

Neiva, Julio 24 de 2018

Señor Gerente

**EMPRESA DE LOTERIA Y JUEGO DE APUESTAS PERMANENTES DEL
HUILA**

Ciudad

Ref: Observaciones al proyecto de pliego de condiciones para la licitación pública
No. 001 de 2018.

Señor Gerente:

El suscrito representante legal de la Sociedad **APUESTAS NACIONALES DE COLOMBIA S.A.** en los términos que quedan expresados en el certificado de existencia y representación legal que aporto, de manera comedida me permito dentro de la oportunidad legal, presentar a nombre de la entidad que represento, observaciones al proyecto de pliego de que da cuenta la referencia y mediante el cual la concedente por usted representada, pretende entregar en concesión el juego de apuestas permanentes en el Departamento del Huila.

Las observaciones que formulo lo son en atención a lo establecido en las disposiciones legales aplicables al contrato de concesión de apuestas permanentes o chance y en particular en la contenida en el Artículo 2.2.1.1.2.1.4. del Decreto 1082 de 2015.



PRIMERA OBSERVACIÓN: REFERENTE AL CÁLCULO DE LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN APLICABLES.

En el Numeral 2.5 del pliego, ítem VALOR DEL CONTRATO, (páginas 9 y 10) se establecieron los valores mínimos de los derechos de explotación, para el efecto se reproduce en el pliego un cuadro que efectúa la liquidación de los derechos y determina la cuantía de **DIEZ Y SEIS MIL TRESCIENTOS SETENTA MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y SIETEMIL NOVECIENTOS CUARENTA PESOS (\$16.370.567.940.00)** por dicho concepto.

La verificación matemática del cálculo incluido en el proyecto de pliego de condiciones, permite establecer que la fijación de los valores mínimos de derechos de explotación, sigue una metodología que difiere de la establecida en el artículo 24 de la Ley 643 de 2001, modificado por el artículo 23 de la Ley 1393 de 2010, en los siguientes términos:

"Artículo 24. Plan de Premios y Rentabilidad Mínima. El Gobierno Nacional fijará la estructura del plan de premios del juego de apuestas permanentes o chance que regirá en todo el país.

La rentabilidad mínima del juego de apuestas permanentes o chance, para cada jurisdicción territorial, se establecerá como criterio de eficiencia y obligación contractual en los respectivos contratos de concesión, y corresponde al mínimo de ingresos brutos que, por la venta del juego de apuestas permanentes o chance, deben generar los operadores por cada año y durante toda la vigencia del respectivo contrato, de manera que se sostengan las ventas y se procure su crecimiento como arbitrio rentístico para la salud.

La rentabilidad mínima será igual a la mayor cifra entre el promedio anual de los ingresos brutos obtenidos por la venta del juego de apuestas permanentes o chance durante los cuatro (4) años anteriores a la apertura del proceso licitatorio y la sumatoria de esos ingresos brutos en el año inmediatamente anterior a la apertura del proceso licitatorio, más un porcentaje de crecimiento año a año que será igual al índice de precios al consumidor. Para determinar el promedio o la sumatoria a que se refiere el presente inciso, se acudirá a los datos que arroje la conectividad en línea y

tiempo real o, hasta tanto se tengan esos datos, a los que tengan las distintas entidades territoriales y la Superintendencia Nacional de Salud.

Corresponde al concesionario pagar el doce por ciento (12%) sobre los ingresos brutos a título de derechos de explotación con destino a la salud, más el valor adicional que llegare a existir entre ese porcentaje de derechos de explotación y el doce por ciento (12%) sobre el valor mínimo de los ingresos brutos que por ventas al juego fueron previamente señalados en el contrato como rentabilidad mínima; ese valor adicional lo pagarán los concesionarios a título de compensación contractual con destino a la salud, sin que haya lugar a reclamación o indemnización alguna en su favor.

Será causal de terminación unilateral de los contratos de concesión el incumplimiento con la rentabilidad mínima, sin derecho a indemnización o compensación.

Parágrafo 1°. Las condiciones fijadas en la presente ley rigen de manera permanente para todos los contratos de concesión de apuestas permanentes o chance.

*Parágrafo transitorio. Para fijar la rentabilidad mínima en los procesos licitatorios que se abran dentro de los dos (2) años siguientes a la vigencia de la presente ley, se utilizará el promedio actualizado de los ingresos brutos obtenidos por la venta del juego durante los dos (2) años anteriores a la apertura del proceso licitatorio más 1.25 puntos porcentuales".
(NEGRILLAS PROPIAS FUERA DEL TEXTO)*

La errónea aplicación que se efectúa de la metodología legal para el cálculo del mínimo de derechos de explotación surge de dos aspectos fundamentales; en primer lugar, de la determinación de una base de cálculo que no considera el efecto del IVA y en segundo término de la aplicación de reglas de actualización monetaria que no fueron consideradas por el legislador en el texto legal que fija la metodología de cálculo y que fue reproducida anteriormente.

En efecto y para despejar lo primero, tratándose de la venta del juego de apuestas permanentes una operación gravada con el impuesto a las ventas, la normatividad legal ha considerado que a efectos de establecer el valor de la apuesta, debe descontarse el valor del impuesto a las ventas, por ello el artículo 2°. Del Decreto



1350 de 2003 "Por el cual se reglamenta la Ley 643 de 2001 en lo relativo a la modalidad del juego de apuestas permanentes o chance":

"...Apuesta. Es el valor pagado por el apostador, sin incluir el valor del impuesto sobre las ventas, registrado en el formulario oficial que da derecho a participar en el juego de apuestas permanentes o chance...."

De esta manera se pone de presente que para aplicar la metodología de cálculo de los derechos, resulta indispensable que del valor de los ingresos brutos obtenidos como resultado de la explotación económica del juego se descuenta el valor del IVA, y ello por cuanto dichas sumas son un ingreso para el fisco nacional y no un componente del ingreso bruto al concesionario del juego.

Consistentemente con lo expuesto, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales ha expresado desde el Concepto N° 014875 del 20-02-2009 en el contexto del régimen tarifario del IVA del 5% que:

"Con base en lo anterior y, teniendo en cuenta que la tarifa del Impuesto sobre las ventas para los juegos de suerte y azar es del cinco por ciento (5%), se concluye que el cinco por ciento (5%) del valor total pagado por el apostador corresponderá al impuesto sobre las ventas. Por lo tanto, el noventa y cinco por ciento (95%) de dicho pago total por parte del apostador corresponderá al monto de la apuesta"

Lo que pone en evidencia que el pago total del apostador incluye el valor del Iva debiendo descontarse ese valor a efectos de establecer el monto de la apuesta, lo que implica en términos globales de la operación del juego que del valor recaudado por la comercialización del chance, deben descontarse los dineros que recauda el concesionario a título de impuesto a las ventas con el objeto de establecer la base de cálculo de los derechos de explotación.

El procedimiento de depuración de la base por efecto del Iva resulta consecuente con la regulación legal arriba señalada en cuanto expresa:

"Corresponde al concesionario pagar el doce por ciento (12%) sobre los ingresos brutos a título de derechos de explotación con destino a la salud, más el valor adicional que llegare a existir entre ese porcentaje de derechos"



de explotación y el doce por ciento (12%) sobre el valor mínimo de los ingresos brutos que por ventas al juego fueron previamente señalados en el contrato como rentabilidad mínima...”

Al depurar el ingreso del efecto que produce el componente IVA, se garantiza la neutralidad matemática del cálculo, en situaciones como la que tienen lugar en la actualidad en la cual se presenta una modificación de la tarifa del impuesto a las ventas, al pasar de una tarifa del 16 a la del 19%.

Para preservar la neutralidad matemática del cálculo, por efecto de la modificación de la tarifa del Iva, el ingreso bruto calculado debe considerar en este caso el impacto que en la tarifa ocasiona el incremento del 3 %, originando por ello un menor valor en el ingreso bruto que debe servir de base para establecer el valor mínimo de los derechos de explotación. Al omitir el procedimiento correcto, el cálculo de los derechos que se hace en el proyecto de pliegos incrementa de manera artificial la base, situación que debe remediarse aplicando los conceptos que sobre el particular ha emitido la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

En apoyo de lo anterior obsérvese que las declaraciones mensuales de los derechos corresponden al valor pagado por el cliente, menos el valor del impuesto a las ventas, por lo cual cualquier metodología de cálculo que pierda de vista este hecho, originará un incremento injustificado del valor mínimo de los derechos de explotación.

Para mayor claridad, el efecto de la variación de la tarifa del IVA en el tiempo se explica de la siguiente manera en el caso en el que un cliente pague \$1000:

AÑO DEL IVA	TARIFA IVA	VALOR PAGADO POR EL CLIENTE	VALOR VALOR DE LA APUESTA	
2016	16%	\$1000	\$138	\$862
2017/18	19%	\$1000	\$160	\$840



Evidenciándose que el incremento de la tarifa del IVA impacta el valor de la apuesta y por ende disminuye el valor de la base cálculo de los derechos de explotación.

En segundo término, el ejercicio de cálculo efectuado con el propósito de establecer el monto mínimo de derechos de explotación, resulta afectado por una metodología de actualización, que resulta extraña a la establecida en el artículo 24 de la Ley 643 de 2001, modificado por el artículo 23 de la Ley 1393 de 2010.

En este sentido al acogerse la metodología que propone el Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar en el concepto 20132400164831 del 4 de julio del 2013 sobre el procedimiento legal, técnico y financiero para el efecto de liquidar la Rentabilidad Mínima en tratándose de Concesiones del Chance, se desborda por una parte el carácter no vinculante de los conceptos emitidos por la Administración Pública y se instituye una función reglamentaria de la Ley al CNJSA, que además de serle extraña, excede el alcance de norma reglamentada, al introducir mecanismos de cálculo que no consideró el legislador.

De esta manera, solicitamos comedidamente a la concedente, en primer término, disminuir para el cálculo de la base el efecto del incremento del impuesto a las ventas y respecto de la indexación para el cálculo de los derechos se sirva dar estricta aplicación al artículo 24 de la Ley 643 de 2001, modificado por el artículo 23 de la Ley 1393 de 2010.

Las consideraciones legales que sustentan las causas de nulidad del concepto 20132400164831 del 4 de julio del 2013 emitido Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, se expresan en detalle en la demanda que cursa en la Sección Primera del Consejo de Estado, bajo la radicación No. 11001032400020160037300 siendo ponente el Magistrado Hernando Sánchez.

En el orden de ideas que se expone y en subsidio de la modificación propuesta, resulta necesario que la administración deje consignado expresamente en el pliego definitivo, que en el evento en que las situaciones expuestas sean despejadas en virtud de un acto administrativo de alcance general expedido por autoridad competente o con ocasión de una decisión judicial en firme que le resulte vinculante, adoptará de oficio las medidas tendientes a dar cumplimiento al acto o sentencia.



SEGUNDA OBSERVACIÓN: REFERENTE AL CAPÍTULO 6 DEL PROYECTO DE PLIEGO DE CONDICIONES, PROPUESTA ECONÓMICA.

En la página 53 del proyecto de pliego se señala *“En todo caso, la totalidad de la rentabilidad mínima establecida en el pliego, será garantizada por el concesionario durante el plazo de ejecución del contrato”*.

La redacción propuesta, resulta contraria a la ya reproducida normatividad que rige el cálculo de los derechos de explotación, en atención a que como es evidente, el índice de precios con el que se proyecta el monto de los referidos derechos, corresponde en todo caso a una estimación, solo inmodificable para la primera anualidad de la vigencia del contrato, pero incierta para los demás períodos de la ejecución contractual.

Ciertamente, para las cuatro anualidades subsiguientes, el índice de precios al consumidor puede tener una variación inferior o superior a la proyectada y será en todo caso, dicho índice el que condicione de manera efectiva el monto de la rentabilidad mínima en un período dado.

Lo expresado pone de presente la necesidad de dar claridad a la estipulación del proyecto del pliego que se reprodujo anteriormente.

TERCERA OBSERVACIÓN: REFERENTE AL NUMERAL 7.2. DEL PROYECTO DE PLIEGO DE CONDICIONES. ERROR NUMÉRICO EN LA PONDERACIÓN DE LAS PROPUESTAS.

En la página 53, ítem **PONDERACIÓN DE LAS PROPUESTAS**, se consignan dos valores contradictorios en letras y números; en efecto mientras que en la parte inmediatamente siguiente del título, se señala *“(MAXIMO 1.000)*, el cuadro posterior, establece al final como calificación máxima total *“(700 puntos)”*.

Dándole coherencia a los componentes del cuadro correspondiente, el valor máximo de la calificación posible será de MIL PUNTOS, con las consideraciones que adelante efectuaré en relación con el factor considerado en el apartado 7.2.1.1.1. el cual presenta una inconsistencia.



CUARTA OBSERVACIÓN: REFERENTE AL NUMERAL 7.2.1.1.1. CAPACIDAD TRANSACCIONAL.

En las páginas 53 y 54 se presenta una incoherencia numérica entre el título del ítem CAPACIDAD TRANSACCIONAL que se anuncia con un MAXIMO DE 100 PUNTOS, y el contenido del ítem que informa que la base de cómputo será de 100 PUNTOS asignados a quien acredite una capacidad de cómputo mínima de 12 mil transacciones por minuto, y proporcionalmente hasta llegar a 300 puntos asignando 10 puntos por cada mil transacciones adicionales sobre la base.

Por lo expuesto, se hace necesario para guardar coherencia entre las cifras generales de ponderación de las propuestas y este ítem en particular, aclarar que el ítem CAPACIDAD TRANSACCIONAL tendrá un máximo de 400 PUNTOS, y que la forma de ponderación del mismo será la siguiente:

QUINTA OBSERVACIÓN: REFERENTE AL CAPÍTULO 6 DEL PROYECTO DE PLIEGO DE CONDICIONES, CORRESPONDIENTE AL ÍTEM 7.3 ORDEN DE ELEGIBILIDAD Y DESEMPATE.

Con el propósito de establecer los criterios aplicables en caso de empate, el proyecto de pliego de condiciones fija una serie de reglas contenidas en la página 56 del referido documento. No obstante, en atención a que los factores de ponderación de las propuestas están contruidos sobre la base de que basta la manifestación de intención del potencial oferente en relación con el cumplimiento del factor de ponderación, para obtener el máximo de calificación en los distintos ítems, resulta de importancia para la concedente y principalmente para garantizar el normal tránsito del contrato actual de concesión al nuevo operador, privilegiar en caso de empate al proponente que tenga la capacidad efectiva y demostrada de entrar en operación de la concesión, con la inmediatez que reclama el inminente vencimiento del plazo contractual.

Resulta en este sentido perfectamente amplio y participativo el diseño del pliego de condiciones al abrir la puerta a un amplio espectro de ofertas que no estén establecidas en la actualidad en el Departamento del Huila, pero es igualmente sustentable y atinado que el concedente privilegie, no como factor ponderable, pero si como criterio de desempate, el hecho de que, en igualdad de condiciones,



uno o varios oferentes puedan acreditar su presencia actual en el mercado departamental.

Por lo expuesto se observa el proyecto de pliego, solicitando respetuosamente que se considere como segundo factor de desempate el siguiente:

"b) Se adjudicará al proponente que acredite tener en operación actual una red de mercadeo con cobertura integral en el Departamento del Huila, conforme a los estándares requeridos en el presente pliego de condiciones.

Cordial Saludo,



RAUL CASTRO RAYO

REPRESENTANTE LEGAL