especie, el cual ganará si acierta, dados los resultados del juego, no siendo este previsible con certeza, por estar determinado por la suerte, el azar o la casualidad.

Son de suerte y azar aquellos juegos en los cuales se participa sin pagar directamente por hacerlo, y que ofrecen como premio un bien o servicio, el cual obtendrá si se acierta o si se da la condición requerida para ganar.

Inciso 3° modificado por el Decreto 130 de 2010, artículo 20. (éste declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-332 de 2010.). Están excluidos del ámbito de esta ley los juegos de suerte y azar de carácter tradicional, familiar y escolar, que no sean objeto de explotación lucrativa por los jugadores o por terceros, las competiciones de puro pasatiempo o recreo, los sorteos promocionales que realicen para impulsar sus ventas los comerciantes, industriales o los operadores de juegos de suerte y azar, los sorteos de las beneficencias departamentales para desarrollar su objeto y los sorteos que efectúen directamente las sociedades de capitalización. La Comisión de Regulación de Juegos de Suerte y Azar establecerá las condiciones de operación, periodicidad, autorizaciones y garantías, de estos sorteos excluidos, a efectos de controlar su incidencia en la eficiencia y las rentas del monopolio.

Texto inicial del inciso 3°: "Están excluidos del ámbito de esta ley los juegos de suerte y azar de carácter tradicional, familiar y escolar, que no sean objeto de explotación lucrativa por los jugadores o por terceros, así como las competiciones de puro pasatiempo o recreo; también están excluidos los sorteos promocionales que realicen los operadores de juegos localizados, los comerciantes o los industriales para impulsar sus ventas, las rifas para el financiamiento del cuerpo de bomberos, los juegos promocionales de las beneficencias departamentales y los sorteos de las sociedades de capitalización que solo podrán ser realizados directamente por estas entidades." (Nota: La Sentencia C-169 de 2004 declaró executable el aparte resaltado y subrayado. Las expresiones señaladas con negrilla en este artículo fueron declaradas executibles por la Corte Constitucional en la Sentencia C-169 de 2004, Providencia confirmada por la Sentencia C-177 de 2004.).

En todo caso los premios promocionales deberán entregarse en un lapso no mayor a treinta (30) días calendario.

Los juegos deportivos y los de fuerza, habilidad o destreza se rigen por las normas que les son propias y por las policivas pertinentes. Las apuestas que se crucen respecto de los mismos se someten a las disposiciones de esta ley y de sus reglamentos.

Parágrafo. El contrato de juego de suerte y azar entre el apostador y el operador del juego es de adhesión, de naturaleza aleatoria, debidamente reglamentado, cuyo objeto envuelve la expectativa de ganancia o pérdida, dependiendo de la ocurrencia o no de un hecho incierto.

Para las apuestas permanentes los documentos de juego deberán ser presentados al operador para su cobro, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha del sorteo; si no son cancelados, dan lugar a acción judicial mediante el proceso verbal de menor y mayor cuantía, indicado en el capítulo primero del título XXIII del Código de Procedimiento Civil. El documento de juego tiene una caducidad judicial de seis (6) meses.

Nota, artículo 5°: Este artículo fue declarado executable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1191 de 2001, en relación con los cargos analizados en la misma.

Parágrafo 2º. Adicionado por el Decreto 130 de 2010, artículo 20. (éste declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-332 de 2010). Sin perjuicio del pago de los derechos que deben hacerse y de las acciones de policía que pueden ejercer las autoridades competentes, la realización de sorteos sin cumplir con las condiciones y términos que establezca la Comisión de Regulación de Juegos de Suerte y Azar, será considerada una práctica indebida y prohibida y dará lugar a sanción a las personas naturales y jurídicas, y a sus directivos y representantes legales, que incurran en esa práctica, equivalente a multa hasta de cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, consignados a favor del Fondo Anticorrupción del sector salud. Corresponde a la Superintendencia Nacional de Salud la vigilancia sobre esta medida, el adelantamiento del procedimiento administrativo sancionatorio y la imposición de la multa correspondiente.

*Artículo 6º. Operación directa. La operación directa es aquella que realizan los departamentos y el Distrito Capital, por intermedio de las empresas industriales y comerciales, **sociedades de economía mixta** y sociedades de capital público establecidas en la presente ley para tal fin. En este caso, la renta del monopolio está constituida por: (Nota: Las expresiones resaltadas en este artículo fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-316 de 2003).*

a) Un porcentaje de los ingresos brutos de cada juego, que deberán ser consignados en cuenta especial definida para tal fin, mientras se da la transferencia al sector de salud correspondiente en los términos definidos por esta ley; (Nota: Las expresiones señaladas con negrilla en este literal fueron declaradas executable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-316 de 2003, en relación con los cargos analizados en la misma.).

b) Los excedentes obtenidos en ejercicio de la operación de diferentes juegos, que no podrán ser inferiores a las establecidas como criterio mínimo de eficiencia en el marco de la presente ley. De no lograrse los resultados financieros mínimos, se deberá dar aplicación al séptimo inciso del artículo 336 de la Carta Política;

c) Para el caso de las loterías la renta será del doce por ciento (12%) de los ingresos brutos de cada juego, sin perjuicio de los excedentes contemplados en el literal anterior. (Nota: Las expresiones señaladas con negrilla en este literal fueron declaradas executable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-316 de 2003, en relación con los cargos analizados en la misma, aquellas subrayadas fueron declaradas executable en la Sentencia C-1191 de 2001, en relación con los cargos analizados en la misma, y executable todo el artículo en relación con los cargos analizados.).

Artículo 7º. Operación mediante terceros. La operación por intermedio de terceros 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. (Nota: La expresión señalada con negrilla en este inciso fue declarada executable por la Corte Constitucional en las Sentencias C-1191 de 2001 y C-031 de 2003, en relación con los cargos analizados en las mismas.).

La renta del monopolio está constituida por los derechos de explotación que por la operación de cada juego debe pagar el operador.

El término establecido en los contratos de concesión para la operación de juegos de suerte y azar no podrá ser inferior de tres (3) años ni exceder de cinco (5) años. (Nota: Las expresiones señaladas con negrilla en este inciso fueron declaradas executable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1191 de 2001, en relación con los cargos analizados en la misma.).

La concesión de juegos de suerte y azar se contratará siguiendo las normas generales de la contratación pública, con independencia de la naturaleza jurídica del órgano contratante.

Nota 1, artículo 7º: Este artículo fue reglamentado por el Decreto 2483 de 2003.

Nota 2, artículo 7º: Declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1191 de 2001, en relación con los cargos analizados en la misma.

Inciso adicionado por el Decreto 130 de 2010, artículo 9º. (éste declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-332 de 2010). Los explotadores y administradores de los juegos de suerte y azar deberán incluir en las condiciones de evaluación para la selección de los terceros operadores, criterios que contemplen beneficios para los vendedores y colocadores dependientes e independientes, tales como montos de comisiones, condiciones laborales y de protección y seguridad social, cuando la operación requiera de esos vendedores o colocadores. Corresponde a la Superintendencia Nacional de Salud, señalar las pautas generales que deben reunir estos criterios. (Nota: Ver Resolución 461 de 2010).

Artículo 50. Criterios de eficiencia. Las empresas industriales y comerciales, las sociedades de capital público administradoras u operadoras de juegos de suerte y azar (SCPD y Etesa) y los particulares que operen dichos juegos, serán evaluados con fundamento en los indicadores de gestión y eficiencia que establezca el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Salud, teniendo en cuenta los siguientes criterios:

- Ingresos.
- Rentabilidad.
- Gastos de administración y operación; y
- Transparencias efectivas a los servicios de salud.

Cuando una empresa industrial y comercial del Estado o Sociedad de Capital Público Departamental (SCPD), cuyo objeto sea la explotación de cualquier modalidad de juego de suerte y azar, presente pérdidas durante tres (3) años seguidos, se presume de pleno derecho que no es viable y deberá liquidarse o enajenarse la participación estatal en ella, sin perjuicio de la intervención a la que podrá someterla la Superintendencia Nacional de Salud, una vez que la evaluación de los indicadores de gestión y eficiencia previo concepto del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar.

Artículo 60. Exclusividad y prevalencia del régimen propio. Las disposiciones del régimen propio que contiene esta ley regulan general e integralmente la actividad monopolística y tienen prevalencia, en el campo específico de su regulación, sobre las demás leyes, sin perjuicio de la aplicación del régimen tributario vigente. 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.

Los juegos localizados autorizados que se encuentran funcionando no requerirán del concepto previo favorable del alcalde para continuar operando.

Sin embargo, deberán ajustarse a lo dispuesto por esta ley, sin modificar el plazo inicialmente contratado. Al finalizar el plazo de ejecución, el nuevo operador se seleccionará acorde con lo preceptuado en el artículo 33.

La legislación referida dispone que ella regula la forma en que se explotara, organizará, administrara, operara, controlara y demás actividades de vigilancia sobre todas las modalidades de juego de suerte y azar, determinando que la titularidad de los recursos generados por tal actividad será destinada al sector salud de las entidades territoriales, estableciendo igualmente unas reglas en su explotación, confiriendo la oportunidad

primigenia a las entidades estatales territoriales en desarrollar este tipo de actividades, lo que en la ley se denominó la operación directa.

Igualmente, conceptúa la tercerización en la explotación de los juegos de suerte y azar, determinando que este proceso de contratación debe surtir conforme a los parámetros de la Ley 80 de 1993, y celebrado entre el particular (concesionario) y la entidad territoriales (concedentes).

En seguimiento de la competencia primaria de las entidades territoriales en la explotación de los juegos de suerte y azar, el legislador determinó que ante su inviabilidad financiera (pérdidas durante 3 años seguidos), se presumirá que no es viable y deberá liquidarse, caso en el cual la explotación será asignada a un tercero, siguiendo la indicación que en tal sentido fijó la Carta Política, es decir, que en primera instancia las entidades territoriales tiene la posibilidad de realizar la explotación de cualquier tipo de juego de suerte y azar, y ante su fracaso le corresponderá otorgar tal actividad a un tercero.

En cuanto a la interpretación y alcances de esta norma, la Corte Constitucional en sentencia C - 1191 de 2001, manifestó:

“...La regulación de la contratación para la realización de rifas y juegos de azar, la autonomía territorial y la eficiencia.

51-El demandante acusa numerosos apartes de distintos artículos que regulan las formas y requisitos de contratación en este monopolio rentístico, pues considera que esa normatividad afecta la autonomía territorial y el principio de eficiencia, en la medida en que, según su parecer, esas regulaciones incrementan innecesariamente los costos, permiten apropiaciones privadas de esas rentas, y limitan la libertad de las entidades territoriales. Por ejemplo, argumenta el actor que el Legislador no puede señalar que los recursos de las entidades territoriales únicamente serán invertidos mediante la contratación con ciertas personas jurídicas, ya que ese mandato desconoce la autonomía de las entidades territoriales. Igualmente considera que la cesión a terceros de la operación de apuestas permanentes supone la generación de costos que podrían ser innecesarios. En ese mismo contexto, también señala que la obligación de entregar a terceros la operación de juegos novedosos, apuestas permanentes y rifas, permite que ellos se queden con una parte de la renta, disminuyendo así los recursos para la salud. Así mismo, observa que de obligarse a las entidades a contar con cuentas especiales definidas para cada juego (artículo 6º literal c y artículo 8º), que para el actor significa cada sorteo, ellas no podrían adelantar las operaciones para obtener renta alguna. Igualmente, considera una injerencia indebida la limitación impuesta en el artículo 7º de la ley, pues ella no puede restringir el periodo de los contratos de concesión ni de los juegos de apuestas permanentes (artículo 22), so pena de invadir el ámbito de la autonomía territorial.

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 6º). 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 7º 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. Así, la sentencia [C-110]8, MP Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra, señaló que “en la medida en que es la propia ley la que establece el monopolio, el legislador cuenta con un amplio margen de apreciación para el efecto, dentro de parámetros de razonabilidad y proporcionalidad”. Y, por su parte, la sentencia [C-111]4, MP Alvaro Tafur Galvis, destacó esa amplia libertad de configuración del Legislador en los siguientes términos:

“Bien habría podido el legislador, como lo ha hecho de tiempo atrás con otros juegos de suerte y azar, atribuir la gestión de las rifas a organismos estatales; no obstante ha señalado que sin perjuicio de la titularidad de la renta en cabeza de entidades públicas (entidades territoriales y una entidad nacional) la gestión de las rifas se efectúe siempre a través de terceros (particulares) en virtud de autorización de los organismos titulares. Es decir que los particulares sí pueden gestionar las rifas, pero en las condiciones que señale la ley, que lo será la de régimen propio de los juegos de suerte y azar conforme al inciso 3 del artículo 336 de la Constitución Política. No sobra reiterar al respecto que la gestión y explotación de dichos juegos no se ubica dentro del ámbito de la libertad económica y la iniciativa privada (Cfr. Sentencia C-291 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y que de todos modos, antes y después de la Ley 643 de 2001, la gestión de las rifas por los particulares ha estado sujeta al otorgamiento de autorizaciones que en su esencia son temporales, por parte de las autoridades competentes”.

En talos circunstancias, es claro que la ley, a quien corresponde en principio reglamentar los monopolios, puede establecer distintas modalidades de desarrollo de estas actividades. Esto además pone en evidencia que, lejos de vulnerar la autonomía territorial, las normas acusadas confieren a los entes territoriales un abanico de opciones para que, atendiendo los criterios que estimen pertinentes, de manera libre y voluntaria determinen cuál de esas modalidades prefieren. Por ello, esta Corporación considera que la imposición de algunos requisitos para la explotación directa de algunos juegos, como la conformación de ciertas empresas, no significa vulneración de la autonomía territorial, ni desconocimiento del principio de eficiencia, puesto que no sólo se trata de temas que corresponde regular al Congreso, sino que, además, la propia ley señala los criterios de eficiencia a los cuales están sujetas estas empresas y que condicionan su viabilidad (artículos 50 y 51). Y frente a la operatividad de los juegos de suerte y azar mediante terceros, es la propia Constitución la que autoriza a los particulares su ejercicio, no solo en forma genérica, como derivado de la libertad de empresa (CP art. 333), sino, además, de manera especial en la práctica monopolística del Estado (CP art. 336). En todo caso, resulta claro que la titularidad de la práctica se mantiene en cabeza del Estado, quien por intermedio de la ley faculta a las entidades territoriales para adoptar o no esta modalidad de explotación.

54-Por todo lo anterior, la Corte considera que no es de recibo el argumento del demandante, según el cual la ley no podía establecer condicionamientos contractuales ni procedimientos específicos, sino simplemente garantizar la estabilidad macroeconómica y la destinación específica de las rentas al sector salud, pues de lo contrario vulneraría la autonomía territorial. En efecto, como ya se precisó en esta sentencia, las entidades territoriales tienen derecho a disfrutar las rentas obtenidas por la explotación de los monopolios de suerte y azar, pero esas entidades tienen que ajustarse a los lineamientos del legislador por cuanto estableció el régimen propio de los monopolios y, en particular, deberán destinarlas a los servicios de salud de conformidad con las orientaciones establecidas en la ley. Pues bien, aún cuando la ley establece algunas restricciones, que en principio parecerían limitar la autonomía, lo cierto es que éstas tan solo constituyen parámetros generales que aseguran la utilización efectiva de los recursos, pero dejan en manos de las entidades la posibilidad de acudir a diferentes esquemas de contratación, que armonizan con el resto del ordenamiento, especialmente con la ley 80 de 1993. De cualquier manera, cuando la ley refiere que deberá contratarse directamente con ciertas entidades, no significa que puedan excluirse los principios

de transparencia, economía y selección objetiva, ni desatenderse los principios orientadores de la función administrativa (CP art. 209)...".

Reitera la Corte algunos planteamientos jurisprudenciales anteriores, y reitera la orden constitucional que dispone que la titularidad en la explotación de los juegos de suerte y azar se mantiene en el Estado, quien por intermedio de la ley faculta a las entidades territoriales de primer orden para adoptar esta modalidad de explotación.

5.3. CAUSALES DE VULNERACIÓN.

De manera concordante con lo analizado en este acápite debemos determinar las razones por las cuales consideramos que el artículo demandado vulnera las normas superiores en que debe fundarse, así:

5.3.1. TITULARIDAD DE LOS RECURSOS DERIVADOS DE LA EXPLOTACIÓN DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR.

Tal como ya ha sido analizado a en esta acción considero que la norma demandada vulnera la carta política y la norma superior, en la medida que modificó mediante una ley ordinaria la reglamentación proferida por el legislador mediante una ley orgánica en donde se había determinado que los recursos exógenos derivados de la explotación de cualquier juego de suerte y azar entrarían directamente al presupuesto del sistema de salud de las entidades territoriales de todo nivel, y a contrario sensu, la ley orgánica determinó que en el juego novedoso de lotería instantánea y lotto pre impreso estos recursos solo integrarían las arcas de la salud en los departamentos y el distrito capital, excluyendo de tal suerte a los municipios que ya se les había asignado tal derecho.

5.3.2. TITULARIDAD DE LA EXPLOTACIÓN – TERCERIZACIÓN.

Otro aspecto relevante que debe determinarse consiste en los pasos que deben seguirse en la explotación de los juegos de suerte y azar, por parte de la carta política y de la ley orgánica es otorga la posibilidad a las entidades territoriales para que de manera primigenia y prevalente exploten estos juegos, y en caso de ser ineficiente su prestación sean concedidos a explotación de un tercero.

Este derecho fue borrado de tajo para el caso de la lotería instantánea y el lotto preimpreso, en donde se le otorgó la posibilidad de ser explotado por un tercero sin mediar el procedimiento previo de explotación por parte de las entidades territoriales.

5.3.3. ASIGNACIÓN DE FUNCIONES A ENTIDAD TERRITORIAL DE SEGUNDO GRADO.

Tal como veremos en este escrito, la jurisprudencia ha reconocido la existencia de entidades territoriales de segundo nivel, las que son creadas a su vez por aquellas de primer nivel o por entidades territoriales, las que no obstante ser de derecho privado pueden ser merecedoras de asignación de funciones públicas y la celebración de contratos estatales. Sin embargo, este tipo de entes están sujetos a las competencias que expresamente le

asigne la ley, la que en nuestro caso, la ley ordinaria, les asigno la competencia para conferir la explotación de los juegos de la lotería instantánea y el lotto preimpreso a un tercero.

Este tipo de asignación de competencias excede la reglamentación que en esta materia cuenta el legislador, la cual debe estar enmarcada dentro de la carta política y de la ley orgánica que regula la materia, la que en ningún momento determino como sujeto activo o pasivo de los juegos de suerte y azar a las entidades territoriales de segundo nivel.

De tal suerte, no podía la ley ordinaria hacer extensiva un derecho reconocido a un ente territorial de primer nivel a uno de segundo nivel, cuando la norma principal no lo determinó o lo permitió así.

6. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 241 de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para decidir sobre la demanda de inconstitucionalidad que se formula contra el artículo 17 de la Ley 1393 de 2010.

7. DE LA PETICIÓN.

Conforme al análisis realizado en esta acción de tutela, me permito elevar como pretensión la siguiente:

PRIMERA: Se declare INEXEQUIBLE el artículo artículo 17 de la Ley 1393 de 2010, conforme a los argumentos expuestos en la parte motiva de esta acción.

8. ANEXOS.

De manera adjunta a la presente acción de tutela, me permito allegar los documentos referidos en el acápite de pruebas, adjuntos en CD.

9. NOTIFICACIONES

El suscrito podrá ser notificado en el email: gerencia@asesoriaelectoral-ae.us.

Del H. Magistrado Ponente,


JOSE ALFREDO SALAMANCA AVILA

C.C. 7.171.233 de Tunja