

Bogotá D.C.

Doctora

LUZ MARY CÁRDENAS HERRERA

Gerente General

Lotería de Bogotá

NIT: 899999270

Carrera 32 A No. 26-14

luz.cardenas@loteriadebogota.com

Bogotá, D.C.

CONCEPTO

Referencia	2020ER63469
Descriptor general	Monopolio rentístico
Descriptores especiales	Destinación de los recursos de sanciones por evasión de los derechos de explotación
Problema jurídico	<i>¿Cuál es la destinación de los recursos recaudados por multas y sanciones impuestas por la operación ilegal de juegos de suerte y azar?</i>
Fuentes formales	Constitución Política, artículo 336. Ley 643 de 2001, artículos 1, 3, 7, 8, 41, 43 y 44. Ley 489 de 1998, artículo 85. Acuerdo Distrital 257 de 2006, artículo 61. Decreto Distrital 407 de 1974. Acuerdo 01 de 2007, Junta Directiva Lotería de Bogotá. Corte Constitucional. Sentencias T-146 de 1993, C-710 de 2001, C-181 de 2002, C-169 de 2004, C-762 de 2009 y Sentencia C-699 de 2015. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 27 de octubre de 2005. Rad. No. 1686.

IDENTIFICACIÓN DE LA CONSULTA

La entidad consultante solicita concepto jurídico sobre si el recaudo por concepto de multas y sanciones impuestas por la operación ilegal o sin autorización de juegos de suerte y azar, a través de procesos sancionatorios, son recursos que pueden ingresar al patrimonio de la entidad, o si éstos deben ser transferidos para financiar los servicios de salud.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, según se expone en la consulta, en el ejercicio de la potestad sancionatoria de que trata el artículo 44 de la Ley 643 de 2001, modificado por el artículo 20 de la Ley 1393 de 2010, la Lotería de Bogotá con ocasión de denuncias o de oficio, adelanta procesos sancionatorios administrativos contra las personas naturales o jurídicas que operan sin autorización juegos de suerte y azar de su competencia, bajo el marco jurídico de la Ley 1437 de 2011 y del régimen propio,

www.haciendabogota.gov.co

Carrera 30 N°. 25 - 90

PBX: (571) 338 5000 - Información: Línea 195

NIT 899.999.061-9

Bogotá, D.C. - Colombia Código Postal 111311



SECRETARÍA DE
HACIENDA

sin que exista una norma que señale la destinación de los recursos obtenidos por este concepto.

Al respecto, se precisa que es función de la Dirección Jurídica de la Secretaría Distrital de Hacienda establecer las directrices para fomentar la unidad doctrinal en la aplicación e interpretación de normas relacionadas con la Hacienda Pública, teniendo en cuenta el ordenamiento jurídico vigente, de conformidad con lo establecido en los artículos 69 y 72 del Decreto Distrital 601 de 2014.

Por esta razón, le corresponde absolver consultas, emitir conceptos jurídicos y prestar asistencia jurídica en asuntos relacionados con temas de tesorería, presupuesto, tributos, contabilidad, crédito público, cobro, contratación, entre otros.

Por lo anterior, esta Dirección es competente para pronunciarse sobre el objeto de consulta.

CONSIDERACIONES

Para resolver la inquietud planteada se abordarán los siguientes temas:

1) Destinación de las rentas del monopolio de los juegos de suerte y azar; 2) Derechos de explotación por la operación de juegos de suerte y azar a través de terceros; 3) Destinación de los recursos provenientes de liquidaciones y sanciones de aforo por la operación de juegos de suerte y azar; 4) Naturaleza, patrimonio y facultades de fiscalización de la Lotería de Bogotá; y 5) Clasificación de los ingresos derivados del pago de sanciones pecuniarias.

1. Destinación de las rentas del monopolio de los juegos de suerte y azar

El artículo 336 de la Constitución Política establece que las rentas obtenidas por el ejercicio de los monopolios de juegos de suerte y azar están destinadas exclusivamente a la salud:

*“**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. (...) (Resaltado por fuera de texto)

Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado precisó que esta norma constitucional concibe las siguientes características frente al monopolio de los juegos de suerte y azar:

“1) Se admite su implantación como un arbitrio rentístico, esto es, como una fuente de recursos económicos, con una finalidad de interés público o social.

2) Los distintos aspectos de su administración, control y operación deben estar regulados por una ley específica, de iniciativa gubernamental, que les establece un régimen propio.

3) Las rentas obtenidas por este monopolio están destinadas, de manera exclusiva, a los servicios de salud.”¹

En cuanto a la finalidad, creación, organización y funcionamiento de los monopolios, la Corte Constitucional ha señalado que la competencia regulativa corresponde exclusivamente al legislador:

“Esta Corporación ha entendido que solo podrá establecerse un monopolio con el propósito de generar rentas para una entidad del Estado, para fines de interés público o social; así las cosas, se excluye la posibilidad de que los particulares exploten por cuenta propia la actividad sobre la cual recae el monopolio. Entonces, “por un lado de la actividad monopolizada quedan excluidos los particulares, por otro, el monopolio que se establezca por la ley solo puede obrar a favor del Estado sin que resulte posible de acuerdo con la Constitución, el establecimiento de monopolios legales a favor de particulares.

(...) En ese sentido entonces, a partir de las formulaciones constitucionales corresponderá con exclusividad al legislador no solo el establecimiento de un específico arbitrio rentístico con carácter monopolístico con fines de interés social o público sino también la determinación de las reglas a las que debe sujetarse el Estado en el recaudo, manejo, administración de las respectivas rentas. Por ello debe la Corte reiterar, que la Constitución de manera directa no crea los arbitrios rentísticos monopolísticos sino que señala las reglas básicas que ha de atender el legislador para crear en cada caso el monopolio rentístico y, según sean las características del mismo, sujetarlo a las finalidades y condiciones básicas que señala la Constitución.

¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 27 de octubre de 2005. Rad. No. 1686.

(...)La Constitución no crea directamente de manera específica los monopolios rentísticos sino que deja al legislador la creación de los mismos, además del señalamiento del régimen propio a que se refiere el inciso tercero del mismo artículo 336 y que comprende la organización, administración, control y explotación de los monopolios.”²

Y en particular, en relación con el monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar, la jurisprudencia Constitucional precisó:

“La Constitución prevé que constituido un monopolio de suerte y azar, las rentas que se obtengan en ejercicio del mismo, estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud. Pero la creación corresponde con exclusividad a la ley y al legislador asiste un margen de apreciación para determinar qué características específicas deben tener las actividades de suerte y azar que considera deben formar parte del monopolio. Y en esa potestad de determinación va ínsita la potestad de exclusión de las actividades que considere no deben formar parte del monopolio rentístico destinado a los servicios de salud.”³

En este marco constitucional, la Ley 643 de 2001 define el monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar, 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.”⁴** (Resaltado fuera de texto)

Asimismo, frente a su titularidad y finalidad, determina que los departamentos, el Distrito Capital y los municipios son titulares de las rentas de este monopolio, salvo los recursos destinados a la investigación en áreas de la salud, que pertenecen a la Nación, y que tiene una finalidad social prevalente, según se establece por el artículo 3 de la referida norma:

“ARTICULO 3o. 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:

² Corte Constitucional. Sentencia C-169 de 2004, M.P. Alvaro Tafur Galvis.

³ Idem.

⁴ Artículo 1, Ley 643 de 2001.

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.” (Resaltado fuera de texto)

2. Derechos de explotación por la operación de juegos de suerte y azar a través de terceros

El artículo 7 de la Ley 643 de 2001 estipuló que la operación de juegos de suerte y azar por intermedio de terceros es aquella que realizan personas jurídicas, en virtud de autorización, mediante contratos de concesión o contratación en los 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.

De igual manera, el citado artículo dispone que la renta del monopolio está constituida por los derechos de explotación que por la operación de cada juego debe pagar el operador.

En desarrollo de lo anterior, a través del artículo 8 de la misma Ley, se estableció:

“ARTICULO 8o. DERECHOS DE EXPLOTACION. *En aquellos casos en que los juegos de suerte y azar se operen por medio de terceros, mediante contrato de concesión o por autorización, la dependencia o entidad autorizada para la administración del respectivo juego del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, percibirá a título de derechos de explotación, un porcentaje de los ingresos brutos de cada juego, salvo las excepciones que consagre la presente ley. (...)*”

3. Destinación de los recursos provenientes de liquidaciones y sanciones de aforo por la operación de juegos de suerte y azar

La Ley 643 de 2001, por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, establece respecto de las empresas, sociedades o entidades públicas administradoras del monopolio de juegos de suerte y azar, en sus artículos 41, 43 y 44:

“Artículo 41. Liquidación, Declaración y Pago de los Derechos de Explotación. *Sin perjuicio del anticipo, los concesionarios y los autorizados para operar juegos de suerte y azar tendrán la obligación de liquidar, declarar y pagar los derechos de explotación mensualmente ante la entidad competente para la administración del respectivo juego del monopolio o las autoridades departamentales, distritales o municipales, según el caso.*

La declaración y el pago deberán realizarse dentro de los primeros diez (10) días hábiles del mes siguiente a su recaudo, y contendrá la liquidación de los derechos de explotación causados en el mes inmediatamente anterior.

La declaración se presentará en los formularios que para el efecto determine el reglamento, expedido por el Gobierno Nacional.

<Inciso adicionado por el artículo 16 de la Ley 1430 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:> Las declaraciones de derechos de explotación y gastos de administración de los juegos de suerte y azar presentadas sin pago total, no producirán efecto legal alguno, sin necesidad de acto administrativo que así lo declare.”

“Artículo 43. Facultades de Fiscalización sobre Derechos de Explotación. Las empresas, sociedades o entidades públicas administradoras del monopolio de juegos de suerte y azar tienen amplias facultades de fiscalización para asegurar el efectivo cumplimiento de las obligaciones a cargo de los concesionarios o destinatarios de autorizaciones para operar juegos de suerte y azar. Para tal efecto podrán:

a) Verificar la exactitud de las liquidaciones de los derechos de explotación presentadas por los concesionarios o autorizados;

b) Adelantar las investigaciones que estimen convenientes para establecer la ocurrencia de hechos u omisiones que causen evasión de los derechos de explotación;

c) Citar o requerir a los concesionarios o autorizados para que rindan informes o contesten interrogatorios;

d) Exigir del concesionario, autorizado, o de terceros, la presentación de documentos que registren sus operaciones. Todos están obligados a llevar libros de contabilidad;

e) Ordenar la exhibición y examen parcial de libros, comprobantes y documentos, tanto del concesionario o autorizado, como de terceros, legalmente obligados a llevar contabilidad;

f) Efectuar todas las diligencias necesarias para la correcta fiscalización y oportuna liquidación y pago de los derechos de explotación.”

“Artículo 44. Sanciones por Evasión de los Derechos de Explotación. <Artículo modificado por el artículo 20 de la Ley 1393 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:>

<Inciso derogado por el artículo 25 del Decreto 4142 de 2011>

a) Cuando detecten personas operando juegos de suerte y azar sin ser concesionarios o autorizados o siendo concesionarios o autorizados que operen elementos de juego no autorizados, podrá cerrar los establecimientos, decomisar los elementos de juego y deberá poner los hechos en conocimiento de la autoridad penal competente.

En estos casos, para los juegos localizados o similares, a los responsables se les proferirá sanción de multa equivalente a ochenta (80) salarios mínimos legales mensuales vigentes por cada máquina tragamonedas; el equivalente a ciento cuarenta (140) salarios mínimos legales mensuales vigentes por cada mesa de casino; el equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente por cada silla de bingo, sin que en ningún caso sea inferior al equivalente a 50 sillas si se encuentra operando en municipios de hasta 50.000 habitantes, a 100 sillas si se encuentra operando en municipios de más de 50.000 y menos de 100.000 habitantes y al equivalente a 200 sillas si es en municipios de 100.000 o más habitantes y para los juegos de suerte y azar, distintos a los localizados, cuya operación se haga por autorización, la sanción será de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes; y para los juegos de suerte y azar, distintos a los localizados, cuya operación se haga directamente o por contrato de concesión, la sanción será de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por cada establecimiento, punto de venta, expendio o vendedor.

Las personas a quienes se denuncie por la operación ilegal de juegos de suerte y azar podrán ser suspendidas en el ejercicio de la actividad mientras se adelanta la respectiva investigación.

La sanción de multa conlleva una inhabilidad para operar juegos de suerte y azar durante los cinco (5) años siguientes a la imposición de la sanción.

b) Cuando detecten que los concesionarios o personas autorizadas no declaren los derechos de explotación en el período respectivo, proferirán, sin perjuicio de la suspensión definitiva del juego, liquidación de aforo por los derechos de explotación no declarados e impondrá sanción de aforo equivalente al doscientos por ciento (200%) de los derechos de explotación causados por el período no declarado.

c) Cuando detecten que los concesionarios o personas autorizadas omiten o incluyen información en su liquidación privada de los derechos de explotación de las cuales se origine el pago de un menor valor por concepto de los mismos, proferirá liquidación de revisión y en la misma impondrá sanción por inexactitud equivalente al ciento sesenta por ciento (160%) de la diferencia entre el saldo a pagar determinado por la administración y el declarado por el concesionario o autorizado.

El término para proferir las liquidaciones y las sanciones de que trata el literal c), será de dos (2) años contados a partir del momento de presentación de las declaraciones. El término para proferir las liquidaciones y las sanciones de que tratan los literales a) y b) será de dos (2) años contados a partir del momento de conocimiento de los hechos por parte de la respectiva autoridad de fiscalización.

Las sanciones a que se refiere el presente artículo se impondrán sin perjuicio de cobro de las multas o la indemnización contemplada en la cláusula pena pecuniaria pactada en los contratos de concesión, cuando a ello hubiere lugar, y sin perjuicio del pago total de los derechos de explotación adeudados.

Parágrafo. *El cierre del establecimiento y el decomiso de que trata este artículo, son sanciones que se impondrán, previo el agotamiento del siguiente procedimiento. Si en la diligencia de verificación no se acredita la autorización en la operación o en los elementos de juego se procede a levantar el Acta de Hechos que se notificará personalmente a quien atiende la diligencia, para que en el término máximo de quince (15) días siguientes demuestre la previa autorización de la operación y/o de los elementos de juego, en caso contrario se procederá a imponer estas sanciones mediante acto administrativo debidamente motivado, el cual se proferirá en un término no superior a treinta (30) días, y contra el cual procederá únicamente el recurso de reposición que deberá ser interpuesto dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación y deberá resolverse en un término no superior a quince (15) días contados a partir de su interposición. En firme el acto administrativo que declara el decomiso se procederá a la destrucción de los elementos.*

Mientras se surte el procedimiento anterior se decretarán como medidas cautelares el cierre del establecimiento y el retiro de los elementos, los cuales quedarán bajo la custodia de la entidad territorial o de la Dirección de Impuestos y Aduana Nacionales –DIAN–, de conformidad con sus competencias.”

Según lo dispuesto por el artículo 44 citado, i) las personas que sean detectadas operando juegos de suerte y azar sin ser concesionarios o autorizados, ii) quienes siendo autorizados operen juegos no autorizados, o iii) quienes siendo autorizados o concesionarios no declaren los derechos de explotación en el período respectivo u omitan o incluyan información en su liquidación privada de los derechos de explotación de las cuales se origine el pago de un menor valor por concepto de los mismos, serán susceptibles de imposición de sanciones de multa, entre otras sanciones, además de ser responsables de la obligación de pago de las correspondientes liquidaciones de aforo o de corrección, según el caso.

De lo anterior se observa que, la norma establece de forma separada: i) la obligación de pago de las liquidaciones correspondientes a los derechos de explotación dejados de pagar por operación ilegal o por declaraciones incorrectas, y ii) la obligación de pago de las sanciones pecuniarias que se impongan por tales conductas.

En relación con esta diferencia, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado hizo las siguientes precisiones, al absolver la consulta formulada por el Ministro de la Protección Social:

“Como se aprecia, esta norma asigna a “las entidades públicas administradoras del monopolio de juegos de suerte y azar”, como lo es ETESA, funciones de control y vigilancia, pues les confiere facultades de inspección y verificación de actividades y cuentas, y de imposición de sanciones.

(...) En los tres eventos mencionados se aprecia que las liquidaciones de aforo, de revisión y de corrección, determinan sumas correspondientes a derechos de explotación no declarados o incorrectamente declarados, que deben ser pagados por el operador y destinarse a los servicios de salud, conforme a lo establecido por la ley 643 de 2001.

Pero en cuanto se relaciona con las sanciones de aforo o por inexactitud o por error aritmético, se observa que tales sanciones no constituyen ni representan derechos de explotación de los juegos, no son renta del monopolio, sino que tienen su causa en el cumplimiento de las funciones legales de control y vigilancia desarrolladas por ETESA y por consiguiente, su destinación debe ser para dicha entidad, la cual es una empresa industrial y comercial del Estado, que por lo mismo goza de autonomía administrativa y financiera, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 85 y 86 de la ley 489 del 29 de diciembre de 1998, estatuto de la administración pública.

Lo mismo puede predicarse de las multas que imponga ETESA, ante el incumplimiento de algún contrato de concesión o de una autorización para operar determinado juego de suerte y azar. Es claro que en este evento, la causa de la multa es el incumplimiento del operador que perjudica a la empresa y por tanto, la multa impuesta no corresponde a un derecho de explotación sino a una retribución por un perjuicio causado a la empresa, y en consecuencia, la misma debe ingresar a su patrimonio.

Otras razones que fundamentan las anteriores conclusiones son:

a) Se enfatiza que el régimen presupuestal de ETESA es el de las empresas industriales y comerciales del Estado, y por consiguiente, respecto de ella, conforme lo establece el artículo 3° del Decreto 111 de 1996, el Estatuto Orgánico del Presupuesto, se aplican las normas presupuestales que expresamente mencionen a tales empresas, sin que se constate la existencia de una norma de ese carácter que disponga que las sumas recibidas por concepto de sanciones o multas impuestas por dichas empresas, deban ingresar al Tesoro Nacional, y por lo tanto, es preciso inferir que constituyen ingresos propios de ellas.

Precisamente, la naturaleza jurídica de ser una empresa industrial y comercial del Estado, le confiere la característica de “producir ingresos”, esto es, tener ingresos propios por el desarrollo de sus actividades, de manera que sirvan para su sostenibilidad y progreso.

b) Se podría pensar que las sanciones son accesorias o inescindibles a las liquidaciones de aforo, omisión y error, y que, por tanto, harían parte de los derechos de explotación, pero en este caso se observa que la misma norma del artículo 44 de la ley 643, distingue las liquidaciones mencionadas, las cuales se asocian directamente con los derechos de explotación, de las sanciones, que son penas impuestas en desarrollo del poder de policía administrativa de que está dotada la Empresa.

Es por este poder de punición que se legitima la imposición de la sanción, y para ejercerlo, es evidente que ETESA debe desplegar su accionar en busca de los infractores a la normatividad de los juegos de suerte y azar, asumiendo el consiguiente costo.

Tal vez si se tratara de un fondo-cuenta, que percibiera los derechos de explotación, podría fundamentarse la tesis de la inescindibilidad, pero aquí esa hipótesis no se da, pues se trata de una empresa industrial y comercial del Estado, que tiene una naturaleza diferente, que percibe los derechos de explotación del juego para transferirlos a los servicios de salud y que las sanciones que impone son ingresos por su actividad de inspección y control, que por lo mismo, deben ingresar a su patrimonio.⁵

Concluyendo:

“B) Sobre la destinación de los recursos provenientes de sanciones de aforo y multas.

⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 27 de octubre de 2005. Rad. No. 1686.

1 y 2. Los valores correspondientes a sanciones de aforo por inexactitud y por errores aritméticos, aplicadas por operación ilegal de juegos de suerte y azar, o por omisiones o errores en las declaraciones de derechos de explotación, previstas en el artículo 44 de la ley 643 de 2001, y las multas y sanciones impuestas por incumplimiento de contratos de concesión, por la Empresa Territorial para la Salud-ETESA, pertenecen a ésta y por consiguiente, pueden ser destinados a cubrir sus gastos de gestión administrativa y operación.⁶

Así las cosas, el Consejo de Estado resalta que los recursos por sanciones de multa aplicadas por la operación ilegal de juegos de suerte y azar, entre otras causales, pertenecen a la empresa industrial y comercial del Estado que, como administradora del monopolio de juegos de suerte y azar, percibe los derechos de explotación del juego para transferirlos a los servicios de salud, por cuanto tales sanciones no constituyen ni representan derechos de explotación de los juegos, no son renta del monopolio, sino que tienen su causa en el cumplimiento de las funciones legales de control y vigilancia desarrolladas por la empresa y por consiguiente, su destinación debe ser para ella y deben ingresar a su patrimonio.

A esta misma conclusión llega la Gerencia de la Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, en concepto de 21 de septiembre de 2020, dirigido a su Despacho:

“De conformidad con lo expuesto se tiene que los ingresos generados por la imposición de multas y sanciones hacen parte del patrimonio de la entidad y pueden ser aplicados al financiamiento de las actividades que los generaron, las cuales necesariamente deben estar vinculadas al logro de los objetivos o al cumplimiento de funciones legalmente asignadas, cumpliendo las normas presupuestales y los requisitos de rentabilidad y eficiencia.”

4. Naturaleza, patrimonio y facultades de fiscalización de la Lotería de Bogotá

De conformidad con lo dispuesto por el Decreto Distrital 407 de 1974 y el Acuerdo 01 de 2007, expedido por la Junta Directiva de la Lotería de Bogotá, ésta es una Empresa Industrial y Comercial del Distrito, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio y se encuentra integrada al Sector de Hacienda como entidad descentralizada vinculada, según lo establecido por el artículo 61 del Acuerdo Distrital 257 de 2006.

De este Decreto 407 de 1974, vale la pena resaltar algunos aspectos de sus funciones y de su patrimonio, que muestran que en últimas esta entidad tiene la administración del monopolio rentístico de suerte y azar en el Distrito Capital.

⁶ Idem.

Artículo 3º.- *La Lotería de Bogotá, tendrá por objeto obtener recursos financieros para la atención de los programas de Asistencia Pública y Recreación en el Distrito Especial de Bogotá, para lo cual podrá realizar las siguientes actividades:*

- a. *Explotar directamente o en asocio de otras loterías o por contrato, los sorteos ordinarios, extraordinarios y aquellos otros sistemas que la Ley autorice;*

Artículo 11º.- El patrimonio de la Lotería de Bogotá, estará constituido por:

Los bienes que adquiera a cualquier título o por virtud de disposiciones legales.
(Resaltado fuera del texto)

En este sentido, deben aplicarse sistemáticamente el artículo 43 de la Ley 643 de 2001, que reconoce a las empresas que administran el monopolio, la facultad de fiscalización sobre los derechos de explotación; el artículo 14 de la mencionada ley que determina que las loterías serán administradas, entre otras, por la empresa industrial y comercial de carácter distrital, esto es la Lotería de Bogotá; y el artículo 11 del Decreto 407 de 1974, que justamente establece que uno de los bienes que conforman el patrimonio de la Lotería de Bogotá son aquellos que se deriven de disposiciones legales, como lo es la Ley 643 de 2001.

La normativa citada establece que el objeto principal de la Lotería de Bogotá es generar recursos financieros para los servicios de salud, establecidos por la Constitución, la ley, los Acuerdos y sus propios Estatutos, a través de la explotación directa del producto Lotería y de la administración y control del Juego de Apuestas Permanentes o chance, este último en Cundinamarca y el Distrito Capital, de los promocionales cuando se jueguen en el Distrito Capital y de las rifas en las que los resultados de la Lotería de Bogotá sean utilizados para la realización del sorteo.

Asimismo, el Acuerdo 01 de 2007, expedido por la Junta Directiva de la Lotería de Bogotá y por el cual se aprueba una reforma a sus Estatutos, determina en su artículo 24 que el patrimonio de la Lotería de Bogotá está constituido por:

“El valor de los derechos y acciones que la actual LOTERÍA DE BOGOTÁ, posea en sociedades o en Compañías que el Distrito haya constituido a su nombre.

Los ingresos que se obtengan por la venta del producto Lotería en sorteos ordinarios o extraordinarios.

Los derechos que se obtengan por concepto de explotación del Juego Apuestas Permanentes, autorización de rifas, y juegos permitidos o autorizados por la Ley.

El producto de las operaciones comerciales o industriales realizadas en forma independiente o en asocio con Entidades Públicas o Privadas.

Los bienes muebles, inmuebles que posee actualmente en su patrimonio.

Los bienes o recursos que adquiera a cualquier título o por virtud de disposiciones legales.”

En el mismo sentido, la Ley 489 de 1998 determina en su artículo 85 que las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, además de tener personería jurídica y autonomía administrativa y financiera, cuentan con capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de tasas que perciban por las funciones o servicios, y contribuciones de destinación especial en los casos autorizados por la Constitución.

En este marco legal, y por tener régimen presupuestal de Empresa Industrial y Comercial del Estado, la Lotería de Bogotá tiene la característica de producir ingresos propios por el desarrollo de sus actividades, destinados a su sostenibilidad.

Por otra parte, atendiendo a los artículos 43 y 44 de la Ley 643 de 2001, la Lotería de Bogotá de oficio o con fundamento en denuncias, lleva a cabo procesos sancionatorios administrativos contra las personas naturales o jurídicas que operen sin autorización juegos de suerte y azar de su competencia, bajo el marco jurídico de la Ley 1437 de 2011 y del régimen propio.

Como resultado de los procesos sancionatorios referidos, la Lotería de Bogotá impone sanciones de multa de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes por la operación sin autorización de juegos en la modalidad de rifa, promocionales, chance y lotería, por tratarse de juegos de suerte y azar distintos a los localizados, como lo establece el literal a) del artículo 44 de la Ley 643 de 2001, modificado por el artículo 20 de la Ley 1393 de 2010.

5. Clasificación de los ingresos derivados del pago de sanciones pecuniarias

El Estado goza de potestad sancionatoria frente a sus administrados. En ejercicio de esta potestad, fija e impone determinadas sanciones como consecuencia del no

cumplimiento de los deberes⁷. De esta manera, la sanción es elemento constitutivo del mandato del que se predica un comportamiento⁸ orientado a la propia protección de la organización y funcionamiento del Estado⁹.

El desarrollo de la potestad sancionatoria de la Administración tiene reserva de ley, esto es que, en virtud de los artículos 6 y 29 de la Constitución Política se exige que las conductas sancionables y las sanciones que se pueden imponer a los ciudadanos sean establecidas en una ley¹⁰.

Mediante Sentencia C-710/01, la Corte resaltó la posición central del principio de legalidad en la configuración del Estado de derecho como principio rector del ejercicio del poder y como principio rector del uso de las facultades, tanto para legislar - definir lo permitido y lo prohibido - como para establecer las sanciones y las condiciones de su imposición.

Asimismo, a través de la jurisprudencia constitucional, la Corte se ha pronunciado en torno a la naturaleza jurídica del derecho sancionatorio, precisando su alcance, a partir del género y las especies que lo conforman:

*“El derecho sancionador es una categoría jurídica amplia y compleja, por la cual el Estado puede ejercer un derecho de sanción o ius puniendi, destinado a reprimir conductas que se consideran contrarias al Derecho, es decir, a los derechos y libertades u otros bienes jurídicos protegidos. Dentro de sus manifestaciones, se han distinguido de un lado el derecho penal delictivo, que por lo mismo que está encaminado a proteger bienes jurídicos más preciados para el ordenamiento admite la punición más severa, y de otro, los que representan en general poderes del Derecho administrativo sancionador, como es el caso del contravencional, del disciplinario y del correccional, (...) Entre los diversos tipos de derecho sancionador existen diferencias: es así como en el derecho penal no sólo se afecta un derecho tan fundamental como la libertad sino que además sus mandatos se dirigen a todas las personas, por lo cual es natural que en ese campo se apliquen con máximo rigor las garantías del debido proceso y admite una punición más severa. En cambio, otros derechos sancionadores no sólo no afectan la libertad física, pues se imponen otro tipo de sanciones, sino que además sus normas operan en ámbitos específicos, ya que se aplican a personas que están sometidas a una sujeción especial, por lo que las sanciones aplicables son de diferente entidad.”*¹¹

⁷ Bentham, Jeremy, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation [1789], ed. J.H. Burns and H.L.A. Hart, University of London. Lara Chayogán, Roberto. El concepto de sanción en la teoría contemporánea del derecho.

⁸ Austin, John, The Province of Jurisprudence Determined, op. cit., p. 21. Lara Chayogán, Roberto. El concepto de sanción en la teoría contemporánea del derecho.

⁹ Sentencias T-146 de 1993 y C-181 de 2002.

¹⁰ Sentencia C-699 de 2015.

¹¹ Sentencia C-762 de 2009.

En tanto que, frente a las facultades extraordinarias en el derecho sancionador, se refirió a sus límites, así:

“Frente a las facultades extraordinarias es preciso aclarar que en la Constitución de 1991 además, de estar sujetas a la cláusula de reserva de ley estas facultades cuando se confieren en especial para proferir normas relativas al derecho sancionador, no son ilimitadas y además, frente a su concesión la Corte ha dicho que la razón obedece a la distinción que se hace de la intensidad de afectación de los derechos de las personas que varía entre el derecho penal y las sanciones administrativas.”¹²

Bajo estas premisas, el Estado percibe recursos por concepto de sanciones pecuniarias en la modalidad de multas, los cuales, cuando no se derivan del incumplimiento de deberes tributarios, hacen parte de los denominados ingresos no tributarios.

CONCLUSIONES

Con fundamento en las consideraciones expuestas, esta Dirección se pronuncia frente a la consulta planteada en los siguientes términos:

¿Cuál es la destinación de los recursos recaudados por multas y sanciones impuestas por la operación ilegal de juegos de suerte y azar?

De conformidad con la distinción hecha por el Consejo de Estado, en pronunciamiento del 27 de octubre de 2005¹³, las sanciones de multa aplicadas por la operación ilegal de juegos de suerte y azar, en cumplimiento de lo previsto por el artículo 44 de la Ley 643 de 2001, modificado por el artículo 20 de la Ley 1393 de 2010, a diferencia de las liquidaciones de aforo contempladas por la misma norma, no constituyen ni representan derechos de explotación de los juegos, ya que no son renta del monopolio por tener su causa en el cumplimiento de las funciones legales de control y vigilancia desarrolladas por las empresas, sociedades o entidades públicas administradoras del monopolio de juegos de suerte y azar.

Por lo anterior, los recursos percibidos por el ejercicio de dicha facultad sancionatoria no tienen como destinación los servicios de salud, como quiera que aquellas sanciones no son accesorias o inescindibles a las liquidaciones de aforo, y por tanto, no hacen parte de los derechos de explotación.

¹² Sentencia C-710 de 2001.

¹³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 27 de octubre de 2005. Rad. No. 1686.

De esta manera, siguiendo la línea conceptual trazada por el Consejo de Estado, aquellos recursos deben ingresar al patrimonio de la entidad administradora del monopolio que impone la multa, en este caso, la Lotería de Bogotá, como ingresos propios para su sostenimiento y pueden ser destinados a cubrir sus gastos de gestión administrativa y operación. En este sentido, se sugiere que en los actos administrativos que expida la Gerencia de la Lotería de Bogotá, mediante los cuales se liquide su presupuesto anual, se incluyan estas multas, que tienen como fundamento lo establecido en la Ley 643 de 201, como otros ingresos corrientes.

En procura de impulsar la política de mejoramiento continuo en el procedimiento de Asesoría Jurídica de la Secretaría Distrital de Hacienda, es importante que verifique si el concepto emitido contribuyó a resolver de fondo el problema jurídico planteado. De no ser así, por favor informe a la Dirección Jurídica.

Cordialmente,

LEONARDO ARTURO PAZOS GALINDO

Director Jurídico

lpazos@shd.gov.co

Revisado por:	Manuel Ávila Olarte, Subdirector Jurídico de Hacienda.	
Proyectado por:	Enny Yojana Lemus Trujillo, Asesora Dirección Jurídica	