

El régimen jurídico de los monopolios rentísticos en Colombia ¿es un derecho económico?³

Carlos F. Forero Hernández⁴

DOI: 10.24142/indis.v6n12a2

Recibido: 7 de octubre de 2020 – Aprobado: 26 de noviembre de 2020 – Publicado: Abril 5 de 2021

Palabras clave: Monopolios rentísticos, derecho tributario, derecho administrativo, derecho económico.

Key words: Rentier monopolies, tax law, administrative law, economic law.

3 Este texto corresponde a una de las investigaciones adelantadas en el semillero de investigación de Derecho Administrativo “Jaime Vidal Perdomo” de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Ibagué. El autor manifiesta su sentimiento de agradecimiento a Paula Arana Guaraca, integrante del citado semillero, por su ardua colaboración de consecución de materiales de consulta para la elaboración de este texto.

4 Contador Público egresado de la Universidad San Martín (Bogotá). Abogado graduado con honores de la Universidad de Ibagué. Especialista en Derecho administrativo de la Universidad de Ibagué. Magíster en Derecho administrativo de la Universidad Libre de Colombia (Pereira). Estudiante del doctorado en Derecho público de la Universidad Santo Tomás (Tunja). Coordinador del semillero de investigación de Derecho Administrativo “Jaime Vidal Perdomo” de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Ibagué. Miembro activo del Colegio de Contadores Públicos de Colombia CONPUCOL. Integrante del Grupo de Estudios de Derecho Penal Económico GEDPE de la Universidad de Ibagué. Correo: carlos.hernandez@unibague.edu.co

Introducción

Cuando se hace referencia a los monopolios rentísticos, es más preciso hablar de derecho económico que de derecho administrativo.

En efecto, del régimen jurídico de los monopolios rentísticos, se suele afirmar que es derecho administrativo (Olano, 2007). Sin embargo, otros afirman que es de derecho tributario, al hacer parte del campo de estudio de los ingresos públicos a partir de las rentas producidas por el ejercicio del monopolio rentístico para fines de interés general (Miranda, 1999).

No obstante, a lo anterior, se considera que el régimen jurídico de los monopolios rentísticos, por la evidente conexión con la política económica, así como de la teoría de la intervención del Estado en la economía, es de derecho económico; entendiendo por este último como el derecho de la intervención del Estado en la economía.

De esta manera, las líneas que siguen pretenden abordar la conveniencia de hablar de derecho económico y no de derecho administrativo cuando se hace referencia al derecho tributario; de ahí que el tipo de investigación utilizado en este ensayo es demostrativo.

1. Método

Se trata de una investigación con enfoque cualitativo por cuanto se explican y profundizan algunas nociones de competencia, monopolio rentístico, intervención del Estado en la economía, derecho económico. Se elige un diseño secuencial, al iniciar con el proceso de recolección y estudio de toda la información cualitativa consistente en la revisión de textos de reflexión y de investigación. Una vez comprendidas estas nociones, se analiza si el régimen jurídico es de derecho económico o es de derecho administrativo como lo ha sostenido un buen sector de la doctrina.

2. Resultados

2.1. La libertad económica en la Constitución Política de 1991

De conformidad con nuestra C. P. de 1991 (en adelante C. P.), Colombia tiene una economía de mercado la cual parte de la libertad de empresa, en la iniciativa privada, libertad de competencia (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-263, 2011),

desde luego con posibilidad de intervención por parte del Estado en caso de existir distorsiones o disfuncionalidades (Forero, 2019). El Estado interviene entonces para proteger la libertad económica (de empresa, iniciativa privada y de competencia). La teoría de la intervención del Estado en la economía se ha constituido como tema principal del derecho económico.

Se afirma que la libertad de competencia dentro de las economías de mercado dinamiza el proceso económico de productos y servicios, procurando el mayor beneficio para los productores y consumidores que son los agentes de derecho económico. Tal dinamización de los procesos económicos implica la contribución al desarrollo social y económico del país. De hecho, su núcleo esencial está en la posibilidad de acceder al mercado sin barreras injustificadas (Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-150, 2003). Por eso tiene razón la Corte Constitucional al señalar que “la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados” (Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-535, 1997, p. 21).

Por su parte, la Corte Constitucional en la sentencia C-150 de 2003 ha concluido que la libre competencia, además de ser un derecho, se identifica con la interacción de la oferta y la demanda respecto de la fijación de los precios de bienes y servicios:

La Corte subraya que la Constitución define la libre competencia como un derecho, una de cuyas consecuencias consiste en que, en condiciones de mercado, ninguno de los actores puede fijar de manera arbitraria el precio de los bienes o servicios disponibles para la compra o la venta, sino que su precio es consecuencia de la interacción de la oferta y la demanda. De esa forma, el sistema de precios depende de un equilibrio impersonal, que resulta de esta misma interacción, y no de los intereses o de los caprichos de algunos de los actores económicos (Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-150, 2003, p. 33).

Se comparte la explicación de Peña Nossa (2014) al señalar que la libre competencia es la posibilidad de entrar en el mercado y participar en él en iguales condiciones. Lo anterior implica que cualquier particular “podrá constituir su propia empresa, sin que sea necesaria la intervención estatal en la misma, pues cada persona tiene la libertad de escoger la actividad que quiera realizar, siempre y cuando atienda a los principios del bien común y del orden público” (Peña, 2014, p. 5). El objetivo principal

de la libre competencia es precisamente promover la competencia entre las empresas existentes en la economía y la calidad de bienes y servicios a un bajo precio.

No menos importante es señalar que, para que los mercados funcionen, resulta indispensable y conveniente que exista competencia, la cual se identifica a que los productores estén dispuestos a producir bienes y servicios que los consumidores requieran. Por esto, algunos economistas afirman que no es conveniente que el Estado intervenga mucho en las competencias, pero sí a los monopolios que son distintos, dado que éstos dificultan (o imposibilitan, para algunos) que el mercado alcance los niveles de eficiencia, o como advierte Ventura González (1998) “afectan el libre juego de la oferta y de la demanda perjudicando a los consumidores” (p. 25). De ahí que la competencia económica y el monopolio económico no son la misma cosa.

Lo anterior tiene estrecha relación con el estudio de la determinación del precio de una economía social de mercado, evento que, de acuerdo con Quiroga Natale (2014), parte de establecer en cuál escenario de competencia se encuentra el conjunto de bienes o servicios, que se pretende demandar mediante la celebración de negocios jurídicos. De esta manera, si en la economía concurre pluralidad de oferentes y demandantes y ninguno detenta poder de economía (o mercado), el precio del mercado resulta en un plano de igualdad respecto del excedente del consumidor y productor, logrando así un relativo equilibrio.

La anterior explicación está asociada al campo de estudio de la competencia perfecta. Hay competencia perfecta en una economía –que se identifica con el estudio del mercado perfecto– cuando hay muchos compradores y vendedores del mismo bien o servicio, que pueden intercambiar entre sí con facilidad informaciones, sin que ningún vendedor o comprador tenga el poder o capacidad para la determinación, por sí solo, del precio al cual ha de venderse o comprarse el bien o servicio. Claro está que el productor del bien o servicio debe contar con tecnología o instrumentos eficientes para que los precios del bien o servicio no sean altos, tal como lo explica Palacios Mejía (1999) “el productor que usa tecnologías ineficientes pierde la oportunidad de vender sus productos, porque el consumidor encontrará que estos tienen precios más altos que los de la competencia” (p. 12).

En relación con el mercado perfecto –dentro del se estudia la competencia perfecta– se debe tener en cuenta, tal como lo explica Barón Barrera (2014), que los mercados perfectos no existen, “por el contrario, se producen fallas de mercado, tales

como externalidades, existencia de bienes públicos o asimetrías de información” (p. 194), de ahí se justifica la dirección e intervención del Estado mediante la regulación económica y supervisión. Al verificar si los mercados son imperfectos, como cuando no todos los compradores y vendedores no tienen la misma información, se justifica la necesidad de intervención por parte del Estado (en virtud de la ley) para proteger la libertad de competencia, así como la asunción de los riesgos en las actividades económicas competitivas. Igualmente resulta razonable su intervención para sancionar, sea por vía del derecho administrativo sancionador o del derecho penal económico, las infracciones a la regulación económica.

De esta manera, el precio cumple un importante papel en el funcionamiento del mercado. Es en él donde los productores y consumidores de los bienes y servicios transmiten información de sus necesidades, preferencias, gustos, entre otras. Es de reconocer que una de las grandes alteraciones que se producen en el sistema de precios corresponde a la inflación (como aquel aumento continuo en el nivel general de los precios). A este respecto se comparte la reflexión ofrecida por Palacios Mejlá (1999) al señalar que “la inflación impide que las personas que actúan en los mercados comprendan si los precios que se les transmiten reflejan las preferencias y la escasez o abundancia relativa de los bienes, o si reflejan fenómenos distintos” (p. 14). En relación con lo anterior, resulta razonable la intervención del Estado por medio de sus autoridades, Banco de la República, por ejemplo, para controlar los fenómenos económicos que determinan la inflación (Forero, 2017). Ha de advertir que es totalmente distinto controlar la inflación con el control de los precios de bienes y servicios.

Sin embargo, si la economía experimenta fallas de competencia ocasionadas por la existencia de poder de mercado de alguno, o de algunos, se está en presencia, entre otros, de monopolio y, como es obvio, este fenómeno altera de manera sustancial el precio de los bienes y servicios del mercado. Desde la ciencia económica, el monopolio se da cuando una empresa es el único oferente de un determinado producto o servicio, esto es, “un solo oferente con poder de asignación de precios” (Quiroga, 2014, p. 112). Barón Barrera (2010) explica que el monopolio es un modelo de competencia imperfecta “en el cual un solo vendedor controla la oferta y los precios de un determinado producto o servicio” (p. 18).

Para que sea eficaz un monopolio, de acuerdo con Ortega Cárdenas (2014), “supone que no debe existir ningún tipo de producto sustituto o sucedáneo para el bien

o servicio que oferta el monopolista y que no debe existir la más mínima amenaza de entrada de otro competidor en ese mercado” (p. 119). Implica, entonces, que el monopolista controla los precios, la calidad y la cantidad del bien o servicio ofrecido al consumidor. De ahí que el objetivo del monopolio se basa en maximizar los beneficios y para ello se tiene en cuenta los costos y las características de la demanda en el mercado (Barón, 2010).

Importante es resaltar que la Corte Constitucional ha considerado que el monopolio “también puede configurarse cuando un solo actor controla la compra o distribución de un determinado bien o servicio” (Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-226, 2004, p. 54). Ha de advertir igualmente que, ante la existencia del monopolio, también surge la necesidad y la conveniencia de que el Estado intervenga, pues el monopolio hace que dificulte al mercado alcanzar los niveles de eficiencia. A este respecto, Palacios Mejía (1999) señaló lo siguiente:

En efecto, la teoría económica señala que el monopolista, para obtener los máximos beneficios, tiende a producir menos de lo que produciría en condiciones de competencia, y a cargar un precio más alto por los bienes y servicios que ofrece. De esta manera, cuando hay monopolios se justifica, también, la intervención del Estado en la economía (Palacios, 1999, p. 20).

Por su parte, y en relación con los monopolios, la actual Carta Magna autoriza el establecimiento o constitución de monopolios como arbitrios rentísticos, como pasa a explicarse.

2.2. Monopolios rentísticos en Colombia

La C. P. de 1991 autoriza el establecimiento o constitución de monopolios como arbitrios rentísticos (conocidos también como monopolios fiscales o rentísticos) (C. P., 1991, artículo 363), los cuales el Estado, nadie más, se reserva la explotación de ciertas actividades económicas pero, tal como advierte la Corte Constitucional, “no con el fin de excluirlas del mercado, sino para asegurar una fuente de ingresos que le permita atender sus obligaciones” (Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-226, 2004, p. 54).

Para Ortega Cárdenas (2014), este monopolio se caracteriza como un monopolio fiscal y ha sido una gran fuente de ingresos para el Estado y está orientado al creci-

miento económico del país y, por tal razón, es uno de los temas centrales del derecho tributario, entendiendo por este último como el derecho de los ingresos públicos, tal como lo define Barón Barrera (2016). Ha de señalar que, tal como se explicó en otro trabajo (Forero, 2019), el derecho tributario es, por excelencia, un capítulo del derecho económico.

Sostenemos que, dado que las rentas monopolísticas permiten cumplir los fines propios del Estado, estas son consideradas como modalidades de intervención del Estado en la economía para corregir las disfuncionalidades en el mercado y, eso, es derecho económico. Igualmente deben ser vistos como recursos económicos para el logro de una (justa) redistribución de la riqueza y de constantes moderadores de los ciclos económicos y, eso, también es de derecho económico.

Sobre la naturaleza jurídica de las rentas monopolísticas, Queralt, citado por Insignares Gómez (2003), ha concluido que el monopolio es estudiado en dos sentidos, por un lado, como fuente de ingresos de naturaleza tributaria y de carácter patrimonial, por el otro. Es pertinente citar varios apartados sobre esta conclusión.

Establecidos los monopolios, el Estado obtiene determinados ingresos de filiación muy distinta. Así, el monopolio se convierte en fuente de ingresos de naturaleza tributaria. Tales consideraciones tienen las cantidades que el Estado recibe cuando grava los beneficios de la entidad a la que se ha concedido el monopolio en la comercialización de determinado producto.

El monopolio es también fuente de ingreso de carácter patrimonial. Así, cuando el Estado gestione directamente un monopolio o tenga una participación en el capital social de la entidad a la que se ha atribuido la gestión, obtendrá unos ingresos que tendrán jurídicamente tal consideración, dado que la primacía de las normas privadas en la regulación de las relaciones jurídicas, mediante las cuales se desarrolla el comercio de los bienes monopolizados, se complementa con la proyección de la normativa administrativa y financiera, justificada por la naturaleza pública del ente que gestiona el monopolio o que participa en el capital social de la entidad a la que se ha concedido la gestión (Insignares, 2003, pp. 87–88).

La Corte Constitucional también asocia a la noción de monopolio rentístico con la institución de los ingresos públicos para el cumplimiento de obligaciones, al señalar

que el monopolio rentístico “es un instrumento que protege la explotación de determinadas actividades económicas para que el Estado se procure cierto nivel de ingresos con el fin de atender sus obligaciones” (Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-540, 2001, p. 13). Para esta Corporación, el monopolio rentístico es un instrumento económico para la obtención de recursos públicos con fines de interés público.

En vigencia de la C. P. de 1886, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 25 de abril de 1991, también asocia la noción de monopolio rentístico como fuente de ingresos del Estado, al señalar lo siguiente:

No obstante, el Constituyente de 1910 estimó conveniente consagrar el monopolio, al lado de los sistemas impositivos, como fuente de ingresos del Estado. El artículo 31 en tal dirección, atribuye exclusivamente a la ley la facultad de retirar de la órbita privada el ejercicio de actividades económicas cuya rentabilidad sea óptima para producir ingresos que, a título de ganancias, sean empleados en los gastos que demandan las gestiones del Poder Público (Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencia del 25 de abril, 1991, p. 19).

Y en páginas posteriores concluye:

El monopolio es históricamente una institución, colocada al lado de los tributos, para que la gestión del Estado-empresario produzca ganancias y rentas destinadas a sufragar sus gastos; gestión amparada, por virtud de la ley, en la utilización exclusiva y excluyente del comercio o de la industria que se le ha asignado privilegiadamente (Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencia del 25 de abril, 1991, p. 21).

Se tiene entonces que el monopolio, como arbitrio rentístico, tiene un doble propósito. Por un lado, fortalecer el fisco, esto es, generar rentas o ingresos para el Estado y eso forma parte del campo de estudio del derecho tributario al estudiar los ingresos públicos; por el otro, estimula la economía por medio de la financiación de gastos con las rentas monopolísticas y, por tal razón, es vista como una modalidad de intervención del Estado en la economía que forma parte del campo de estudio del derecho económico. Una vez más se comprueba que el régimen jurídico de los monopolios rentísticos es derecho económico.

Según el artículo 1 de la ley 643 de 2001, “por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar”, se entiende por monopolio rentísti-

co como aquella “facultad exclusiva del Estado para explotar, organizar, administrar, operar, 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” (ley 643, 2001, artículo 1). En esta misma disposición resalta que el monopolio rentístico será ejercido siempre como actividad económica con fines de interés público y social, con fines de arbitrio rentístico a favor de los servicios de salud. Es de mencionar que dentro del concepto de servicios de salud se incluyen “la financiación de éstos, su pasivo pensional, prestacional y, los demás gastos vinculados a la investigación en áreas de la salud” (ley 643, 2001, artículo 13).

El fundamento constitucional de los monopolios de arbitrios rentísticos, como se señaló, se encuentra en el artículo 336 de la C. P. de 1991. Lo anterior permitió a la doctrina afirmar que dichos monopolios están constitucionalizados, de ahí el fenómeno de la constitucionalización de monopolios como arbitrios rentísticos que tanto ha dicho la doctrina. Es pertinente citar ahora la norma constitucional:

Artículo 336. Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley.

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

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

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

Las rentas obtenidas en el ejercicio del monopolio de licores, estarán destinadas exclusivamente a 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.

Se constitucionaliza entonces los monopolios de suerte y azar y de licores, señalando la destinación específica a las rentas generadas por ellos. Las rentas obtenidas de monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud. Las de licores estarán destinadas preferentemente a los servicios de salud y educación. Como se precisó en alguna oportunidad, dichas rentas, vistas como otras fuentes de ingresos públicos del Estado, forman parte del campo de estudio del derecho tributario, específicamente al hablar de los ingresos públicos (Miranda, 1997).

Pertinente es señalar que en la C. P. de 1886 también encontramos los conceptos de monopolios y de arbitrio rentístico con los mismos contenidos del artículo 336 citado. Se considera que la institución de monopolios rentísticos, al estar consagrada tanto en la C. P. de 1886 como en la de 1991, forma parte del campo de estudio de la denominada Constitución económica y, de acuerdo con Barón Barrera (2010), dicha Constitución está compuesta por “los principios de la organización del Estado capitalista y el orden público económico” (p. 30). En este texto se considera que es la Constitución Económica como fuente principal del derecho económico y no el acto administrativo como lo propone Barón Barrera (2016).

Nuestra Constitución Política se identifica como una Constitución Económica al señalar que toda persona tiene el derecho al trabajo (C. P., 1991, artículo 25) y a una información y habilitación profesional y técnica (C. P., 1991, artículo 54); la propiedad privada está garantizada (C. P., 1991, artículo 58), más en la propiedad intelectual (C. P. de 1991, artículo 61) y en la propiedad de la tierra (C. P., 1991, artículo 64); la calidad de los bienes y servicios ofrecidos en el país viene protegida en distintas maneras (C. P., 1991, 78) y el medio ambiente igualmente (C. P., 1991, artículo 78); se debe promover la integración económica (C. P., 1991, artículo 226); la libertad de empresa es la base del desarrollo con una función social que implica obligaciones (C. P., 1991, artículo 333); la dirección general e intervención de la economía queda encomendada al Estado en caso de disfuncionalidades y dentro del marco de sostenibilidad fiscal (C. P., 1991, artículo 334), las actividades financiera, bursátil, aseguradora, etc., se declaran de interés público (C. P., 1991, artículo 335), se prohíben de manera general los monopolios, con excepción de los arbitrios rentísticos (C. P., 1991, artículo 336), se permite a la ley establecer zonas de frontera especiales (C. P., 1991, artículo 337), y se regulan los tributos (impuestos, tasas y contribuciones) (C. P., 1991, artículo 338); el Plan Nacional de Desarrollo será elaborado dentro del marco de sostenibilidad fiscal (C. P., 1991, artículo 339).

Al ser los monopolios rentísticos parte del campo de estudio de la Constitución Económica, así como del derecho económico, implica que a ellos resultan aplicables también la herramienta Análisis Económico del Derecho (AED), la cual permite establecer de qué manera las normas jurídicas estimulan o impiden, que las sociedades usen en forma eficiente los recursos de que disponen, así como las consecuencias de estas normas sobre la sociedad. En el AED se estudia con frecuencia el principio de eficiencia. La aplicación de dicha herramienta permite que los monopolios rentísticos sean eficientes. Claro está, y esto hay que decirlo: el AED no proporciona instrumentos para conseguir justicia.

En este orden, solamente se podrá establecer un monopolio con el propósito de generar ingresos (o rentas) para fines de interés público (Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-1108, 2001) y como es obvio, es ejercido de manera exclusiva por el Estado. Queda excluida, entonces, la posibilidad de que los particulares exploten, por cuenta propia, la actividad sobre la cual recae el monopolio. Sobre dicha exclusión, la Corte Constitucional en la sentencia C-1108 (2001) ha señalado lo siguiente:

Esto es, por un lado, de la actividad monopolizada quedan excluidos por los particulares, por otro, el monopolio que se establezca por la ley solo puede obrar en favor del Estado sin que resulte posible, de acuerdo con la Constitución, el establecimiento de monopolios legales a favor de particulares, con la excepción, prevista en la propia Carta, relativa a las patentes de privilegio temporal a los autores de invenciones o perfeccionamientos (Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-1108, 2001, p. 22).

Como no es posible que los particulares exploten por cuenta propia la actividad sobre la cual recae el monopolio, esto no impide que el Estado, como titular de monopolios rentísticos, decida operarlo con la mediación de los particulares, desde luego se debe cumplir en términos de la ley “de régimen propio” (Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-1108, 2001, p. 32). Respecto del *régimen propio*, la Corte Constitucional ha explicado que dicha institución hace referencia a la regulación de los monopolios rentísticos y que sea “conveniente y apropiada, tomando en cuenta las características específicas de esas actividades, 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” (Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-1191, 2001, p. 50).

Lo anterior también ha sido explicado por Montaña Plata (2010) al señalar que “el régimen jurídico de las actividades económicas desarrolladas por las administraciones públicas en condiciones de monopolio (arbitrio rentístico) no pueden tener un régimen común, asimilable al de las actividades económicas en general, sino que necesariamente este debe ser excepcional” (p. 161). Tal posibilidad de operar el monopolio por medio de los particulares permitió a Marín Cortés (2008) concluir que estamos frente a una liberalización de sectores regulados que se caracteriza con la supresión de monopolios. Es pertinente citar varios apartados sobre esta conclusión.

Con la liberación de sectores regulados ocurre que el Estado moderno reduce o suprime monopolios públicos, y en tanto lo hace admite la competencia, e invita al privado para que entre a prestar el servicio. La liberalización de los sectores regulados ha empleado muchas técnicas; en Colombia las más usadas han sido la abolición de licencias de permisos y la eliminación de reglas exhaustivas de ingreso al mercado. No obstante, todavía conservamos sumamente regulados y monopolios públicos, pero cabe preguntarse si se mantendrán como hasta ahora, o correrán la suerte de antiguos sectores o empresas que eran típicamente públicas. Estamos pensando en la explotación del agua, en la fuerza pública, en la justicia, en la producción del licor, etc., que son los monopolios básicos que han conservado nuestros países.

Sin embargo, vale la pena reflexionar en esta pregunta: ¿existen monopolios reservados en la Constitución Política al Estado? ¿Será posible admitir un eventual desplazamiento de todo el aparato público hacia la empresa privada, por lo menos en lo que se refiere a prestación de servicios? No advertimos la existencia de un monopolio de naturaleza Constitucional en manos del Estado, pero en cambio la Constitución tiene las puertas completamente abiertas para que los particulares entren en la esfera de lo público con una condición: la Constitución dice que cuando una actividad sea declarada por el legislador como monopolio estatal se deberá indemnizar plenamente al perjudicado con esa medida. De esa norma se deduce que los particulares pueden estar permanentemente en contacto o en función de lo público, sin más límites que los que imponga el legislador (Marín, 2008, pp. 209–210).

Para finalizar este aparte, resulta pertinente señalar no a profundidad cuatro importantes temas: a) la titularidad de las rentas de los monopolios rentísticos; b) la constitución de renta de las actividades monopolísticas de arbitrio rentístico; c) las

modalidades de operación de este monopolio; d) la declaración de los derechos de explotación de monopolios rentísticos y, e) la inspección, vigilancia y control del recaudo y aplicación de los recursos de los monopolios rentísticos.

2.3. La titularidad de las rentas de los monopolios rentísticos

A partir de la lectura del contenido del artículo 336 de la C. P. es fácil afirmar que, el titular de las rentas de los monopolios rentísticos es el Estado. Según el artículo 2 de la ley 643 los titulares de las rentas del monopolio rentístico de todos los juegos de suerte y azar son los departamentos, el Distrito Capital, los distritos especiales y los municipios, éstos son estudiados como entidades o entes territoriales (de la descentralización territorial) (Rodríguez, 2000). En esta disposición se establece una excepción al señalar “salvo los recursos destinados a la investigación en áreas de la salud que pertenecen a la nación” (ley 643, 2001, art. 2).

Los recursos obtenidos por estos titulares, como producto del monopolio de juegos de suerte y azar, deben ser transferidos directamente a los servicios de salud y emplearse para contratar directamente, con las empresas sociales del Estado (ESE) 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 (Cfr. literal d, artículo 3, ley 643, 2001), esa es la razón del monopolio rentístico.

2.4. La constitución de renta de monopolio de arbitrio rentístico

En la academia se ha preguntado con frecuencia sobre la constitución de renta de monopolio, ¿cómo está constituida la renta de monopolio de arbitrio rentístico? La Corte Constitucional en la sentencia C—1108 (2001) ha resaltado que dicha renta está constituida por los ingresos que percibe el titular de este, una vez deducidos los costos y los cargos por concepto de administración. Señaló además la Corporación que no puede una ley disponer que una parte de ella sea retenida por el operador particular:

Una vez estimada la renta correspondiente a un determinado monopolio, no puede la ley disponer que una parte de ella sea retenida por el operador privado, así se aduzcan consideraciones de fomento, puesto que ello resulta contrario al artículo 336 de la Carta conforme al cual los monopolios solo pueden establecerse como arbitrio rentístico (Corte Constitucional de Colombia, sentencia C—1108, 2001, p. 24).

2.5. Las modalidades de operación de monopolios rentísticos

De las distintas modalidades de operación de monopolios rentísticos, la ley 643 de 2001 señala estas formas de operación:

- a. Operación directa: 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 ley.
- b. Operación por intermedio de terceros: aquella que realizan las personas jurídicas en virtud de autorización, mediante contratos de concesión o contratación en términos de la ley 80 de 1993 (Estatuto General de Contratación de Administración Pública), celebrados con las entidades territoriales, las empresas industriales y/o 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 ley 643, según el caso.

En la práctica, se evidencia que el ejercicio de monopolios rentísticos ocurre por medio de empresas industriales y comerciales del Estado. La creación de estas empresas es también una modalidad de dirección e intervención del Estado en la economía, con el fin de generar rentas para fines sociales y eso es derecho económico. Al hacer parte del campo de estudio del derecho económico resulta aplicable también el Análisis Económico del Derecho, AED, que es una herramienta que permite estudiar las normas o instituciones jurídicas con criterios económicos, propendiendo por la eficiencia en las actividades económicas (Forero, 2019).

No se deben confundir estas empresas con las sociedades de economía mixta. Las segundas surgen del contrato de sociedad comercial. En tanto que las empresas en estudio surgen de la ley (Congreso de la República), ordenanza (Asamblea Departamental) o del acuerdo (Concejo municipal). El capital de dichas empresas está constituido en su totalidad con bienes o fondos públicos comunes. Mientras que en las sociedades de economía mixta su capital se constituye con aportes estatales y de capital privado.

Se debe resaltar que en la actividad monopolística se observarán estos principios: a) la finalidad social prevalente (financiación del servicio público de salud, por ejemplo); b) la transparencia (actividad monopolística exenta de fraudes); c) la ra-

cionalidad económica (aplicación de criterios de racionalidad económica y eficiencia administrativa que garanticen la rentabilidad y productividad); y d) la vinculación de la renta los servicios de salud (artículo 3, ley 643, 2001).

Se considera, por su parte, como se señaló, que la creación de monopolios rentísticos es una modalidad de intervención del Estado en la economía, orientada a la contribución del desarrollo económico de un país y eso es derecho económico. Ha de recordar que la creación de estos monopolios permite generar más ingresos para el Estado.

2.6. La declaración de los derechos de explotación de monopolios rentísticos

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 (ley 643, 2001, artículo 41). Se advierte que las declaraciones de derecho de explotación y gastos de administración de los juegos de azar presentadas sin pago total, no producirán efecto legal alguno.

2.7. La inspección, vigilancia y control del recaudo y aplicación de las rentas de monopolios

La inspección, vigilancia y control del recaudo y aplicación de los recursos del monopolio de juegos de suerte y azar corresponde a la Superintendencia Nacional de Salud (artículo 53, ley 643, 2001), que es una de las autoridades administrativas la cual forma parte del campo de estudio de la alta policía administrativa económica (Hernández, 2017).

De esta manera, los concesionarios o los autorizados que administren, operen o exploten el monopolio estarán en la obligación de rendir en la forma y oportunidad que les exijan las autoridades de control y vigilancia, la información que estas requieran. Y no cumplir esta obligación será objeto de sanción, reflejada en un acto administrativo de contenido particular, hasta con suspensión de la autorización, permiso o facultad para administrar, operar o explotar el monopolio.

La inspección, vigilancia y control del recaudo y aplicación de las rentas de monopolios se comportan, por excelencia, como modalidades de intervención del

Estado en la economía en caso de fallas o irregularidades. Cuando la economía o el mercado tienen fallas se justifica entonces la acción del Estado. Claro está, siguiendo las enseñanzas de Palacios Mejía (1999), que se debe analizar “en qué forma esa acción puede adelantarse en forma que, a su vez, sea eficiente” (p. 10). Se justifica la dirección e intervención del Estado en la economía en caso de fallas, pero tal acción estatal debe ser realizada de manera eficiente.

3. ¿El régimen jurídico de los monopolios rentísticos es de derecho económico?

Es común afirmar que el régimen jurídico de los monopolios rentísticos es de derecho administrativo (que es definido como el derecho de la administración pública). No obstante, a nuestro juicio, consideramos que es de derecho económico, entendiendo por este como el derecho de la intervención del Estado en la economía. Se afirma de esa manera porque el ejercicio de los monopolios rentísticos a cargo del Estado es una forma o modalidad de intervención del Estado en los procesos económicos y eso, se repite, es derecho económico.

Además, se debe recordar que las rentas obtenidas del ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico forman parte del campo de estudio del derecho tributario, del derecho de los ingresos públicos, y este también es un derecho económico (Forero, 2019). De esta manera, el régimen jurídico de los monopolios rentísticos es de derecho económico y no de derecho administrativo, entendiendo por este último como el derecho de la administración pública (Rodríguez, 2000).

Al hacer ser parte del campo de estudio del derecho económico los monopolios rentísticos, implica que a éstos resultan aplicables también (y sin dificultad) la herramienta Análisis Económico del Derecho (AED), la cual permite establecer de qué manera las normas jurídicas estimulan o impiden, que las sociedades usen en forma eficiente los recursos de que disponen, así como las consecuencias de estas normas sobre la sociedad; ha de recordarse que en el AED se estudia con frecuencia el principio de eficiencia. De ahí que la aplicación de dicha herramienta permite que los monopolios rentísticos sean eficientes.

4. Conclusiones

- La C. P. de 1991 (igual que la C. P. de 1886) autoriza el establecimiento o constitución de monopolios como arbitrios rentísticos (conocidos también como monopolios fiscales o rentísticos) (C. P., 1991, artículo 363) y son vistos por la doctrina como modalidades de intervención del Estado en la economía.
- El monopolio fiscal ha sido una gran fuente de ingresos para el Estado y está orientado al crecimiento económico del país; por tal razón, es uno de los temas centrales del derecho tributario (entendiendo este como el derecho de los ingresos públicos). Ha de señalar que el derecho tributario es por excelencia un capítulo del derecho económico.
- Sostenemos que por ser las rentas monopolísticas que permiten cumplir los fines estatales del Estado, estas son consideradas como modalidades de intervención del Estado en la economía para corregir las disfuncionalidades en el mercado y eso es derecho económico. Igualmente deben ser vistos como recursos económicos para el logro de una (justa) redistribución de la riqueza y de constantes moderadores de los ciclos económicos y eso también es de derecho económico.
- El monopolio como arbitrio rentístico tiene un doble propósito. Por un lado, fortalecer el fisco, esto es, generar rentas o ingresos para el Estado y eso forma parte del campo de estudio del derecho tributario al estudiar los ingresos públicos y, por el otro, estimula la economía por medio de la financiación de gastos con las rentas monopolísticas y, por tal razón, es vista como una modalidad de intervención del Estado en la economía que forma parte del campo de estudio del derecho económico.
- Las consideraciones precedentes nos permiten afirmar que el régimen jurídico de los monopolios rentísticos es de derecho económico y no de derecho administrativo, entendiendo por este último como el derecho de la administración pública. Y al hacer ser parte del campo de estudio del derecho económico los monopolios rentísticos, implica que a éstos resultan aplicables también (y sin dificultad) la herramienta Análisis Económico del Derecho (AED), la cual permite que los monopolios rentísticos sean eficientes.

Referencias

Barón Barrera, G. A. (2010). *El derecho de la competencia en los grupos empresariales* (1ª Ed.). Bogotá, Colombia: Ediciones Ibáñez.

Forero Hernández, C. (2019). Derecho tributario, ¿derecho administrativo o derecho económico? 2003, 21. <https://doi.org/10.35707/dostresmil/2101>

González, V. (1998). *Nociones del derecho penal económico*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Cuyo.

Hernández Quintero, H. A. (2017). *El lavado de activos*. Actualizada (4 Ed.). Bogotá, Colombia: Ediciones Editorial Ibáñez.

Insignares Gómez, J. R. (2003). “Jurisprudencia tributaria constitucional”. En *Lecturas de Derecho fiscal*. (37-68). Bogotá: Ediciones Universidad Externado de Colombia.

Marín Cortés, F. G. (2008). *Público y privado. Estudio sobre las transformaciones del Derecho, del Estado y de la empresa*. Bogotá: Ediciones Temis.

Montaña Plata, E. A. (2010). *Fundamentos de derecho administrativo* (1ª Ed.). Bogotá, Colombia: Ediciones Universidad Externado de Colombia.

Miranda Talero, A. (1999). *El derecho de las finanzas públicas*. Actualizado (2.ª Ed.). Bogotá, Colombia: Editorial Legis.

Olano García, H. A. (2007). *Preguntas y respuestas de derecho administrativo*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Ortega Cárdenas, A. (2014). *Hacienda pública. Las finanzas del Estado* (5ª Ed.). Bogotá, Colombia: Ediciones Ecoe Ediciones.

Palacios Mejía, H. (1999). *Economía y derecho constitucional*. Bogotá: Ediciones Derecho Vigente.

Peña Nossa, L. (2014). *De las sociedades comerciales*. Bogotá: Ediciones Ecoe Ediciones.

Quiroga Natale, E. A. (2014). “Riesgos y desequilibrio económico en los contratos estatales. Nociones básicas desde el análisis económico del Derecho”. En *Serie de Derecho económico No. 3*, Ibagué, Colombia: Ediciones Universidad Externado de Colombia, pp. 101–150.

Rodríguez Rodríguez, L. (2000). *Derecho administrativo colombiano y general*. Colombia: Editorial Temis.

Jurisprudencia

Sentencia del 25 de abril (1991). Corte Suprema de Justicia de Colombia. Radicación número 226. M. P. Pablo J. Cáceres Corrales.

Sentencia C–535 (1997). Corte Constitucional de Colombia. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Carlos F. Forero Hernández

Sentencia C-540 (2001). Corte Constitucional de Colombia. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia C-1108 (2001). Corte Constitucional de Colombia. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia C-1096 (2003). Corte Constitucional de Colombia. M. P. Jaime Araújo Rentería.

Sentencia C-150 (2003). Corte Constitucional de Colombia. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Sentencia C-226 (2004). Corte Constitucional de Colombia. MP. Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia C-263 (2011). Corte Constitucional de Colombia. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Legislación

Ley 643 (2001). Por la cual se fija el régimen del monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar. Consultada desde: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0643_2001.html