

Vl. 29-01-2018

Dependencia destino SECRETARÍA TÉCNICA DEL
CONSEJO NACIONAL DE JSA



Radicado de Salida No: 20182400890761
Fecha: 2018-08-01 15:43:26

Bogotá D.C.,

Doctor

VLADIMIR CABALLERO MEDINA

Gerente

**EMPRESA DE LOTERÍA Y JUEGO DE APUESTAS PERMANENTES DEL DEPARTAMENTO DEL
HUILA**

Email: servicios@loteriadelhuila.com; gerencia@loteriadelhuila.com

ASUNTO: Licitación Pública No. 01 de 2018 - Observaciones a los documentos Estudios Previos y Proyecto de Pliegos de condiciones.

Respetado Doctor:

La Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar (CNJSA) procedió a revisar los documentos y estudios previos que se encuentran publicados en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (Secop) dentro del proceso de Licitación Pública No. 01 de 2018, el cual tiene como objeto "(...) recibir propuestas para contratar mediante concesión la explotación y operación del juego de apuestas permanentes o chance en el Departamento del Huila", encontrando lo siguiente:

ESTUDIOS PREVIOS

"1. DESCRIPCIÓN DE LA NECESIDAD"

Se menciona que la Ley 643 de 2001 entregó a los departamentos el derecho a explotar y operar los juegos de suerte y azar y "especialmente les entregó el derecho a la explotación y operación del juego de apuestas permanentes o chance". Al respecto, es preciso aclarar que la misma ley establece condiciones específicas para la explotación y operación del juego de apuestas permanentes o chance, en los siguientes términos:

El artículo 22, *ibídem*, dispone:

"ARTÍCULO 22. Explotación del juego de las apuestas permanentes o chance. Corresponde a los departamentos y al Distrito Capital la explotación, como arbitrio rentístico, del juego de las apuestas permanentes o chance. La explotación la podrán realizar directamente por intermedio de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado operadoras de loterías, o por intermedio de las Sociedades de Capital Público Departamental (SCPD) que se autoriza y ordena crear en la presente ley. Sólo se podrá operar el juego de apuestas permanentes o chance, a través de terceros seleccionados mediante licitación pública, y por un plazo de cinco (5) años".

De otra parte, el artículo 2.7.2.1.2 del Decreto 1068 de 2015 define como operador del juego "el concesionario que en virtud de un contrato de concesión coloca en forma directa o indirecta el juego de

Página 1 de 6

apuestas permanentes o chance"; mientras que el artículo 2.7.2.4.1 reitera que este juego sólo podrá operarse a través de terceros seleccionados mediante licitación pública.

Como se puede observar, la Ley 643 de 2001 y su decreto reglamentario señalan específica y taxativamente que el juego de apuestas permanentes o chance solo se puede operar a través de terceros seleccionados mediante licitación pública por un término de cinco (5) años.

De otra parte es preciso indicar que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, el 3 de febrero de dos mil cinco 2005, se pronunció sobre los interrogantes presentados por el Ministro de la Protección Social relacionados con la operación del juego de apuestas permanentes o chance, de la siguiente manera:

"Resulta oportuno precisar que la ley distingue entre explotación y operación de los juegos de suerte y azar. El primer concepto, explotación, se relaciona con la renta del monopolio, la cual está constituida por "los derechos de explotación que por la operación de cada juego debe pagar el operador" (art. 7, inciso 2). Estos derechos, que consisten en un porcentaje de los ingresos brutos de cada juego, se causan a favor de la dependencia o entidad autorizada para administrarlo, en "aquellos casos en que los juegos de suerte y azar se operen por medio de terceros, mediante contrato de concesión o por autorización", (art. 8). El segundo concepto, operación, como su nombre lo indica, se refiere a la ejecución del juego.

(...)

(...) se puede concluir que si bien el artículo 6o. autoriza la modalidad de operación directa de los juegos de suerte y azar, por intermedio de entidades públicas, la regulación propia del juego de apuestas permanentes o chance, diferencia claramente entre la explotación y la operación, asignando la primera a las entidades territoriales y la segunda, a los particulares. Por tanto, la locución contenida en los artículos 22 y 25, en el sentido de que "sólo" se puede operar el juego a través de terceros seleccionados mediante licitación pública, implica que esta actividad está reservada exclusivamente a los particulares y, en consecuencia, las entidades estatales por medio de las cuales se realiza la explotación - empresas industriales y comerciales del Estado operadoras de loterías, o sociedades de capital público departamental-, no pueden variar su objeto para operar, en concurrencia con terceros, el juego del chance."

En sentencia C-1191 de 2001 la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de los apartes acusados del artículo 22, que literalmente dicen: "directamente por intermedio de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado operadoras de loterías", "sólo se podrá operar el juego de apuestas permanentes o chance, a través de terceros" y "por un plazo de cinco (5) años", en relación con los cargos formulados por la supuesta vulneración de los principios de eficiencia y autonomía territorial (C.P. arts. 209 y 287).

Así las cosas, no es viable jurídicamente que la Empresa de Lotería y Juego de Apuestas Permanentes del Departamento del Huila mencione que la Ley 643 de 2001 le otorgó a los departamentos la facultad de operar directamente el juego de apuestas permanentes o chance.

"2. OBJETO Y ESPECIFICACIONES"

Se indica que el objeto del proceso licitatorio es "CONTRATAR MEDIANTE CONCESIÓN LA EXPLOTACIÓN Y OPERACIÓN DEL JUEGO DE APUESTAS PERMANENTES O CHANCE EN EL DEPARTAMENTO DEL HUILA".

Con el fin de aclarar los conceptos "explotación" y "operación", esta Secretaría Técnica presenta las siguientes consideraciones:

La sentencia C-1191 de 2001, frente a los monopolios rentísticos, señala: "16- Un monopolio es, desde el punto de vista económico, una situación en donde una empresa o individuo es el único oferente de un determinado producto o servicio; también puede configurarse cuando un solo actor controla la compra o distribución de un determinado bien o servicio. Por su parte, la Carta autoriza, excepcionalmente, el establecimiento de monopolios como arbitrios rentísticos (CP art. 336), en virtud de los cuales el Estado, se reserva la explotación de ciertas actividades económicas, no con el fin de excluirlas del mercado, sino para asegurar una fuente de ingresos que le permita atender sus obligaciones."

De otra parte, la Ley 643 de 2001 en su artículo 1 define el monopolio como "la facultad exclusiva del Estado para explotar, organizar, administrar, operar, controlar, fiscalizar, regular y vigilar todas las modalidades de juegos de suerte y azar, y para establecer las condiciones en las cuales los particulares pueden operarlos".

En el artículo 3 la misma ley indica que 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.

Adiciona que los departamentos, el Distrito Capital y los municipios explotarán el monopolio por intermedio de la dependencia o entidad establecida para tal fin.

En lo transcrito se evidencian las diferencias entre los conceptos: "explotación" y "operación" de los juegos de suerte y azar, la explotación se encuentra únicamente en cabeza del Estado, mientras que la operación se puede realizar directamente por intermedio de las empresas industriales y comerciales y sociedades de capital público establecidas para tal fin o por intermedio de terceros seleccionados en los términos de la Ley 80 de 1993, así las cosas no es posible dar en concesión la explotación de los juegos de suerte y azar.

Por lo anterior, se solicita retirar el término "explotación" del objeto del proceso licitatorio y de todos los apartes donde se haga esta referencia.

"OBLIGACIONES DE LAS PARTES"

En el numeral A. se indica que el concesionario debe cumplir con lo dispuesto en el Decreto 1095 de 2017, se recomienda revisar la transcripción y realizar las correcciones que considere pertinente.

"4.2 NORMAS APLICABLES AL OBJETO DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN"

Se relacionan los oficios "20132160139322, 20132160139342 y 20132160139392. Al respecto es preciso aclarar que estos no ha sido expedidos por Coljuegos y que no se refieren a temas relacionados con lavados de activos y financiación del terrorismo, son solicitudes realizadas por la Lotería del Huila al CNJSA. Por lo que se solicita realizar los cambios pertinentes.

Dentro de la normatividad aplicable al proceso de licitación y al contrato de concesión se recomienda incluir los Decretos 1068 de 2015 y 176 de 2017, los acuerdos 317 de 2016 y 325, 326 y 327 de 2017 expedidos por el CNJSA.

"A. VERIFICACIÓN DE LOS REQUISITOS MÍNIMO o HABILITANTES"

En el literal d) **"REQUISITOS TÉCNICOS"**. Se señala que el proponente debe garantizar una red comercial en el ciento por ciento (100%) de los municipios del Departamento del Huila, además señala que este criterio se certificará con la visita aleatoria que realizará la concedente y se establece que para este efecto el proponente deberá relacionar detalladamente las direcciones de los puntos de venta, mientras que en literal b) **"PONDERACIÓN DE LAS PROPUESTAS"** se indica que los oferentes que no operen el juego en el Departamento del Huila deben acreditar en lo posible las direcciones de los puntos de venta fijo, al no ser clara la exigencia se solicita unificar la forma como se debe acreditar la red de mercadeo y aclarar si la visita de certificación aplica para para todos los oferentes sin distinción.

"9. ANALISIS DE RIESGOS"

Se sugiere realizar una evaluación en la que se incluyan hechos de la naturaleza, hechos sociales y el juego ilegal, adicionalmente se evidencia que a pesar de haberse clasificado, evaluado, calificado y asignado los riegos, no se establecieron medidas para mitigarlos, como tampoco medidas de control y monitoreo. Por lo anterior se solicita realizar las adiciones correspondientes.

"NORMATIVIDAD"

A largo del documento se hace alusión a los Decretos 1350 de 2003, 3535 de 2005, 4643 de 2005, 4867 de 2008, sin tener en cuenta que estos se encuentran copilados en el Decreto 1068 de 2015. Por lo que se solicita actualizar la norma en todos los apartes de los estudios previos.

PLIEGO DE CONDICIONES

"OBJETO"

Se establece como objeto **"RECIBIR PROPUESTAS PARA CONTRATAR MEDIANTE CONCESIÓN LA EXPLOTACIÓN Y OPERACIÓN DEL JUEGO DE APUESTAS PERMANENTES O CHANCE EN EL DEPARTAMENTO DEL HUILA"**. Al respecto se reitera que no es viable dar en concesión la explotación del juego, por lo que se solicita modificar el objeto y los apartes donde se realice esta mención.

"GLOSARIO"

Se define el **"Formato para declaración, liquidación y pago de derechos de explotación"** como el documento diseñado y reglamentado por la Superintendencia Nacional de Salud (SNS) de acuerdo con la Circular externa 020 de 2005. Al respecto es preciso aclarar que la declaración de derechos de

explotación, gastos de administración e intereses se realiza en el formulario establecido por la (SNS) en la Resolución 27 de 2018, por lo que se solicita realizar los cambios correspondientes.

"2.4 RÉGIMEN JURÍDICO"

Como se indicó en los estudios previos los oficios 20132160139322, 20132160139342 no fueron expedidos por Coljuegos y no se refieren a temas relacionados con lavados de activos y financiación del terrorismo, por lo que se solicita realizar los cambios pertinentes.

Se enlista el Decreto 1350 de 2003 teniendo en cuenta que se encuentra compilado en el Decreto 1068 de 2015 se solicita realizar la actualización.

Dentro de la normatividad aplicable al proceso de licitación y al contrato de concesión se recomienda incluir los Decretos 1068 de 2015 y 176 de 2017, los acuerdos 317 de 2016 y 325, 326 y 327 de 2017 expedidos por el CNJSA.

"2.5 VALOR DEL CONTRATO"

El procedimiento utilizado para estimar el valor del contrato guarda congruencia con la metodología señalada en el artículo 24 de la Ley 643 de 2001, modificado por el artículo 23 de la Ley 1393 de 2010, la cual fue explicada en el concepto emitido por el Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar con el radicado 20132400164831 del 4 de julio de 2013.

"5.5.1 RED DE MERCADEO"

Se reitera la observación presentada al Literal A. VERIFICACIÓN DE LOS REQUISITOS MÍNIMO o HABILITANTES. d) REQUISISTOS TÉCNICOS" de los estudios previos respecto a las visitas de acreditación.

"CAPITULO 6. PROPUESTA ECONOMICA"

Se señala que *"Sin excepción será objeto de rechazo toda propuesta cuyo valor sea inferior a la suma antes advertida de conformidad con el cálculo de la rentabilidad mínima No hay lugar a propuesta"* Frente a este capítulo es preciso aclarar que por la naturaleza de la concesión no hay lugar a que se presente propuesta económica, el futuro concesionario asume la obligación de transferir derechos de explotación y gastos de administración en los términos señalados en el artículo 23 de la Ley 1393 de 2010 y en ningún caso puede realizar pagos inferiores. Por lo que se solicita realizar las correcciones necesarias.

"7.2 PONDERACION DE LA PROPUESTAS"

Se señala que se otorgará máximo de 1.000 puntos pero al discriminar los criterios de calificación se contemplan 700 puntos. Frente la contradicción se solicita realizar las correcciones que se requieran.

"7.2.1.1.1 CAPACIDAD TRANSACCIONAL"

Se señala que se otorgará un máximo de 100 puntos pero en la descripción se permite completar 300 puntos. Por lo cual se solicita aclarar cuál es el puntaje máximo otorgado.

"7.3 ORDEN DE ELEGIBILIDAD Y DESEMPATE"

En el literal f se indica que se podrá utilizar métodos aleatorios. En este caso es necesario que se determine la mecánica del método aleatorio que se utilizará, tal como lo prevé el artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015.

"ANEXO 1. TIPIFICACIÓN ASIGNACIÓN Y ESTIMACIÓN DE RIEGOS"

Al igual que en los estudios previos se recomienda realizar una evaluación en la que se incluyan hechos de la naturaleza, hechos sociales y el juego ilegal.

Frente a la matriz de riesgos se recomienda incluir las medidas que se adoptarán para mitigarlos, así como las medidas de control y monitoreo.

"ANEXO 2. MINUTA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN"

En la CLAUSULA DECIMA. OBLIGACIONES DE LAS PARTES: A) DEL CONCESIONARIO numeral 14, se señala que el concesionario desde el inicio de la ejecución del contrato debe operar de forma sistematizada en línea y tiempo real mínimo en el 90% contradiciendo las condiciones del pre pliego puesto que dicho documento se exige el 100%.

De otra parte, en el numeral 17 de la misma clausula se menciona el término "subcontratistas". Al respecto se recomienda revisar la pertinencia legal de aceptar la subcontratación.

En la CLAUSULA DECIMA. PRIMERA PROHIBICIONES numeral 7, se señala que está prohibido "Ceder parcial o totalmente el presente contrato salvo que medie autorización previa y escrita de la concedente". Al respecto es importante reiterar que el artículo 22 de la Ley 643 de 2001 establece las condiciones para la explotación y operación del juego de apuestas permanentes o chance, señalando específica y taxativamente que solo se puede operar a través de terceros seleccionados mediante licitación pública y por un término de cinco (5) años, por lo que no es dable la cesión del contrato ni siquiera con autorización de la concedente, por lo que es necesario modificar esta prohibición.

OTROS ASPECTOS

Se sugiere hacer alusión a la forma como se utilizará la marca, signos distintivos, logos y demás elementos de propiedad de la concedente que se utilicen para la comercialización, mercadeo y pautas publicitarias para la operación del juego de apuestas permanentes o chance.

Cordial saludo,


WILLIAM SIERRA AGUDELO
Gerente de la Secretaría Técnica CNJSA

Folios: Tres (3)
Nombre y número de expediente: 20182400200100004E - Empresa de Lotería y Juego de Apuestas Permanentes del Departamento del Huila - Licitación Chance

Elaboró: Marta Patricia López Moreno
Profesional 2 