

La Explotación del Juego de Apuestas Permanentes o Chance



Secretaría de Transparencia
Presidencia de la República



La Constitución Política de 1991 consagra que la atención a la salud es un servicio público cuyo acceso debe estar garantizado por el Estado. La Corte Constitucional, por su parte, en múltiples ocasiones ha reconocido el carácter fundamental del derecho a la salud y de manera reiterativa ha señalado que: "(...) el derecho a la salud es, autónomamente, un derecho fundamental y que: en esa medida, la garantía de protección debe partir de las políticas estatales, de conformidad con la disponibilidad de los recursos destinados a su cobertura¹". A su vez, el artículo 336 Superior señala como excepción al principio de la libre empresa, la posibilidad de establecer monopolios rentísticos, cuyos recursos estarán destinados exclusivamente a los servicios de salud.

Así las cosas, es fundamental que el Estado colombiano, garantice la efectividad de los derechos a la salud a través de la consecución de recursos que ayuden a cubrir dichas necesidades, por lo que la correcta planeación y estructuración de convocatorias por parte de los entes territoriales, que deseen explotar estos monopolios rentísticos, resulta de vital importancia para, entre otras cosas, maximizar la obtención de recursos para el sector salud.

Es por esto que la Procuraduría General de la Nación en cumplimiento de sus funciones misionales, especialmente en lo correspondiente a su función preventiva y de control de gestión, considera importante recordar los aspectos primordiales que establece el marco regulatorio de la explotación del juego de apuestas permanentes o chance, y, dentro de este contexto, resulta pertinente generar un documento pedagógico, en el que a manera de preguntas y respuestas, se expongan los conceptos básicos que faciliten el manejo de los procesos de selección encaminados a la explotación del juego. Este documento pretende ser una guía que suministre a los servidores públicos, entidades y empresas del sector, a los veedores y a los ciudadanos en general, herramientas y conceptos básicos para el correcto cumplimiento de las normas que rigen este juego de suerte y azar.

Alejandro Ordóñez Maldonado
Procurador General de la Nación

¹Sentencia C-811 de 2007, MP Marco Gerardo Monroy Cabra; SV Jaime Araujo Rentería, Nilson Pinilla Pinilla; AV Catalina Botero Marino.

“Más vale prevenir que lamentar”. Esta expresión, tan arraigada en la cultura popular, encierra una enorme sabiduría para la gestión pública. Más económico y más efectivo que estar apagando incendios todos los días y reaccionando a los escándalos del momento, todas las instituciones que de una u otra forma tenemos un rol en la lucha contra la corrupción y en la construcción de una cultura de la transparencia, tenemos que jugar un papel más activo en dotar de insumos a las distintas entidades para que, sin menoscabo de la autonomía de las mismas, estas tengan más herramientas que les permitan tomar decisiones ajustadas al ordenamiento jurídico y que sean expresión del principio constitucional de prevalencia del interés público.

Por eso para la Secretaría de Transparencia es especialmente grato haber hecho parte de este proyecto donde aspiramos a que de una forma sucinta y clara los gobernadores tengan un panorama sobre las normas que rigen el chance, así como los elementos esenciales que se deben tener en cuenta para adelantar los procesos de concesión de forma idónea.

Temas de tanta importancia como la forma de calcular el valor de los contratos, el papel de regulación, vigilancia y control que juegan las distintas entidades, los aspectos claves para la estructuración del proceso contractual, las obligaciones específicas de los concesionarios, son, entre algunas otras, las materias de las cuales se ocupa esta publicación que cobra la mayor importancia si se tiene en cuenta que a lo largo del presente año se tendrán que adjudicar la gran mayoría de concesiones del chance a lo largo y ancho del país.

Rafael María Merchán Álvarez
Secretario de Transparencia

La Explotación del Juego de Apuestas Permanentes o Chance

Elaboración del Documento:

Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República

Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública
de la Procuraduría General de la Nación

Editor General:

Luis Fernando Torres Ramírez

Asesor

Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública

Coordinación Editorial:

Andrés Lozano Burgos

Asesor

Secretaría de Transparencia

Óscar René Arias Díaz

Profesional Especializado

Secretaría de Transparencia

Sergio Andrés Díaz Beltrán

Profesional Especializado

Secretaría de Transparencia

Diseño y Diagramación:

Nelson Cadavid Ossa

María Camila Hernández Pérez

Investigación y Recopilación:

Luis Fernando Torres Ramírez

Asesor

Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública

Andrés Lozano Burgos

Asesor

Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República

Impresión:

Imprenta Nacional de Colombia



Secretaría de Transparencia
Presidencia de la República



Agradecimientos

Este documento no hubiera podido ser posible sin los aportes valiosos que hicieron los funcionarios de la Secretaría de Transparencia, la Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar y de la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública, de la Procuraduría General de la Nación.

Luis Fernando Torres Ramírez

Asesor de la Procuraduría Delegada para
la Vigilancia Preventiva de la Función Pública

Contenido

1. ¿Qué es un monopolio rentístico?.....	9
2. ¿Cuál es la finalidad de los monopolios rentísticos?.....	9
3. ¿En qué consiste el monopolio rentístico de juegos de suerte y azar?	10
4. ¿Quiénes son los titulares de las rentas del monopolio de juegos de suerte y azar?	10
5. ¿Cómo define la Ley el juego de Apuestas Permanentes o chance?	10
6. ¿Cuál es el marco legal del juego de Apuestas Permanentes o chance?	11
7. ¿Quién puede explotar y operar el juego del chance?	13
8. ¿Quiénes están inhabilitados para operar juegos de suerte y azar?.....	13
9. ¿Por cuánto tiempo se puede entregar en concesión la operación del juego de chance?	14
10. ¿Cuánto debe pagar el concesionario por operar el juego de chance?	14
11. ¿Qué es la rentabilidad mínima?	15
12. ¿Qué importancia tienen los estudios previos para convocar el proceso de licitación del juego de chance?.....	17
13. ¿Cómo juega el principio de planeación en el proceso de selección del concesionario del juego de chance?	18
14. ¿Cuál es la importancia de diferenciar los requisitos habilitantes de los requisitos ponderables?	19

15. ¿Qué aspectos relevantes debe tener en cuenta la entidad previo a la convocatoria del proceso de licitación? 20

16. ¿Puede la entidad adjudicar, dentro de un proceso de licitación, la operación del juego de chance cuando solo se ha presentado un único oferente? 21

17. ¿Qué papel desempeña la entidad concedente en la ejecución de la operación del juego?..... 21

18. ¿Qué pasa si el concesionario no cumple con sus obligaciones contractuales, como la de no transferir los derechos de explotación? 22

19. ¿Además de la entidad del concedente, qué otras instituciones intervienen en la explotación del juego de apuestas permanentes y qué función cumplen? 22

20. ¿Qué consecuencias tiene para una empresa operadora de chance no cumplir con los indicadores de gestión, eficiencia y rentabilidad? 24

¿Qué es un monopolio rentístico?

El monopolio rentístico, tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional consiste en 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. Para el Estado la finalidad del monopolio no es excluir la actividad económica del mercado sino reservarse una fuente de recursos económicos que le reporte su explotación²”.

En este orden, el Estado es el único titular de los monopolios rentísticos, sobre quien recaen derechos exclusivos sobre las rentas derivadas en la explotación de ciertas actividades, como por ejemplo, la explotación de los Juegos de Suerte y Azar.

De esta manera, el monopolio rentístico constituye una excepción al régimen económico general fundado en los principios de libertad de empresa y libre competencia, puesto que las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios son dineros públicos.

¿Cuál es la finalidad de los monopolios rentísticos?

El fin primordial del monopolio es la obtención preferencial de dineros o rentas a favor del Estado, los cuales tienen una destinación exclusiva en aras de atender finalidades de interés público o social, así pues, en el caso de los monopolios de suerte y azar, esos dineros que se obtienen deben emplearse únicamente para atender necesidades del sector de la salud.

De esta forma, no es posible desvincular el ejercicio del monopolio de los fines esenciales del Estado que en todo momento rigen la función pública, por lo cual, la actividad monopólica debe tener en consideración la necesidad de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, entre otros.

Así mismo, la Constitución, en su artículo 336, señaló que la organización, administración, control y explotación del monopolio se hará por medio de un régimen propio que consiste en una ley ordinaria de iniciativa gubernamental. Fue así como el Congreso de la República expidió la Ley 643 de 2001 por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, la cual ha sido modificada con la expedición de la Ley 1393 de 2010 y el Decreto ley 4144 de 2011.

¿En qué consiste el monopolio rentístico de juegos de suerte y azar?

El monopolio rentístico de juegos de suerte y azar fue definido en el artículo 2° de la Ley 643 de 2001 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.

¿Quiénes son los titulares de las rentas del monopolio de juegos de suerte y azar?

Los titulares de las rentas generadas por la explotación del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar son los departamentos, el Distrito Capital y los municipios. Se exceptúan los recursos destinados a la investigación en áreas de la salud que pertenecen a la nación³.

¿Cómo define la Ley el juego de Apuestas Permanentes o chance?

La Ley 643 de 2001 estableció las bases del monopolio rentístico de todos los juegos de suerte y azar, dentro de los cuales se encuentra el juego de apuestas permanentes, más conocido como "chance". Sobre el particular, la ley señaló que es una de las modalidades de juego de suerte y azar, mediante la cual una persona a través de un formulario oficial, en forma manual o sistematizada, indica el valor de su apuesta y escoge un número de hasta cuatro (4) cifras y si su número coincide con el resultado del premio mayor de la Lotería o juego autorizado para el efecto, gana un premio en dinero. Así mismo, la ley reguló aspectos generales relacionados con la explotación, plan de premios y los derechos de la explotación.

³ Ley 643 de 2001. Artículo 2°.

¿Cuál es el marco legal del juego de Apuestas Permanentes o chance?

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 2° y 4° de la Ley 643 de 2001, los juegos de suerte y azar solo pueden explotarse en las condiciones establecidas en la ley de régimen propio y de conformidad con su reglamento. Por lo tanto, la explotación del juego de Apuestas Permanentes o Chance está sometida a las disposiciones contenidas en las siguientes normas:

- Ley 643 de 2001. "Por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar".
- Ley 1393 de 2010. "Por la cual se definen rentas de destinación específica para la salud, se adoptan medidas para promover actividades generadoras de recursos para la salud, para evitar la evasión y la elusión de aportes a la salud, se redireccionan recursos al interior del sistema de salud y se dictan otras disposiciones".
- Ley 80 de 1993. "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública."
- Ley 1150 de 2007. "Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos".
- 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".
- Decreto 3535 de 2005. "Por el cual se reglamenta la Ley 643 de 2001 en lo relacionado con el juego de apuestas permanentes o chance y se dictan otras disposiciones".
- Decreto 309 de 2004. "Por el cual se modifica el plazo establecido en el parágrafo 2° del artículo 8° del Decreto 1350 de 2003".
- Decreto 777 de 2004. "Por el cual se modifica el Artículo 10 del Decreto 1350 de 2003".

La Explotación del Juego de Apuestas Permanentes o Chance

- Decreto 3535 de 2005. "Por el cual se reglamenta la Ley 643 de 2001 en lo relacionado con el juego de apuestas permanentes o chance y se dictan otras disposiciones."
- Decreto 4643 de 2005. "Por el cual se sustituyen algunos artículos del Decreto 35350 de 2005, por el cual se reglamenta la Ley 643 de 2001 en lo relacionado con el juego de Apuestas Permanentes o Chance y, se dictan otras disposiciones".
- Decreto 4867 de 2008. "Por el cual se modifica el Decreto 4643 de 2005, que reglamenta la Ley 643 de 2001 en lo relacionado con el juego de Apuestas Permanentes o Chance y se dictan otras disposiciones".
- Resolución 1013 de 2003. "Superintendencia Nacional de Salud. Por la cual se establece el diseño del formulario para la declaración de los derechos de explotación, gastos de administración e intereses, provenientes de la explotación del monopolio del juego de apuestas permanentes o chance y se dictan otras disposiciones."
- Resolución 27 de 2008. "Superintendencia Nacional de Salud. Por la cual se modifica la resolución 1013 del 26 de julio de 2003 y se establece el diseño del formulario de declaración de los derechos de explotación, gastos de administración e intereses del juego de apuestas permanentes o chance".
- Resolución 5430 de 2009. "Ministerio de la Protección Social. Por la cual se establecen los indicadores de gestión, eficiencia y rentabilidad de las empresas operadoras del juego de apuestas permanentes o chance".
- Acuerdo 74 de 2013. "Consejo Nacional de Juegos de suerte y azar. Por el cual se adopta y modifica la Resolución 5430 de 2009 del Ministerio de la Protección Social".

¿Quién puede explotar y operar el juego del chance?

De conformidad con el artículo 22 de la Ley 643 de 2001, le corresponde únicamente a los departamentos y al Distrito Capital la explotación, como arbitrio rentístico, del juego de las apuestas permanentes o chance. La explotación la podrá realizar directamente el ente territorial por intermedio de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado operadoras de loterías, o por intermedio de las Sociedades de Capital Público Departamental (SCPD).

Adicionalmente, tal como se mencionó, la Ley señala que el juego de chance solo podrá ser operado a través de personas jurídicas seleccionadas mediante licitación pública. La naturaleza del contrato por el cual se formaliza la operación del juego, es un contrato de concesión, el cual se celebra entre la empresa departamental o distrital en calidad de concedente, quien le entrega a un tercero llamado concesionario, la operación exclusiva del juego de apuestas permanentes o chance en su departamento. Este contrato, siguiendo las pautas generales del contrato de concesión, se ejecutará bajo la vigilancia y control del concedente y por cuenta y riesgo del concesionario, quien deberá pagar, como contraprestación, los derechos de explotación y los gastos de administración a que haya lugar de acuerdo con la normatividad vigente.

¿Quiénes están inhabilitados para operar juegos de suerte y azar?

La Ley 643 de 2001 establece unas inhabilidades especiales, las cuales se aplican sin perjuicio de las inhabilidades e incompatibilidades definidas tanto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública como en las demás normas que apliquen en esta materia. De acuerdo con el artículo 10 están inhabilitadas para celebrar y operar juegos de suerte y azar, incluido el juego de chance, las siguientes personas jurídicas:

- Quienes hayan sido sancionados por evasión tributaria, están inhabilitados para operar juegos de suerte y azar por el término de cinco (5) años contados a partir de los tres meses (3) siguientes a la ejecutoria del acto administrativo o sentencia judicial.

- Quienes sean deudores morosos de obligaciones relacionadas con transferencias, derechos de explotación o multas, originadas en autorizaciones para la operación de juegos de suerte y azar. Al igual que la anterior, esta inhabilidad será por el término de cinco (5) años pero contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo,

Sin embargo, la ley de manera expresa señala que si a pesar de encontrarse en las situaciones antes descritas, estas personas pagan las sumas debidas ya sea por evasión tributaria o por deudas de juegos de suerte y azar relacionadas con transferencias, derechos de explotación o multas, cesará inmediatamente tal inhabilidad.

¿Por cuánto tiempo se puede entregar en concesión la operación del juego de chance?

Por ley señala que solo 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. Dicho lo anterior, la Ley 643 de 2001 fue muy clara al prohibir que se suscriban contratos de operación de juegos de suerte y azar –como el chance- que excedan un término de cinco (5) años⁴, por lo cual los contratos de concesión del chance no podrían ser objeto de prórroga, y las entidades solo podrán, previo al vencimiento de dicho plazo, adelantar un proceso de licitación para adjudicar nuevamente la concesión del juego.

¿Cuánto debe pagar el concesionario por operar el juego de chance?

La Ley 643 de 2001 en concordancia con la Ley 1393 de 2010, determina que el concesionario pagará a título de derechos de explotación, un porcentaje de los ingresos brutos del juego, los cuales serán girados directamente por parte de los operadores a los respectivos fondos de salud, dentro de los primeros cinco (5) días hábiles del mes siguiente a su recaudo. La forma de declaración, liquidación y pago de los derechos de explotación está definida en la Ley 643 de 2001 modificada por la Ley 1393 de 2010 y demás normas que reglamentan la materia.

¿Qué es la rentabilidad mínima?

La rentabilidad mínima corresponde al mínimo de ingresos brutos que por la venta del juego de "chance" debe generar el operador cada año durante la vigencia del respectivo contrato, de manera que se sostengan las ventas y se procure su crecimiento como arbitrio rentístico para la salud.

Para efectos de la proyección de la rentabilidad mínima es importante que las entidades concedentes, con base en lo establecido en el artículo 23 de la ley 1393 de 2010, tengan como soporte las pautas emanadas por Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar.

Así las cosas, de conformidad con el concepto emitido por dicho órgano, el procedimiento para aplicar esta metodología es el siguiente⁵:

"Así pues, el procedimiento para calcular la rentabilidad mínima de los contratos de concesión para operar el juego de apuestas permanentes busca conforme a lo dispuesto en la ley, que se procure el crecimiento de las ventas y, por lo tanto, de los recursos que se producen como arbitrio rentístico para la salud, los cuales se deben pagar mensualmente, o que como mínimo se garantice que estos recursos se sostendrán en el tiempo, gracias al sostenimiento de las ventas. Por lo tanto, el cálculo comprende las siguientes actividades:

- a) Determinar exactamente la fecha del acto de apertura del proceso licitatorio por medio del cual se firmó el contrato de concesión por parte de la entidad administradora del monopolio, que estaba en ejecución a la entrada en vigencia de la Ley 1393 de 2010, es decir, el día 12 de julio de 2010.
- b) Establecer el valor 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, para lo cual se tendrán en cuenta los ingresos brutos de operación declarados de conformidad con el formulario de declaración y pago, en cada uno de los cuarenta y ocho (48) meses anteriores al mes de apertura del proceso licitatorio.
- c) Para poder hacer comparables estos ingresos brutos es necesario que los mismos se reflejen a valores constantes, por lo tanto se debe actualizar el valor de cada uno de los cuarenta y ocho (48) meses mencionados en el literal "b", a la fecha del acto de apertura del proceso licitatorio por medio del cual se firmó el contrato de concesión. Esto es, se debe llevar cada uno de estos valores a pesos de la fecha del acto de apertura del proceso licitatorio, para hacerlos comparables.

⁵ Consejo Nacional Juegos Suerte y Azar - Oficio con Radicado No. 20132400164831, de fecha 4 de julio de 2013.

d) Calcular el valor promedio anual (año corrido) de los ingresos brutos del juego para el periodo de cuatro años, es decir, teniendo en cuenta el valor de cada uno de los cuarenta y ocho (48) meses actualizados a valores constantes, valores del literal "c".

e) Determinar el valor de los ingresos brutos del último año, últimos doce (12) meses anteriores al mes de apertura del proceso licitatorio.

f) Para poder comparar los ingresos brutos referidos en el literal "e" es necesario que se reflejen en valores constantes, por lo tanto se debe actualizar el valor de cada uno de los doce (12) meses mencionados en el literal "e", a la fecha del acto de apertura del proceso licitatorio por medio del cual se firmó el contrato de concesión.

g) Comparar el valor promedio de los ingresos brutos del juego obtenido en el literal "d", con el obtenido en el literal "f" y elegir el mayor entre estos dos valores.

h) Al valor elegido, aplicarle un porcentaje de crecimiento igual al índice mensual de precios al consumidor calculado por el DANE, desde la fecha del acto de apertura del proceso licitatorio hasta la fecha de inicio del contrato de concesión, este sería el valor base anual sobre el que se inicia el cálculo de rentabilidad mínima del contrato de concesión. Este valor que se convierte en la rentabilidad mínima anual del primer año del contrato de concesión, sirve como referencia para calcular la rentabilidad mínima mensual, por lo tanto este valor debe dividirse por doce (12), para obtener el valor a ser declarado y pagado mensualmente por concepto de rentabilidad mínima, durante el primer año del contrato de concesión.

i) Sobre el valor base del literal "h", es decir, el valor base anual sobre el que se inicia el cálculo de rentabilidad mínima del contrato de concesión, se debe ajustar año a año aplicando un porcentaje de crecimiento igual al índice acumulado de precios al consumidor calculado por el DANE, del año inmediatamente anterior (año corrido), para mantenerlo en términos reales, y así se obtiene la rentabilidad mínima del contrato de concesión que deberá garantizarse año a año, a efectos de que durante la vigencia del contrato se procure el crecimiento de las ventas y por lo tanto de los recursos que se producen como arbitrio rentístico para la salud, o que como mínimo se garantice que estos recursos se sostendrán en el tiempo. En conclusión, en los contratos de concesión debe hacerse alusión tanto a la rentabilidad mínima anual como a la mensual, ya que la primera sirve de referencia para el cálculo de la rentabilidad mensual que debe ser la que se utiliza para efectos de la liquidación, declaración y pago de los montos mensuales.

Por lo anterior, es claro que para la metodología de cálculo y pago de la rentabilidad mínima, los plazos son mensuales, en consonancia con que el arbitrio rentístico se paga mensualmente".

Adicionalmente, el artículo 24 de la Ley 643 de 2001 establece que será causal de terminación unilateral de los contratos de concesión el incumplimiento, por parte de los concesionarios, del pago de la rentabilidad mínima, la cual estará definida en los pliegos de condiciones, sin que el uso de tal postestad excepcional le dé derecho a una indemnización o compensación al concesionario incumplido.

¿Qué importancia tienen los estudios previos para convocar el proceso de licitación del juego de chance?

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que resulta indispensable la elaboración de estudios suficientemente serios y completos, antes de iniciar cualquier procedimiento de selección. En materia precontractual todas las decisiones deben estar fundamentadas en el documento de estudios previos elaborado y puesto a consideración de los interesados, toda vez que el mismo garantiza el cumplimiento del principio de planeación.

Los estudios previos no pueden convertirse en la reiteración de las exigencias contenidas en el pliego de condiciones de las convocatorias, sino que deben asegurar el cumplimiento de lo ordenado por el numeral 7 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

De tal manera que resulta indispensable la elaboración de estudios juiciosos y terminados antes de iniciar un proceso de selección, encaminado a determinar correctamente, entre otros, la necesidad, los requisitos habilitantes y los factores de evaluación, los cuales deberán responder a valores agregados que persigue la entidad y que implican realmente beneficios y ventajas comparativas, entre los proponentes.

Los estudios previos son la columna vertebral del proceso, y esta etapa exige un esfuerzo coordinado de las áreas financieras, técnicas y jurídicas de la entidad contratante con el fin de establecer de manera clara, precisa, completa y oportuna las reglas de juego que guiarán el procedimiento de selección⁶.

⁶ Consejo de Estado 29 de agosto de 2007. Rad. 14854.

Es importante recordar que la ley permite el ajuste del contenido de los estudios previos con posterioridad a la apertura del proceso de selección, atendiendo los principios de la contratación estatal. No obstante, si los cambios implican variaciones fundamentales en los pliegos de condiciones de los procesos de selección iniciados, en aras de proteger el interés público, se deberá revocar el acto de apertura, con fundamento en el artículo 93 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

¿Cómo juega el principio de planeación en el proceso de selección del concesionario del juego de chance?

La selección del operador se hace por medio de licitación pública, siguiendo los principios y normas que rigen la gestión contractual de las entidades definidos en la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios.

En este contexto, es importante resaltar la importancia que tiene el principio de planeación en la estructuración del proceso de licitación que debe abrir cada entidad territorial. Los requisitos a cumplir deben estar plenamente identificados tanto en los estudios previos como en los pliegos de condiciones y será cada entidad territorial la encargada de fijarlos de acuerdo a la necesidad y condiciones particulares de cada jurisdicción territorial.

Así las cosas, es importante recordar que la entidad debe dar apertura al proceso con suficiente tiempo y establecer tiempos en las etapas propias del proceso que sean razonables. No resulta aceptable, por ejemplo, el hecho de fijar un plazo licitatorio de tan solo dos o tres días hábiles y una evaluación de uno o dos días, cuando lo que se evidencia es un afán de adjudicar el contrato ya sea porque la entidad no planeó con suficiente antelación el proceso o no otorgó los tiempos necesarios en las diferentes etapas del mismo. El Consejo de Estado ha sostenido en lo que respecta al principio de planeación⁷ :

“Por ende, este principio implica, entre otros aspectos, que las reglas deben ser generales e impersonales en el pliego de condiciones; otorgar un plazo razonable para que los interesados puedan preparar sus propuestas; y la prohibición de modificar los pliegos de condiciones después del cierre de la licitación, y como contrapartida que los proponentes no puedan modificar, completar, adicionar o mejorar sus propuestas ..(..) Subrayado fuera de texto.

⁷ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. CP.: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. 3 de diciembre de 2007.

La entidad territorial es la llamada a garantizar la escogencia de los contratistas y que el proceso de selección no sea producto de la improvisación y, por el contrario, esté precedido de unos estudios previos completos que aseguren la consagración de unos criterios de selección y calificación que le posibiliten a la entidad territorial tener la certeza de que la propuesta a escoger garantizará el desarrollo del objeto contractual.

¿Cuál es la importancia de diferenciar los requisitos habilitantes de los requisitos ponderables?

La Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios disponen las reglas y principios para garantizar que la gestión contractual de las entidades estatales sea, entre otros aspectos, eficiente, transparente, oportuna, donde prime lo sustancial sobre lo formal y donde el deber de selección objetiva permita la escogencia del ofrecimiento más favorable y conveniente para la entidad.

La norma hace una distinción entre los requisitos habilitantes los cuales son requisitos de verificación del proponente u oferente y los requisitos o factores de evaluación que aluden a la propuesta u oferta. los primeros hacen referencia a las condiciones mínimas de capacidad que deben cumplir los oferentes para ejecutar satisfactoriamente el contrato en caso de ser seleccionados, y sus criterios garantizan el cumplimiento del contrato.

Las condiciones de calificación de las ofertas o criterios de ponderación, por su parte, son aquellos que permiten la comparación objetiva de las propuestas recibidas. Generalmente son establecidos en términos de calidad y precio y determinan por qué una oferta resulta más favorable que otra para la entidad contratante. Se valora entonces la oferta en sí misma. Estos criterios deben estar directamente relacionados con el objeto de la contratación y generar una diferencia comparativa.

De igual forma, cabe recordar que los requisitos habilitantes no pueden ser objeto de puntaje, sino simplemente de verificación toda vez que delimitan la idoneidad de los proponentes de conformidad con la necesidad que pretende satisfacer la entidad. Así las cosas, los pliegos deben definir claramente qué requisitos de carácter técnico se van a exigir como habilitantes de la oferta (software, hardware, puntos de venta fijos y móviles, etc.) y qué elementos, adicionales a los mínimos, la entidad los va a ponderar como factores de calidad de la oferta.

¿Qué aspectos relevantes debe tener en cuenta la entidad previo a la convocatoria del proceso de licitación?

Además de dar cumplimiento al procedimiento establecido en la ley y los decretos reglamentarios, uno de los insumos más importantes a tener en cuenta dentro del proceso y, más aún, para garantizar los principios de transparencia, economía y selección objetiva, consiste en fijar factores de escogencia y calificación que resulten realmente adecuados y proporcionales a la naturaleza del contrato de concesión del juego de chance y a su valor.

Por esto, las entidades deben evitar incluir cláusulas o requisitos que puedan, de alguna manera, generar ventajas injustificadas para algún proponente en especial o establecer requisitos que reflejen las condiciones propias de alguna empresa o grupo de empresas en particular, como por ejemplo, exigir que se demuestre una experiencia específica en contratos de concesión para la operación del juego de apuestas permanentes por un término de 15 años durante los últimos 20 años, situación que puede poner en desventaja a algunas empresas operadoras que no tengan tal experiencia, más aún, cuando la Ley 643 de 2001 limita la operación de estos juegos en un plazo máximo de 5 años.

De igual forma, se debe propender por evitar cláusulas ambiguas y confusas, que lleven a una interpretación de carácter subjetivo de la entidad. Así pues, los requisitos técnicos y de experiencia específica deben tener una conexidad con el objeto materia de la licitación y estos deben ser proporcionales, necesarios y razonables con las obligaciones propias que se pretende contratar.

Por otra parte, los factores de evaluación o puntaje, como lo ha dicho la jurisprudencia, deben ser útiles, indispensables y determinantes para el propósito de comparar los aspectos sustanciales de los ofrecimientos⁸, de lo contrario, se podría poner en riesgo la escogencia de la oferta más favorable al interés público y transgredir los principios de la Ley 80 de 1993 como orientadores de la actividad contractual, y de esta manera garantizar que la selección se cumpla en condiciones de igualdad. Por tal motivo, no es de recibo fijar factores de evaluación en los que las entidades, por ejemplo, otorguen puntaje a proponentes que tengan instalada una infraestructura de mercadeo en los distintos municipios del departamento o darle puntaje a aquel proponente que al momento de presentar la propuesta tenga un establecimiento de comercio en el departamento. Estas situaciones podrían generar una ventaja comparativa frente a cualquier otro potencial operador que quisiera competir dentro del proceso.

⁸ Sentencia Consejo De Estado, Sección Tercera, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, 8 de febrero de 2012, Radicación Número: 17001-23-31-000-1997-08034-01(20688).

¿Puede la entidad adjudicar, dentro de un proceso de licitación, la operación del juego de chance cuando solo se ha presentado un único oferente?

Siempre y cuando ese único proponente cumpla con los requisitos habilitantes exigidos y se observe el cumplimiento de las condiciones mínimas establecidas en los pliegos, la entidad no solo puede sino que debe adjudicar el proceso al proponente único.

¿Qué papel desempeña la entidad concedente en la ejecución de la operación del juego?

Además de ser en quien recae la responsabilidad de escoger mediante un proceso de licitación al concesionario, las entidades concedentes son las llamadas a realizar las actividades de interventoría y/o supervisión tendientes a garantizar que los concesionarios cumplan las obligaciones pactadas en los correspondientes contratos de concesión. Sobre este punto, se les recuerda a las entidades territoriales lo dispuesto en el artículo 83 del Decreto 1474 de 2011, según el cual, además de hacer una distinción conceptual entre supervisor e interventor, establece la exigencia de que el supervisor sea un funcionario designado por la misma entidad pública, para la vigilancia técnica, administrativa, financiera, contable y jurídica del contrato, con el fin de garantizar la correcta ejecución del mismo.

Así mismo, las entidades públicas administradoras del monopolio rentístico de cada jurisdicción están dotadas de amplias facultades para fiscalizar y exigir de la empresa operadora del juego de apuestas permanentes o chance el cumplimiento de las obligaciones estipuladas en los contratos y en general el acatamiento estricto de las normas del régimen propio⁹.

⁹ De acuerdo con lo previsto en el artículo 43 de la Ley 643 de 2001, entre las facultades que tienen las entidades concedentes del monopolio de Juegos de Suerte y Azar, están:

- 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.

¿Qué pasa si el concesionario no cumple con sus obligaciones contractuales, como la de no transferir los derechos de explotación?

Para el caso del juego de chance, la ley le atribuye facultades sancionatorias de carácter administrativo por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, las cuales se ejercen independientemente de la responsabilidad penal o fiscal en que puedan incurrir los concesionarios, todo en aras de garantizar el correcto y cabal cumplimiento de las normas del régimen propio del monopolio y de las estipulaciones previstas en los respectivos contratos de concesión.

Así por ejemplo, si se presentan “retrasos” por parte del concesionario en el pago de la rentabilidad mínima por concepto de derecho de explotación o paga un monto inferior al debido, no sólo se configura un incumplimiento del contrato de concesión, sino que esta situación constituye una causal para que la entidad concedente termine unilateralmente el contrato, de conformidad con las normas establecidas en la misma Ley 80 de 1993 y en el mismo contrato, sin derecho, tal como lo establece la ley, a una indemnización o compensación.

Además de la entidad concedente, ¿qué otras instituciones intervienen en la explotación del juego de apuestas permanentes y qué función cumplen?

- El Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar (CNJSA):

Es un organismo administrativo que pertenece a la Rama Ejecutiva (adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público) e integra el Sector Administrativo de la Salud y Protección Social y entre sus principales funciones se encuentran:

- Vigilar el cumplimiento de la Ley 643 de 2001.
- Definir los indicadores que han de tenerse como fundamento para calificar la gestión, eficiencia y rentabilidad de las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de capital público departamental (SCPD) y demás agentes que sean admi-

nistradores u operadores de juegos de suerte y azar, cuya explotación corresponda a las entidades territoriales.

- Emitir conceptos sobre la aplicación e interpretación de la normatividad que rige la actividad monopolizada de los juegos de suerte y azar en el nivel territorial.
- Evaluar anualmente la gestión, eficiencia y rentabilidad de las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de capital público departamental (SCPD) y demás agentes que sean administradores u operadores de juegos de suerte y azar, cuya explotación corresponda a las entidades territoriales.

Es importante resaltar la facultad consultiva que tiene el Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, como máximo órgano dentro del monopolio rentístico, por lo cual sus pronunciamientos deben ser observados tanto por las entidades concedentes como por los operadores del juego de apuestas permanentes. Así mismo, es conveniente que las entidades territoriales, previo a la apertura del proceso, definan de manera clara la metodología para el cálculo de la rentabilidad mínima de los contratos de concesión para operar el juego de apuestas permanentes, teniendo en cuenta las directrices que sobre la materia haya dado el mismo Consejo.

- Empresa Industrial y Comercial del Estado – Coljuegos:

Tiene como objeto la explotación, administración, operación y expedición de reglamentos de los juegos que hagan parte del monopolio rentístico sobre los juegos de suerte y azar que por disposición legal no sean atribuidos a otra entidad.

- Superintendencia Nacional de Salud – SuperSalud:

Tiene como funciones la inspección, vigilancia y control sobre el monopolio de los Juegos de Suerte y Azar, así como llevar estadísticas y recopilar información sobre el sector de los juegos de azar.

¿Qué consecuencias tiene para una empresa operadora de chance no cumplir con los indicadores de gestión, eficiencia y rentabilidad?

Al CNJSA le corresponde calificar anualmente la gestión y eficiencia, entre otros, de las operadoras de juegos de suerte y azar. El acuerdo 074 de 2013, a través del cual el CNJSA adopta y modifica la Resolución 5430 de 2009, la cual define los indicadores de gestión, eficiencia y rentabilidad de las empresas operadoras del juego de apuestas permanentes o chance, establece dos categorías de indicadores (Indicadores Tipo I y Tipo II)¹⁰. La consecuencia, en caso en que se otorguen una calificación insatisfactoria a los concesionarios de los indicadores Tipo I, es la recomendación perentoria de dar por terminado unilateralmente el contrato de concesión, así por ejemplo, dicha recomendación debe surtirse cuando las empresas concesionarias no cumplan con los pagos de los derechos de explotación, anticipos y gastos de administración.

Por su parte, cuando las empresas concesionarias no cumplen el Indicador Tipo II, el cual hace alusión a la oportunidad en el pago de los derechos de explotación, los anticipos y los gastos de administración, no dará lugar a la recomendación de terminación unilateral siempre y cuando los pagos se hayan realizado dentro del mes siguiente a la fecha establecida para su giro oportuno.

Esta cartilla fue impresa en el mes de abril de 2014

¹⁰ Los indicadores se dividen en dos tipos: 1) Tipo I: son aquellos que corresponden a los elementos críticos de la operación de la concesión y evalúan la gestión y generación eficiente de recursos para el servicio de salud. Estos son:

1. Indicador de la exactitud en la liquidación de los derechos de explotación declarados
2. Indicador de la rentabilidad mínima de la concesión
3. Indicador de ingresos brutos de la concesión
5. Indicador de la exactitud en la liquidación de los gastos de administración reconocidos a la entidad concedente
6. Rentabilidad de la operación
7. Porcentaje de operación en línea y tiempo real

El indicador Tipo II hace relación a los elementos complementarios de la operación del juego, pero no pone en riesgo la eficiencia del manejo de la concesión y se denomina Indicador de la oportunidad en el pago de los derechos de explotación, los anticipos y los gastos de administración.