

"Por un control fiscal efectivo y transparente"

Doctor
GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO
Alcalde Mayor de Bogotá D.C.
Carrera 8 No. 10 - 65
Código Postal 111711
Bogotá, D.C.

ASUNTO: Advertencia Fiscal por el riesgo de pérdida de recursos para los Fondos de Salud de Bogotá y Cundinamarca, en cuantía de \$2.800.083.531, como resultado de la suscripción del OTROSI del 17 de junio de 2011, hecho al Contrato de Concesión 055 de 2006, por el cual se recalculó la base para establecer la rentabilidad mínima de los juegos de suerte y azar, en el período comprendido entre el 1 de febrero al 11 de julio de 2010.

La Contraloría de Bogotá D. C., en ejercicio de la función de vigilancia a la gestión fiscal de la Administración Distrital, conforme a lo normado en los artículos 267 y siguientes de la Constitución Política, y demás normas que reglamentan el ejercicio de la función pública de control fiscal¹, y en cumplimiento del Plan de Auditoría Distrital – PAD 2013, adelantó Visita Fiscal ante la Lotería de Bogotá, con el objetivo de determinar si la modificación efectuada al Contrato de Concesión número 055 de 2006, mediante OTROSI del 17 de junio de 2011, está ajustada a la normatividad vigente. Además, establecer, si es procedente la devolución de recursos por parte de los Fondos de Salud de Bogotá y Cundinamarca al contratista Apuestas en Línea S.A., (hoy Grupo Empresarial en Línea S.A.- GELSA S.A.), por concepto de un presunto mayor valor girado.

Con los resultados obtenidos en la Visita Fiscal y en virtud de lo dispuesto en el numeral 4º, artículo 5º del Acuerdo 519 de 2012, este Ente de Control, se permite advertir sobre el riesgo de pérdida de recursos en que pueden incurrir los Fondos de Salud de Bogotá y Cundinamarca, con la suscripción del OTROSI del 17 de junio de 2011, al Contrato de Concesión 055 de 2006, con el cual se redujo la rentabilidad mínima por derechos de explotación de los juegos de suerte y azar en un monto de \$2.800.083.530.

¹ Ley 42 de 1993, ley 610 de 2000, ley 1474 de 2011 y, Decreto Ley 1421 de 1993. Acuerdo Distrital 519 de 2012

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

ANTECEDENTES:

La Lotería de Bogotá es una Empresa Industrial y Comercial del Distrito, descentralizada, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio de conformidad con el acuerdo No. 81 de 1967, reglamentado mediante decretos números 407 de 1974, 302 de 1976 y 927 de 1994, emanados de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.

Esta entidad, es titular del monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar tanto en el Distrito Capital, en cumplimiento con el artículo 336 de la Constitución Política y de la Ley 643 de 2001(derogada parcialmente por la Ley 1393 de 2010); como en el Departamento de Cundinamarca, de acuerdo al Convenio Interadministrativo No. 2 del 6 de enero de 2006 suscrito con la Lotería de Cundinamarca.

La Ley 643 de 2001², estableció que de los ingresos provenientes de apuestas permanentes de Bogotá y Cundinamarca, el concesionario debe distribuirlos en un 70% para el Fondo Financiero de Salud de Bogotá y el 30% restante para el Fondo Departamental de Salud de Cundinamarca.

A la luz de Ley 80 de 1993³, la Lotería de Bogotá, mediante licitación pública 003 de 2006, adjudicó el Contrato de Concesión 055 de 2006 a la firma Apuestas en Línea S.A. hoy llamado Grupo Empresarial en Línea S.A – GELSA S.A., para que por su cuenta y riesgo ejecutara directamente el juego de Apuestas Permanentes o Chance en Bogotá, D.C. y el Departamento de Cundinamarca. El control, fiscalización y supervisión correspondió a la entidad CONCEDENTE, en el período comprendido entre el 1 de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2011.

Para establecer la rentabilidad o derechos de explotación mínimos y determinar el valor del contrato de concesión, la ley señaló que el procedimiento se efectuaba mediante un estudio de mercado que debía sujetarse a la normatividad⁴.

² En su artículo 22 señala: *“Parágrafo. Para los efectos de la presente ley los ingresos provenientes de juegos de apuestas permanentes de Bogotá y Cundinamarca continuarán distribuyéndose en un setenta por ciento (70%) para el Fondo Financiero de Salud de Bogotá y el treinta por ciento (30%) para el Fondo Departamental de Salud de Cundinamarca, descontados los gastos administrativos de la explotación”.*

³ Ley 643 remite la operación del chance a la Ley 80 de 1993 así: *“ARTÍCULO 7°. Operación mediante terceros. La operación por intermedio de terceros es aquella que realizan personas jurídicas, en virtud de autorización, mediante contratos de concesión o contratación en términos de la Ley 80 de 1993, celebrados con las entidades territoriales, las empresas industriales y comerciales del Estado (...)”*

⁴ Ley 643 de 2001 artículo 23, Decreto 3535 de 2005 artículo 2 y 3; Decreto 1350 de 2003, artículo 12 parágrafo y la circular de la Supersalud 017 del 7-07-2005



“Por un control fiscal efectivo y transparente”

Según lo pactado, el concesionario se comprometió a pagar la rentabilidad mínima mayor, que resultare entre el monto mensual y el anual, que por concepto de derechos de explotación y para el término de duración de la respectiva concesión, se estableció en el 12% de los ingresos brutos del juego.

Inicialmente en el Contrato de Concesión 055 de 2006, se estableció una rentabilidad mínima de \$277.947.000.000, para los 5 años de su ejecución, monto por el cual debía responder el concesionario y transferir⁵ al Fondo Financiero Distrital de Salud y al Fondo de Salud de Cundinamarca, en los porcentajes determinados por la ley, después de descontar los derechos de administración⁶ a la Lotería de Bogotá, correspondiente al 1% sobre el 12% establecido.

Posteriormente, por decisión unilateral de la Lotería de Bogotá, mediante la resolución N° 052 del 6 de abril de 2010, se establece una rentabilidad mínima en cuantía de \$304.956.496.929; es decir, un mayor valor de \$27.009.496.929 a la cifra acordada inicialmente. Modificación soportada en el estudio de mercado⁷ realizado por la Universidad Nacional.

De otra parte, el gobierno nacional expidió el Decreto Ley 127⁸ de emergencia social, el 21 de enero de 2010, el cual estableció que los juegos de suerte y azar, que hasta esa fecha estaban afectados con un IVA del 5%, se les incrementaba al 16% a partir del 1 de febrero del mismo año.

El concesionario respecto a este último Decreto en varias comunicaciones⁹ manifestó verse afectado económicamente con el incremento del IVA y solicitó a la Lotería de Bogotá, la modificación del contrato, disminuyendo la rentabilidad mínima pactada dentro del mismo.

⁵Decreto 3535 de 2005 artículo 11 que establece que el concesionario debe girar directamente los dineros a los fondos de salud Distrital y Departamental

⁶ Ley 643 de 2001 artículo 9, estipula: “Sin perjuicio de los derechos de explotación, cuando el juego se opere a través de terceros, estos reconocerán a la entidad administradora del monopolio como gastos de administración un porcentaje no superior al uno por ciento (1%) de los derechos de explotación”.

⁷ Las circulares de la Supersalud, 0047 del 30 de noviembre de 2007 y 0049 del 2 de abril de 2009 y la Ley 643 de 2001 que en su Decreto Reglamentario 4643 de 2005 reglamentario, indica: “Artículo 3°.- Revisión estudios de mercado. La entidad concedente de la operación del juego de apuestas permanentes o chance, sin perjuicio del estudio de mercado previo a la convocatoria de la licitación pública correspondiente, podrá realizar, durante la ejecución del respectivo contrato, de oficio o a solicitud del concesionario, un estudio de mercado a partir del segundo año de la concesión, con el fin de revisar el potencial del juego de apuestas permanentes y el cumplimiento de las condiciones económicas del contrato. Los estudios de mercado se harán en los términos y condiciones previstos por la Superintendencia Nacional de Salud.”

⁸ Declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-253 del 16 de abril de 2010 y en la que difiere sus efectos hasta el 16 de diciembre de 2010.

⁹ Principalmente la plasmada en el oficio del 14 de septiembre de 2010 con registro 2754 que suscribe el concesionario GELSA S.A..

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

La Lotería de Bogotá inicialmente fija su posición el 13 de septiembre de 2010 y acogándose a un concepto emitido por el Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar¹⁰, como órgano máximo de interpretación de la Ley de juegos de suerte y azar¹¹, manifiesta que no era viable la modificación y que es necesario probar la afectación económica por parte del concesionario para acceder a su pretensión.

El concesionario entonces, el 14 de septiembre de 2010, solicita a la Lotería de Bogotá la realización de un estudio de mercado para la modificación económica del contrato, porque considera que existe un desequilibrio financiero que le afecta y por lo cual el contrato debe ser ajustado.

Ante la anterior solicitud, la Lotería de Bogotá, eleva petición ante la Alcaldía Mayor de Bogotá, y la abogada externa de dicha Entidad¹², manifiesta enfáticamente que esta petición debe ser resuelta por la Junta Directiva de la Lotería de Bogotá, sin embargo, pone de presente algunos puntos de análisis así:

- a) Que los resultados de la revisión afectará al contrato a partir de la autorización de la Superintendencia Nacional de Salud. Las leyes tributarias no se pueden aplicar con retroactividad y este es uno de los principios del sistema impositivo.
- b) El contrato es aleatorio y no conmutativo, de suerte que no es dable hablar de un desequilibrio económico, porque se pactó una contingencia incierta de pérdida o ganancia, ya que se entregó una autorización o habilitación regulada, para que el concesionario Apuestas en Línea S.A. explotara una actividad que constituye monopolio estatal.
- c) No se trata de un nuevo impuesto, sino del incremento de uno ya existente, por lo tanto el contratista debe probar, que las condiciones iniciales del contrato se han alterado dada la imprevisibilidad de la medida y que por estas nuevas condiciones, el concesionario ha de asumir cargas anormales o extraordinarias que repercuten en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

¹⁰ Expedido el 17 de junio de 2010 con radicado 184757 por el CNJSA.

¹¹ Ley 643 "Artículo 47. Funciones del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar. Además de las que se señalan en las diferentes normas de la presente ley, le corresponde al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, las siguientes funciones: ...5. Emitir conceptos con carácter general y abstracto sobre la aplicación e interpretación de la normatividad que rige la actividad monopolizada de los juegos de suerte y azar."

¹² Oficio suscrito por la abogada externa con radicado 1-2010-48756 del 12-11-2010 a la Dirección Jurídica de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor.

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

d) El que paga el tributo es el apostador y no el concesionario

Concluye la abogada, que el desequilibrio económico no es evidente en este caso y que debe probarse.

Luego de varias consultas, la Lotería de Bogotá responde al concesionario, que es viable el estudio de mercado para la modificación del contrato; sin embargo, indica que una vez efectuado el estudio de mercado, éste puede ser aplicado sólo hacia el futuro o por el tiempo que resta del contrato.¹³

El concesionario manifestó su desacuerdo ante la posibilidad de realizar el estudio mercado y aplicarlo solo a lo que resta del periodo de la concesión.

Se evidenció en la auditoria, que no se efectuaron lo estudios de mercado.

Nuevamente el Grupo Empresarial en Línea S.A, solicita el 9 de junio de 2011 a la Lotería de Bogotá, la modificación del contrato para el período comprendido entre el 1 de febrero y el 11 de julio de 2010,¹⁴ soportados en dos premisas: una, el incremento del IVA del 5% al 16%, de conformidad con el Decreto 127 de 2010 y, otra, los conceptos de la DIAN¹⁵, que señalan que para obtener la base gravable del impuesto, se debe dividir en el formulario del juego de apuestas permanentes el valor de la apuesta total por 1.16 y no como se venía haciendo por el 1.05. Este criterio fue coadyuvado por la Federación Colombiana de Empresarios de Juegos de Suerte y Azar (FECEAZAR). Además señalan las dos entidades que es la DIAN la entidad competente para emitir conceptos en materia tributaria.

¹³Oficios suscritos por la Lotería de Bogotá el 13 de diciembre de 2010 con registros 8005 y 8009 y comunicados al Concesionario Apuestas en Línea S.A. y a la Supersalud.

¹⁴ Porque para el 12 de julio de 2010 entra en vigencia la Ley 1393 que establece una rentabilidad mínima con una metodología diferente y que acoge el 16% del IVA a los juegos de suerte y azar.

¹⁵ conceptos 014875 del 20 de febrero de 2009 se indicó que *“...el artículo 2° del decreto 1350 de 2003, reglamentario de la Ley 643 de 2001, define entre otros términos lo que debe entenderse por apuesta e ingresos brutos y en lo relativo a la modalidad del juego de apuestas permanentes o chance, así: 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. Ingresos brutos: Ingresos brutos: Se entiende por ingresos brutos el valor total de las apuestas registradas en los formularios oficiales del juego. 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 5% se concluye que el 5% del valor total pagado por el apostador corresponderá al impuesto sobre las ventas. Por lo tanto, el 95% de dicho pago total por parte del apostador corresponderá al monto de la apuesta.”*

Oficio 014667 del 2 de marzo de 2010, la DIAN, conceptuó: *“la base gravable en los juegos de suerte y azar, salvo los juegos localizados, está constituida por el valor de la apuesta, del documento, formulario, boleta, billete o instrumento que da derecho al juego “(...)por lo que a efectos de determinar la base gravable, el monto pagado por el apostador deberá dividirse por 1.05 (Hoy 1.16 Decreto 127/2010), resultado que corresponderá a la base gravable del impuesto sobre las ventas en los juegos de suerte y azar.”*

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

La Lotería de Bogotá entonces, en el mismo mes de la solicitud antes anotada y ocho (8) días después, esto es el 17 de junio, expide el OTROSÍ disminuyendo el valor de la rentabilidad mínima establecida en el contrato de concesión 055 de 2006, para el período comprendido entre el 1 de febrero y el 11 de julio de 2010 en una vez efectuado una cuantía de \$2.800.083.531. (el concesionario transfirió a los Fondos de Salud \$29.528.153.582, pero aduce que debió transferir \$26.728.070.052).

La Lotería de Bogotá en ejecución del contrato y ante la solicitud del concesionario para hacer efectivo lo acordado en el OTROSÍ guardó silencio. Luego de terminado el contrato de concesión, el 31 de diciembre de 2011, elevó consultas para determinar si era posible descontar los valores fijados en esta modificación a favor del concesionario, de los valores del contrato de concesión 157 de 2011. Las consultas le indicaron que no era viable descontar y/o compensar de un contrato en ejecución, obligaciones surtidas en un contrato anterior¹⁶.

Además de lo anteriormente expuesto, téngase en cuenta que el Contrato de Concesión 055 de 2006, no ha sido liquidado.

La Lotería de Bogotá, sin facultades legales¹⁷, tomó la decisión de mediar y/o conciliar en el proceso que adelanta el Concesionario contra los Fondos de Salud Distrital y Departamental, para que éstos compensen o reintegren el valor de \$2.800.083.531 a favor del concesionario¹⁸. Con lo anterior se pretende que los Fondos de Salud asuman monetariamente, y con recursos de la salud, la afectación económica no probada del concesionario, por concepto del incremento del IVA del 5% al 16%, cuando ellos ni siquiera son parte del contrato.

El Fondo Financiero Distrital de Salud, elevó consulta¹⁹ al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, en donde este órgano manifestó que no hay lugar a devolución de dineros al concesionario, porque el IVA no hace parte de la apuesta y además porque los Fondos de Salud no hacen parte de la relación contractual.

En el corolario de la Visita Fiscal se señaló que:

1. De conformidad con el Decreto 3535 de 2005, la única forma de modificar el contrato de concesión mientras rigió la Ley 643 de 2001 y para el período del

¹⁶ Oficio 3329 del 2 de noviembre de 2012 suscrito por el Secretario Técnico del CNJSA

¹⁷ Entre otras actuaciones las reflejadas en los oficios con registros 1800 y 1802 del 20 de marzo de 2012 suscritos por el Gerente de la Lotería de Bogotá.

¹⁸ \$1.960.058.471 para el Fondo Distrital de Salud (70%) y \$840.025.059 para el Fondo Seccional de Salud de Cundinamarca (30%).

¹⁹ Concepto comunicado mediante oficio con radicado No. 20132400164911 del 11 de julio de 2013



"Por un control fiscal efectivo y transparente"

1 de febrero al 11 de julio de 2010 modificado mediante el OTROSI del 17 de junio de 2011, era mediante un estudio de mercado, que debía contener los parámetros normativos de la Ley y de las circulares de la Supersalud.

2. Los conceptos de la DIAN, respecto a las definiciones de apuestas y derechos de explotación, tienen la misma connotación entregada por el decreto 1350 de 2003, en que claramente se estipuló que de los derechos de explotación, estaba excluido el IVA y esta misma manifestación quedó consignada en el clausulado del contrato de concesión²⁰.
3. Que en el clausulado del contrato de concesión, el concesionario aceptó los riesgos de pérdida o ganancia del negocio del juego de suerte y azar; además, que cualquier modificación de las normas impositivas, en este caso el IVA, no eran soporte para la solicitud de modificación del contrato²¹.
4. Igualmente, la argumentación del concesionario respecto a una afectación grave en la racionalidad económica del contrato, por el incremento del IVA del 5% al 16%, en la que no puede responder por la rentabilidad y productividad necesarias, para el cumplimiento de la finalidad real y efectiva de transferir recursos a la salud, no fue probada en la ejecución del contrato.

²⁰ PRIMERA (...) PARAGRAFO: El pliego de condiciones, sus adendas y la propuesta del CONCESIONARIO presentada el 30 de noviembre de 2006, forman parte integral del presente contrato.
SEGUNDO: VALOR (...) PARÁGRAFO PRIMERO: El proponente se compromete a pagar a la Lotería de Bogotá el mayor valor que resulte al comparar el mínimo anual que por concepto de derechos de explotación que para el término de la respectiva concesión se ha establecido en la presente cláusula y el monto equivalente a la liquidación de los derechos de explotación correspondientes al 12% de los ingresos brutos del juego (excluido el IVA) que realizará de manera mensual (...).

²¹ 1.- La Adenda No. 1 del proceso licitatorio suscrita el 21 de noviembre de 2006 que acordó:
"LA PRESENTACION DE LAS OFERTA Y LA SUSCRIPCION DEL CONTRATO. EL CONCESIONARIO DEBE ASUMIR LOS RIESGOS DEL ÉXITO O FRACASO DE LA OPERACIÓN DEL JUEGO DE APUESTAS PERMANENTES, Y POR ELLO OBRA POR SU CUENTA Y RIESGO."
En el contrato las cláusulas:
"SÉPTIMA: OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO: 1.- Las establecidas en el pliego de condiciones y sus adendas y modificaciones, las establecidas en Ley de Régimen Propio de los Juegos de Suerte y Azar, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y las normas reglamentarias de dichos ordenamientos y las que los sustituyan o modifiquen.
30.- El concesionario asume el riesgo del éxito o fracaso de la operación del Juego de Apuestas Permanentes y por ello obra por su cuenta y riesgo.
(...)
DÉCIMA SÉPTIMA. CONOCIMIENTO DEL MERCADO.- El CONCESIONARIO declara que conoce y acepta las condiciones del mercado del Juego de Apuestas Permanentes en el Distrito Capital de Bogotá y el Departamento de Cundinamarca conforme a los estudios previos elaborados para la Licitación Pública No. 003 de 2006, de su comercialización, de la competencia existente y demás aspectos de carácter económico, laboral, fiscal, impositivo, policivo, que puedan influir en la ejecución del presente contrato de concesión. Dado el conocimiento de estos aspectos, la LOTERÍA DE BOGOTÁ no admitirá reclamos o incumplimientos fundamentados en estos motivos."(negrillas fuera del texto).

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

5. De otra parte, la modificación plasmada en el OTROSÍ suscrito entre la Lotería de Bogotá y el Grupo Empresarial en Línea S.A. (antes Apuestas en Línea S.A.), no tiene el soporte legal exigido, por lo tanto no era procedente.
6. Se evidenció además, que la Lotería de Bogotá y GELSA S.A., actualmente efectúan actividades tendientes a obtener la devolución o reintegro ante los Fondos de Salud de Bogotá y Cundinamarca a favor del concesionario, por lo que este Organismo de Control Fiscal considera, que se encuentran en grave riesgo los recursos de la salud, ya que pueden verse avocados a su disminución en cuantía de \$2.800.083.531, por la modificación introducida en el OTROSÍ del 17 de junio de 2011.






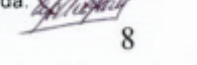
Con fundamento en la anterior, este Órgano de Control pone en su conocimiento para los fines pertinentes los hechos comunicados, sin perjuicio de las acciones que puedan derivarse del ejercicio de nuestra acción fiscalizadora, conforme lo establece el artículo 5º Numeral 4 del Acuerdo 519 de 2012.

De no estar de acuerdo con las observaciones anteriormente citadas, indicar las razones mencionando las evidencias y demás pruebas en las que se sustente su respuesta.

Dicha información deberá ser remitida a este Despacho a más tardar dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la presente.

Cordialmente,


DIEGO ARDILA MEDINA
Contralor de Bogotá, D.C.

Revisión Técnica: Luis Carlos Velandia Jiménez, Director Fiscalización Sector Hacienda. 
Revisión de Asesor: César Augusto Rivera Collazos, Asesor Despacho Contralora Auxiliar. 
José Antonio Cruz Velandia, Asesor Dirección Fiscalización Hacienda. 
Luis Alejandro Herreño Pérez, Asesor Dirección Fiscalización Hacienda. 
Proyectó y Elaboró: Martha Cristina Cuellar López, Profesional Especializado, Dirección Fiscalización Hacienda. 
William Jesús Jiménez Vasquez, Profesional Universitario 219-03, Dirección Fiscalización Hacienda. 
Willie May Rátiva Howard, Profesional Universitario 219-03, Dirección Fiscalización Hacienda. 

www.contraloriabogota.gov.co

Cra. 32A No. 26A-10
Código Postal 111321
PBX 3358888