



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

**INFORME DE LA VISITA FISCAL
“PARA DETERMINAR SI LA MODIFICACION EFECTUADA AL CONTRATO DE
CONCESION N° 055 de 2006 MEDIANTE OTROSI DEL 17 DE JUNIO DE 2011 ESTA
AJUSTADA A LA NORMATIVIDAD LEGAL”**

DIRECCIÓN FISCALIZACIÓN SECTOR HACIENDA

LOTERIA DE BOGOTA

NOVIEMBRE DE 2013

VISITA FISCAL A LA LOTERIA DE BOGOTA

Contralor de Bogotá

Diego Ardila Medina

Contralora Auxiliar

Ligia Inés Botero Mejía

Director Sectorial

Luis Carlos Velandia Jiménez

Asesores

José Antonio Cruz Velandia
Luis Alejandro Herreño Pérez

Equipo de Auditoría:

William Jesús Jiménez Vásquez
Profesional Universitario 219-03
Martha Cristina Cuellar López
Profesional Especializado 222-07 (E)
Willie May Rátiva Howard
Profesional Universitario 219-03
Jaime Ronald Sánchez Muñoz
Pasante.

Noviembre de 2013



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

CONTENIDO

1.	ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN	4
2.	RESULTADOS OBTENIDOS	43
3.	ANEXOS	54

1. ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

En cumplimiento del Memorando de Asignación expedido por la Directora del Sector Hacienda, el equipo auditor practicó Visita Fiscal a la Lotería de Bogotá, con el objeto de: *“Determinar si la modificación efectuada al contrato de concesión 055 de 2006 mediante OTROSI del 17 de junio de 2011 está ajustado a la normatividad legal, con el fin de establecer si la devolución de recursos por parte de los fondos de salud al Grupo Empresarial Apuestas en Línea S.A. –GELSA S.A. por concepto de un mayor valor girado a causa del cambio de la tarifa del IVA dentro del contrato es procedente”.*

Luego de analizar y evaluar los documentos y las pruebas practicadas de conformidad con el equipo auditor el resultado fue la siguiente observación con posible incidencia disciplinaria y para tal efecto se practicaron varias pruebas así:

Se analizaron los documentos del contrato 055 de 2006 y se extractó lo siguiente:

ANTECEDENTES:

La LOTERÍA DE BOGOTÁ, es una Empresa Industrial y Comercial del Distrito con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, además es una Entidad descentralizada de la estructura administrativa del Distrito Capital de conformidad con el acuerdo No. 81 de 1967, reglamentada mediante Decretos números 407 de 1974, 302 de 1976 y 927 de 1994, emanados de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.

La Lotería de Bogotá, de acuerdo con el artículo 336 de la Constitución Política que instituyó el monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar en Colombia, es titular del monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar en el Distrito Capital (Ley 643 de 2001, artículo 2 y 6 y Ley 80 de 1993) e igualmente es titular en Cundinamarca por el Convenio Interadministrativo No. 2 del 6 de enero de 2006 suscrito con la Lotería de Cundinamarca.

La función principal de la Lotería de Bogotá, es la generación de recursos, mediante la administración y control a la explotación de los juegos de suerte y azar. Estos recursos son destinados al funcionamiento de la salud.

Como desarrollo de esta actividad, la LOTERÍA DE BOGOTÁ mediante licitación 003 de 2006, adjudicó y suscribió con la SOCIEDAD GRUPO EMPRESARIAL EN LÍNEA S.A., antes APUESTAS EN LÍNEA S.A., el contrato de concesión 055 del 18 de diciembre de



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

2006, cuyo objeto era el otorgamiento de la concesión para la operación del juego de apuestas permanentes o chance en BOGOTÁ D.C., y el Departamento de Cundinamarca, con un plazo de ejecución de cinco (5) años, del 1º de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2011, bajo el control, fiscalización y supervisión de la LOTERÍA DE BOGOTÁ.

En ejecución del contrato el valor fue modificado en dos ocasiones:

1.- Por decisión unilateral por parte de la Lotería de Bogotá, mediante la resolución No.052 del 6 de abril de 2010, que estableció una rentabilidad mínima a la mayor acordada inicialmente.

2.- Por decisión bilateral, se disminuyó la base de los derechos de explotación mediante Otrosí del 17 de junio de 2010, para el periodo comprendido, del 1 de febrero al 11 de julio de 2010.

La visita administrativa centra su objetivo en la expedición y ejecución del OTROSI, para lo cual se efectuaron las siguientes pruebas:

Recaudo los documentos del contrato 055 de 2006 en donde se encuentran los siguientes hechos:

- Se suscribió el contrato de concesión 055 de 2006, con el objeto de otorgar la operación del Juego de Apuestas Permanentes por parte de la Lotería de Bogotá a la empresa APUESTAS EN LÍNEA S.A., (Hoy GELSA S.A.), para que por su cuenta y riesgo ejecute directamente el juego de Apuestas Permanentes o Chance en Bogotá, D.C., y el Departamento de Cundinamarca, bajo el control, fiscalización y supervisión de la Entidad CONCEDENTE (Lotería de Bogotá).
- El concesionario se compromete a pagar mensualmente a la entidad concedente a título de derecho de explotación, el doce por ciento (12%) de sus ingresos brutos por el negocio del chance; sin embargo, en el contrato se fija una rentabilidad mínima de \$277.947.000.000, por la cual debe responder el concesionario. Este valor fue el resultado de un estudio de mercado adelantado por el Centro Nacional de Consultaría, avalado por la Superintendencia Nacional de Salud y de conformidad con los procedimientos establecidos en las circulares 0047 del 30 de noviembre de 2007 y 0049 del 02 de abril de 2008 y las circulares externas 017 y 022 del 2005 de esta última entidad.
- De este 12%, el concesionario entrega el 1% para gastos de administración de la Lotería de Bogotá y el restante los traslada, un setenta por ciento (70%) para

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

el Fondo Financiero de Salud de Bogotá y el treinta por ciento (30%) para el Fondo Departamental de Salud de Cundinamarca.

- o El contrato de concesión 055 de 2006, se ejecutó bajo la reglamentación de la Ley 80 de 1993, la Ley 643 de 2001, y decretos 3535 de 2005, 4643 de 2005, 1350 de 2003, hasta el 11 de julio de 2010, teniendo en cuenta que a partir del 12 de julio de 2010 entra en vigencia la Ley 1393, además, mediante el OTROSI del 17 de junio de 2011, el periodo comprendido entre el 1º de febrero y el 11 de julio de 2010 fue modificado.

El contrato atendió los siguientes parámetros:

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.”

2.- El contrato de concesión 055 de 2006; 2.-consideraciones del contrato: No. 11 : *“le son aplicables las normas contenidas en la Constitución Política de Colombia, en el Estatuto de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993), sus decretos reglamentarios, en la Ley 643 de 2001, decreto 1350 de 2003, resolución 1270 y 1013 de 2003, decreto 3535 de 2005, decreto 4643 de 2005, circulares 17, 20, y 22 de 2005, circular externa 25 de 2006 de la Superintendencia Nacional de Salud, las que los modifiquen y sustituyan y demás disposiciones legales aplicables.”*

3.-También en el clausulado del contrato que dice:

“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 (...).

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

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

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.”

Durante su ejecución el contrato se modificó en dos oportunidades:

1.- De forma unilateral, la Lotería de Bogotá, mediante Resolución 0052 del 6 de abril de 2010, por estudio presentado por la Universidad Nacional y avalado por la SUPERSALUD, modificó el valor del contrato aumentándolo en \$27.009.496.929, durante los cinco años de ejecución. Esta modificación aumentó la rentabilidad mínima para el concesionario estableciéndola en \$304.956.496.929.

El concepto para el momento de esta modificación fue emitido por el abogado externo a la Directora Jurídica de la Alcaldía de Bogotá con radicado 1-2010-8667 del 4 de marzo de 2010 y manifestó que:

“De otra parte y en similar sentido encontramos el artículo 3” del Decreto 4643 de 2005 en el que se consigna la competencia de la entidad concedente de la operación del juego de apuestas permanentes o chance, de revisar de oficio, o a solicitud del concesionario, durante la ejecución del respectivo contrato y sin perjuicio del estudio de mercado previo a la convocatoria de la licitación pública, en los siguientes términos:

Artículo 3º.- 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. Si como resultado de dicho estudio se determina un aumento o disminución del monto mensual y anual de los derechos de explotación previamente establecidos, se deberán hacer los ajustes correspondientes en el contrato de concesión de acuerdo con lo previsto en la Ley 80 de 1993”.

Ahora bien y teniendo en cuenta que los lineamientos que habrán de seguirse para la elaboración de estudios de acuerdo con la ley deben ser fijados por la Superintendencia Nacional de Salud, parece necesario indicar que los criterios y pautas fueron fijados por el citado órgano de control entre otros, en la circular única externa No. 047 de 30 de noviembre de 2007. En dicha circular se establecen los objetivos y criterios que deben contener los citados estudios y dispone el contenido de los mismos, así como las características contenidos mínimos que cada uno de los criterios.”

Con relación a los estudios de mercado, señala:

“ (...) para que ésta, la entidad concedente, tenga un referente que es obligatorio y que le permita evaluar, a través de sus órganos directivos, si efectivamente se dan los presupuestos que obligan a las partes a ajustar el contrato, cuestión que a la luz de las normas contractuales (artículos 4 núm. 8, 5 numeral 1, 27 y 28 de la ley 80 de 1993) tendrá lugar cuando se afecte el equilibrio contractual, que puede ser tanto en favor del concedente como del concesionario.”



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

2.- De forma bilateral, mediante OTROSI suscrito por las partes el 17 de junio de 2011, este documento trae como fundamentos los siguientes argumentos:

“5) Que la Ley 643 de 2001, bajo la cual se celebró el contrato de concesión antes mencionado, fijó el régimen propio de los juegos de suerte y azar, dicha ley no contempló gravamen del IVA, para tales juegos 6) Que con la reforma tributaria del año 2004 el juego de apuestas permanentes o chance, fue gravado con un IVA del 5% sobre el valor de la apuesta 7) Que mediante Decreto 127 del 21 de enero de 2010 de la emergencia social se incrementó el IVA para el juego de apuestas permanentes del 5% al 16% y con dicho incremento se disminuyó la base para el cálculo de los derechos de explotación, entre ellos la base establecida para el contrato 055 de 2006. 8) Que al incrementarse el IVA del 5% al 16% la base para el cálculo de los ingresos brutos se afectó y consecuentemente los pagos que por derechos de explotación debían cancelar los concesionarios. 9) Que en el concepto de la DIAN No. 014875 del 20-02-2009, se indicó que el artículo 2º 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. 10) Que el artículo 2º del decreto 1350 de 2003, reglamentario de la Ley 643 de 2001, define la apuesta así: 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; el mismo artículo define ingresos brutos así: Se entiende por ingresos brutos el valor total de las apuestas registradas en los formularios oficiales del juego. 11) Que en 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 (para ese momento 1.16 según decreto 127/2010), resultado que corresponderá a la base gravable del impuesto sobre las ventas en los juegos de suerte y azar. 12) Que en el estudio de mercado realizado por la Universidad Nacional en el año 2009, el cual sirvió de fundamento para realizar la modificación unilateral al contrato de concesión, incrementando los derechos de explotación, los montos que se tuvieron en cuenta para establecer la base sobre la cual se debía liquidar el 12% de derechos de explotación se efectuaron con un IVA del 5%, el cual era el vigente para la fecha en que se elaboró el mencionado estudio. 13) Teniendo en cuenta que con posterioridad a dicho estudio el IVA se incrementó del 5% al 16% y consecuentemente la base que tuvo en cuenta la Superintendencia Nacional de Salud para ordenar el ajuste del contrato está afectada por dicho incremento, se requiere realizar la modificación correspondiente del mismo, con miras a ajustarlo para el periodo del 1º de febrero de 2010 hasta el 11 de julio de 2010, fecha hasta la cual tuvieron vigencia los estudios de mercado con los cuales se calculó la rentabilidad mínima a pagar por parte del concesionario, entendiéndose que a partir del 12 de julio de 2010, fecha en que entró en vigencia la Ley 1393 la mencionada rentabilidad ya no estaba afectada por no aplicar los estudios de mercado.”



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

Como resultado en el OTROSI se resuelve:

“Como consecuencia del recálculo de la base para establecer la rentabilidad mínima de los derechos de explotación, se obtiene que el valor a cancelar para el periodo de febrero 1 de 2010 a julio 11 de 2010 por parte del concesionario corresponde a la suma de VEINTISEIS MIL SETECIENTOS VEINTIOCHO MILLONES SETENTA MIL CINCUENTA Y DOS PESOS M/CTE (\$26.728.070.052).”

El valor que inicialmente debía entregar el concesionario del 1 de febrero al 11 de julio se fijó en \$29.528.153.582, y con el OTROSÍ, se redujo en \$2.800.083.530 la rentabilidad mínima, para los fondos de salud de Bogotá y de Cundinamarca.

Se evidenció en los documentos del contrato, que ante la expedición del Decreto 127 de 2010 por el gobierno nacional, el concesionario, Grupo Empresarial en Línea S.A. (antes apuestas en Línea S.A.) se consideró afectado por el incremento del IVA del 5% al 16% y en oficios con registros 725 del 1º de marzo de 2010, 2675 del 8 de septiembre de 2010 y 2754 del 14 de septiembre de 2010, solicitó de conformidad con el artículo 3 del Decreto 4643 un estudio de mercado que considerara esta situación y se ajustara el contrato. En las comunicaciones manifestó:

Oficio con registro 725 del 1º de marzo de 2010:

“(...) atentamente le presento los fundamentos de la petición de modificación de los mínimos fijados en el contrato de concesión 055 de 2006 por concepto de derechos de explotación:

La Ley 643 de 2001, en su artículo 23. Derechos de Explotación, estableció: “...Los concesionarios del juego de apuestas permanentes o chance pagarán mensualmente a la entidad concedente a título de derechos de explotación, el doce por ciento (12%) de sus ingresos brutos.

El Decreto 1350 de 2003, en su artículo 2, define:

“APUESTA: 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...”

“INGRESO BRUTO: se entiende por ingreso bruto el valor total de las apuestas registradas en los formularios oficiales del juego.” (Resaltado y subrayado fuera de texto).

La Superintendencia Nacional de Salud consultó a la DIAN sobre la base para calcular el valor de los derechos de explotación, esta entidad dio respuesta mediante el concepto No. 014875 del 20 de febrero de 2009, aclarando que de el valor total pagado por el apostador debe deducirse el IVA, la diferencia restante correspondería al monto de la apuesta, siendo ésta última la base para calcular los derechos de explotación del 12% .

La sociedad APUESTAS EN LINEA S.A. celebró con la LOTERIA DE BOGOTA el contrato de concesión No. 055 de 2006, para la explotación del juego de apuestas permanentes o chance en Bogotá D.C. y el Departamento de Cundinamarca.



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

Los derechos de explotación definidos en el contrato de concesión fueron calculados mediante estudio de mercado realizado por el Centro Nacional de Consultoría para una vigencia de 5 años, y que dicho cálculo fue considerado para toda la vigencia un IVA a la tarifa del 5%.

El Decreto 127 de enero 21 de 2010 modificó en su artículo 3 la tarifa del IVA de los juegos de suerte y azar del 5% a la tarifa general del 16%.

El aumento de la tarifa del 5% al 16% disminuye el valor apostado por el cliente y por ende el valor del ingreso bruto, éste último, base para calcular los derechos de explotación.

Con fundamento en las razones invocadas, con todo acatamiento le solicito que a partir del 1 de febrero del presente año, la entidad concedente que usted representa, modifique las sumas mínimas a pagar por concepto de derechos de explotación previstos en el contrato de concesión 055 de 2006, los cuales están especificados en la página 3 de dicho contrato, en virtud de la diferencia entre el IVA del 5% y del 16%.”

OFICIO con registro 2675 del 8 de septiembre de 2010:

“Como usted bien conoce, la Superintendencia Nacional de Salud, solicitó concepto a la DIAN respecto a la aplicación del IVA a los juegos de suerte y azar y su respuesta fue muy enfática en precisar que el valor del IVA no hace parte del valor de la apuesta y que para determinar la base para la liquidación de los derechos de explotación era necesario descontar del valor apostado, lo correspondiente al IVA como un recaudo para un tercero. Este concepto fue ratificado por la DIAN cuando se le hizo la respectiva consulta a raíz del incremento de la tarifa del 5% al 16%.

(...)

(...)pues la forma de aplicar el IVA a los juegos de suerte y azar, está claramente definida y explicada por el Estatuto Tributario y ampliada por la DIAN en sus conceptos emitidos bajo los radicados 014667, 14875 Y 22796 y es en esta Entidad y solo en ella, en quien reconocemos las competencias legales para expedir conceptos en materia tributaria, por lo cual no consideramos procedente que sus directrices puedan ser modificadas por otras entidades, pues a nuestro juicio, dichas interpretaciones carecen de toda validez legal.

Por lo anterior, consideramos que su Despacho ha excedido sus funciones, al negarse a aplicar un concepto claro de la autoridad competente en materia tributaria, que se encuentra debidamente soportado legalmente en la ley 1393/01, razón por la cual lo invitamos muy respetuosamente a revisar dicha posición.”

Oficio con registro 2754 del 14 de septiembre de 2010:

“Asunto. Solicitud de un nuevo estudio de mercado, que permita el ajuste del actual estudio que soporta el contrato 055 de 2006, suscrito entre la Lotería de Bogotá y Apuestas en Línea S.A. ELKIN ALONSO CASTAÑO RAMIREZ (...) actuando en mi calidad de representante legal de la sociedad APUESTAS EN LINEA S.A. (...) concesionario actual del juego de apuestas permanentes para el departamento de Cundinamarca y el Distrito de Bogotá, según contrato 000055 de 2006, suscrito con la LOTERÍA DE BOGOTÁ. Previo proceso de selección mediante licitación pública, acudo a su despacho con el único fin de solicitar formalmente la realización de un nuevo estudio de mercado, que permita ajustar los valores del actual estudio que soporta el contrato 055 de 2006, el cual hoy se encuentra en franco desequilibrio económico, conforme a la normativa vigente, previo los siguientes sustentos y fundamentos:

(...)



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

2. LEGITIMIDAD DEL CONCESIONARIO DE APUESTAS PARA SOLICITAR LA REVISIÓN DEL CONTRATO DE CONCESION 055 DE 2010.

Sobre la LOTERÍA DE BOGOTÁ reposa en forma privativa, la competencia para conocer y decidir sobre las modificaciones y revisiones del Contrato de Concesión número 000055 de 2006, válidamente celebrado entre la Lotería de Bogotá y APUESTAS EN LINEA S.A., como resultado de una Licitación Pública previa, realizada al amparo de la Ley 80 de 1993, la Ley 643 de 2001 y sus normas reglamentarias, en la que fueron cumplidos a cabalidad los principios de publicidad y transparencia.

A su turno, la condición de concesionaria única del chance en Bogotá y Cundinamarca, legitima a APUESTAS EN LINEA S.A. para solicitar la revisión del contrato de concesión ante circunstancias de desequilibrio económico ostensibles, y más aún, cuando enfrentamos cambios de legislación que afectan el monopolio con un IVA que pasa de un 5% a un 16%, y una nueva ley, la 1393 de 2010, que reafirma claramente sin el punto de partida en un estudio de mercado, que el valor a pagar es el 12% de los ingresos brutos.

(...)

2.1 AUTORIZACIÓN LEGAL PARA SOLICITAR LA REVISIÓN DEL CONTRATO DE CONCESION. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. ACTIVIDAD REGLADA. VIABILIDAD JURÍDICA.

Sustentamos legalmente nuestra solicitud en el artículo 3° del decreto 4643 de 2005, expedido por el Gobierno Nacional, así como en el Decreto 3535 de 2005, ambos reglamentarios de la Ley 643 de 2001. Se trata de normas de orden público y de obligatorio cumplimiento por sus efectos erga omnes; también son prevalentes, por mandato expreso de la Ley 643 de 2001, que también encuentran soporte en las Circulares 047 y 049 de 2008 emanadas de la Superintendencia Nacional de Salud y en la ley 80 de 1993 (en especial, en su artículo 16). Las normas invocadas están inspiradas por unos principios que rigen la actividad del monopolio, de los cuales resulta importante citar el siguiente:

"Artículo 3º. Principios que rigen la explotación, organización, administración, operación, fiscalización y control de juegos de suerte y azar. La gestión de juegos de suerte y azar se realizará de acuerdo con los siguientes principios:

c) Racionalidad económica en la operación. 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. Los departamentos, el Distrito Capital de Bogotá y los municipios explotarán el monopolio por intermedio de la dependencia o entidad establecida para tal fin... "

(...)

Los valores allí previstos han resultado, en la práctica, demasiado elevados en relación con la realidad del mercado, razón por la cual el concesionario ha venido pagando un ajuste para dar cumplimiento al contrato; ajuste que no obedece al 12% de las ventas brutas y genera un desequilibrio contractual de tal nivel que ha impedido al concesionario obtener los recursos que se planifican en atención a la figura de colaboración entre el Estado y el sector privado. Las normas especiales del monopolio contenidas en el decreto 4643 de 2005 y las circulares 047 Y 049 de 2008 expedidas por la Superintendencia Nacional de Salud, en armonía con la Ley 80 de 1993, han definido cómo superar este desequilibrio, en defensa de la estabilidad del concesionario y, por lo tanto, de la estabilidad de un contrato de alcance social como es el referido a la operación de las apuestas permanentes en un determinado territorio.

(...)



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

2.3 CONVENIENCIA Y OPORTUNIDAD DE LA REVISIÓN SOLICITADA.

En este punto, el cual constituye uno de los requisitos fundamentales que exige la Circular Única de la Superintendencia Nacional de Salud, se refleja por qué es conveniente y oportuna esta solicitud de someter a revisión el contrato y sus mínimos económicos.

2.3.1 CONVENIENCIA.

(...)

Es de significancia fundamental confrontar los resultados de los tres años y medio contra los datos y proyecciones del estudio de mercado. Saltan a la vista unas diferencias fundamentales que se reflejan muy por debajo del mínimo contractual, generando serias dificultades para la viabilidad y sostenimiento racional de la operación y poniendo en peligro su permanencia a corto, mediano y largo plazo. Esta es la razón fundamental que informa la conveniencia para ajustar el contrato a fin de poder tomar decisiones que restablezcan el equilibrio contractual, conforme a la medición real del mercado. De esta forma, tendremos información más precisa (...).

2.3.2 OPORTUNIDAD.

Es totalmente oportuna la presente solicitud de revisión, toda vez que tenemos un corte de tres años y medio, comprendido entre Enero 1 de 2007 y junio de 2010. Se trata de cifras reales y fehacientes del primer trienio de ejecución del contrato; cifras que arrojan un desequilibrio en cuanto a los mínimos contratados y los ingresos brutos del juego, los cuales no se compadecen ni guardan proporcionalidad alguna.

Por ejemplo, si observamos de manera resumida las ventas versus los derechos de explotación pagados, tenemos una tarifa promedio del 14.98% de las ventas. Sobrepasa lo establecido por la Ley 643 de 2001 y la ley 1393 de 2010, causando un grave desequilibrio económico que, conjugado con la estructura de costos del negocio, lo convierten en inviable, amenazando la protección de los intereses que se tienen en cuenta en el ordenamiento jurídico para autorizar tanto la celebración como la ejecución de contratos como el No. 00055 de 2006. Además, el incremento del IVA de un 5% a un 16% afectó la estructura económica del negocio, lo cual obliga a un ajuste de las cifras del estudio actual.

(...)

3. NUEVAS REGLAS QUE ALTERAN EL NEGOCIO Y SU ECUACION.

El estudio de mercado contratado por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD y realizado por la UNIVERSIDAD NACIONAL, arrojó unos resultados que incrementan el mínimo contractual en \$27.000 millones, aumentando el valor total del contrato (...)

Las nuevas disposiciones, imponen nuevos tributos y aumentan otros existentes. Especialmente en lo que tiene que ver con los premios caducos, el aumento del IVA en una tarifa del 16%, todo ello acompañado de la estructura no bancada del juego que hace que el efecto del impuesto a las ventas no genere un mayor ingreso como lo pretende el Gobierno Nacional, por el contrario, disminuye los derechos de explotación y baja el plan de premios.

Fomentado con ello el juego ilegal que por supuesto se vuelve más atractivo, toda vez que este no responde por impuesto o renta alguna. Es prudente recordar lo dicho por el H. Consejo de Estado en fallo de Fallo 21588 de 2002 Consejo de Estado, el cual expresa:

"EQUILIBRIO ECONÓMICO Y FINANCIERO DEL CONTRATO - Actos de la administración como estado o hecho del príncipe. Casos en que lo afectan I HECHO DEL PRÍNCIPE Puede dar lugar al rompimiento del equilibrio contractual, pero no opera de manera automática, debe establecerse en caso (sic)



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

Legal, jurisprudencial y doctrinariamente se ha admitido la posibilidad de que el contratista pueda pretender la adopción de medidas tendientes a restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato, teniendo en cuenta que existen diversos factores que pueden dar lugar a que "la economía del contrato se lesione, en forma tal, que el contratista no solo pierde la posibilidad de una ganancia justa sino que incurre en pérdidas que deben ser indemnizadas". Se ha entendido que dicho equilibrio, "implica que el valor económico convenido como retribución o remuneración a la ejecución perfecta de sus obligaciones (prestación del servicio o suministro de bienes etc) debe ser correspondiente, por equivalente, al que recibirá como contraprestación a su ejecución del objeto del contrato; si no es así surge, en principio, su derecho de solicitar la restitución de tal equilibrio, siempre y cuando tal ruptura no obedezca a situaciones que le sean imputables". Se ha sostenido también que dicho equilibrio puede verse alterado durante la ejecución del contrato, por las siguientes causas: actos o hechos de la administración contratante, actos de la administración como Estado y factores exógenos a las partes del negocio jurídico (teoría de la imprevisión). La causa que hace referencia a los actos de la administración como Estado, se refiere fundamentalmente al denominado "Hecho del Príncipe", entendido como expresión de la potestad normativa, constitucional y legal, que se traduce en la expedición de leyes o actos administrativos de carácter general, los cuales pueden provenir de la misma autoridad contratante o de cualquier órgano del Estado. La Sala ha precisado, que el restablecimiento del equilibrio económico del contrato podrá proceder por dicha causa, si se afecta la ecuación financiera "en forma anormal o extraordinaria en detrimento del contratista", haciendo más onerosa la ejecución del correspondiente contrato.

Así lo ha entendido también la doctrina. Así las cosas, es posible concluir que el denominado "Hecho del Príncipe" puede dar lugar al rompimiento del equilibrio contractual, pero que dicha circunstancia no opera de manera automática, sino que, debe establecerse en cada caso."

(...)

4. EL IMPACTO DEL JUEGO ILEGAL

(...)

En este orden de ideas, el concesionario APUESTAS EN LINEA SA es uno de los más grandes afectados, después de la salud de los Bogotanos y Cundinamarqueses; concesionario que por concepto de ese mercado ilegal y mal llamado informal, previamente reconocido, se ha visto forzado a cancelar derechos de explotación en un porcentaje que excede el 12%. La situación es preocupante pero fundamentalmente ilegal porque obliga al operador del juego a realizar transferencias sobre una venta que no realiza, porque está acaparada por la delincuencia.

(...)

5. PRETENSIONES

Con base en lo expuesto, APUESTAS EN LÍNEA S.A. formula las siguientes pretensiones: PRETENSIÓN PRINCIPAL: Solicitar al señor gerente de la Lotería de Bogotá, que pida autorización formal de su junta directiva a fin de que se ordénese y practique un nuevo estudio que ajuste y equilibre el Contrato de concesión 055 de 2006, en amparo a lo establecido por el Decreto 4643 en su artículo 3. Por lo cual solicitamos se ordene el estudio de mercado correspondiente con el fin de establecer los mínimos contractuales del Contrato de Concesión referido, en consideración a todo lo planteado y probado en el presente documento.

Por otra parte, también el presidente de FECEAZAR (Federación Colombiana de Empresarios de Juegos de Suerte y Azar) solicita la aplicación del concepto de la DIAN así:



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

“Como usted bien conoce, la Superintendencia Nacional de Salud, solicitó concepto a la DIAN respecto a la aplicación del IVA a los juegos de suerte y azar y su respuesta fue muy enfática en precisar que el valor del IVA no hace parte del valor de la apuesta y que para determinar la base para la liquidación de los derechos de explotación era necesario descontar del valor apostado, lo correspondiente al IVA como un recaudo para un tercero. Este concepto fue ratificado por la DIAN cuando se le hizo la respectiva consulta a raíz del incremento de la tarifa del 5% al 16%.

(...)

(...) pues la forma de aplicar el IVA a los juegos de suerte y azar, está claramente definida y explicada por el Estatuto Tributario y ampliada por la DIAN en sus conceptos emitidos bajo los radicados 014667, 14875 Y 22796 y es en esta Entidad y solo en ella, en quien reconocemos las competencias legales para expedir conceptos en materia tributaria, por lo cual no consideramos procedente que sus directrices puedan ser modificadas por otras entidades, pues a nuestro juicio, dichas interpretaciones carecen de toda validez legal.

Por lo anterior, consideramos que su Despacho ha excedido sus funciones, al negarse a aplicar un concepto claro de la autoridad competente en materia tributaria, que se encuentra debidamente soportado legalmente en la ley 1393/01, razón por la cual lo invitamos muy respetuosamente a revisar dicha posición.”

La Lotería de Bogotá el 13 de septiembre de 2010, con radicado 5887 le indica al presidente de FECEAZAR:

“Por otra parte debemos rechazar su afirmación en el sentido de que esta entidad ha excedido sus funciones al negarse a efectuar modificaciones al actual contrato de concesión como consecuencia de la aplicación de la tarifa del IVA, por el contrario hemos actuado ajustándonos al principio constitucional de legalidad que debe regir todas las actuaciones de los servidores públicos, debemos precisarle que en ningún momento esta entidad con dicha actuación ha hecho interpretaciones subjetivas ya que se a limitado es a dar estricto cumplimiento a una directriz establecida por el máximo órgano en materia de juegos de suerte y azar, para lo cual es preciso tener en cuenta los fundamentos legales que a continuación expongo:

(...) Mediante la ley 643 de 2001, se fijó el régimen propio del monopolio rentístico de juego de suerte y azar.

El artículo 46 de la mencionada ley creo el Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar y le asigno entre otros las siguientes funciones:

"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".

La Corte Constitucional mediante sentencia C 1191 de 2001, Magistrado Ponente Rodrigo Oprimy Yepes, encontró ajustados a derecho y por tanto declaro exequible las facultades otorgadas al Consejo Nacional de Juegos por la ley 643 de 2001.

El Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar en uso de sus facultades legales expidió el 17 de junio 2010, el concepto radicado con el No. 184757, mediante el cual se pronunció en el siguiente sentido:

a. "No se encuentra viable la modificación de la rentabilidad mínima de las concesiones del juego de apuestas permanentes con el mero fundamento del incremento del IVA, que grava a los apostadores de este juego.

b. "El cálculo del valor de rentabilidad mínima de las concesiones del juego de apuestas permanentes exige la aplicación de métodos taxativamente establecidos por el gobierno nacional y por la



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

Superintendencia Nacional de Salud. Por lo anterior la rentabilidad mínima de los contratos de concesión no puede ser modificada por medio de la una decisión administrativa que carezca de su adecuada fundamentación técnica.

c. La revisión de los estudios de mercado de los cuales se tasaron los derechos de explotación que debe producir las concesiones para operar el juego de apuestas permanentes: Únicamente podrá revisarse en los términos y condiciones que establezca la Superintendencia Nacional de Salud.”

La consulta a la que se refiere el anterior documento, fue requerida por la Superintendencia Delegada para la Generación y Gestión de los Recursos para la Salud al Ministerio de Protección Social – Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar.

Ahora bien, tenemos otros documentos dentro de la carpeta del contrato que también se refieren a la solicitud de estudio de mercado y/o compensación por parte del Grupo Empresarial en Línea a la Lotería de Bogotá así:

1.- Documento 2-2010 40520 del 7 de octubre de 2010, del Director Jurídico Distrital a la abogada externa, donde solicita concepto sobre el contrato 055 de 2006 basándose en las siguientes premisas:

(...) la empresa Apuestas en Línea S.A. esta última concesionario actual del juego de apuestas permanentes para el departamento de Cundinamarca y el Distrito capital, acude al Despacho del Gerente General de la Lotería de Bogotá con el fin de solicitar formalmente la realización de un nuevo estudio de mercado, que permita ajustar los valores actuales del estudio que soporta el contrato arriba referenciado, el cual, según el contratista, se encuentra en desequilibrio económico.

Al respecto, señala que dicho contrato se enfrenta a cambios de legislación que afectan el monopolio y la estructura económica del negocio con un IVA que pasa de un 5% a un 16% de conformidad con el Decreto 127 de 2010, Y que la Ley 1393 de 2010 reafirma que el valor a pagar a la entidad concedente por concepto de derechos de explotación es del 12% sobre los ingresos brutos, entendido éste como el valor total de las apuestas registradas en los formularios oficiales de juego, según lo establece el artículo 2 del Decreto 1350 de 2003 y el artículo 23 de la Ley 643 de 2001, con destino al sector salud, por lo cual solicita se modifiquen las sumas mínimas a pagar por concepto de los derechos de explotación previstos en el Contrato de Concesión 055 de 2006, en virtud de la diferencia del impuesto sobre las ventas.

En este orden de ideas, indica que las nuevas disposiciones imponen nuevos tributos y aumentan otros existentes, especialmente en lo que tiene que ver con los premios caducos, el aumento del IVA en una tarifa del 16%, todo ello acompañado de la estructura no bancada del juego que hace que el efecto del impuesto a las ventas no genere un mayor ingreso como lo pretende el Gobierno Nacional, sino por el contrario, disminuye los derechos de explotación y baja el plan de premios.

(...)

En este sentido, manifiesta que las normas especiales del monopolio contenidas en el Decreto Nacional 4643 de 2005 y las Circulares 047 y 049 de 2008 expedidas por la Superintendencia Nacional de Salud, en armonía con la Ley 80 de 1993, han definido como superar dicho desequilibrio, en defensa de la estabilidad del concesionario y, por tanto, de la estabilidad de un contrato de alcance social como es el referido a la operación de las apuestas permanentes en un determinado territorio, dando alcance al principio de razonabilidad de la operación establecida en la Ley 643 de 2001 y 1393 de 2010, a fin de

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

garantizar la permanencia y la eficiencia del monopolio para que no desaparezca la finalidad propia que es la generación de renta para la salud.

2.- Documento con registro 3024 del 8 de octubre de 2010, del Director Jurídico Distrital (E) de la Alcaldía de Bogotá a la abogada externa que dice:

“En virtud del Contrato de Concesión No. 055 de 2006 suscrito entre la Lotería de Bogotá y la empresa Apuestas en Línea SA, esta última concesionario actual del juego de apuestas permanentes para el departamento de Cundinamarca y el Distrito Capital, acude al Despacho del Gerente General de la Lotería de Bogotá con el fin de solicitar formalmente la realización de un nuevo estudio de mercado, que permita ajustar los valores actuales del estudio que soporta el contrato arriba referenciado, el cual, según el contratista, se encuentra en desequilibrio económico.

Al respecto, señala que dicho contrato se enfrenta a cambios de legislación que afectan el monopolio y la estructura económica del negocio con un IVA que pasa de un 5% a un 16% de conformidad con el Decreto 127 de 2010, Y que la Ley 1393 de 2010 reafirma que el valor a pagar a la entidad concedente por concepto de derechos de explotación es del 12% sobre los ingresos brutos, entendido éste como el valor total de las apuestas registradas en los formularios oficiales de juego, según lo establece el artículo 2 del Decreto 1350 de 2003 y el artículo 23 de la Ley 643 de 2001, con destino al sector salud, por lo cual solicita se modifiquen las sumas mínimas a pagar por concepto de los derechos de explotación previstos en el Contrato de Concesión 055 de 2006, en virtud de la diferencia del impuesto sobre las ventas.

(...)

Por lo anterior, en desarrollo del contrato de prestación de servicios Nos. 2214100-149-2010 de manera atenta le solicito nuevamente emitir concepto jurídico sobre el particular, teniendo en cuenta las variables contenidas en esta solicitud.”

También el documento con registro 3068 del 12 de octubre de 2010, suscrito por la Directora Distrital de Impuestos de Bogotá- Presidente de la Junta Directiva de la Lotería de Bogotá, dirigida al gerente de la Lotería de Bogotá que con respecto a la evaluación de solicitud de un nuevo estudio de mercado dice:

“Evaluación solicitud de un nuevo estudio de mercado, que permita el ajuste del actual estudio que soporta el Contrato 055 de 2006, suscrito entre la Lotería de Bogotá y Apuestas en Línea SA Conforme al compromiso adquirido en la reunión de Junta Directiva realizada el 22 de septiembre de 2010 respecto de aprobar la realización de un nuevo estudio de mercado, se procedió a realizar una consulta a la Dirección Jurídica de la Secretaría Distrital de Hacienda, quien manifestó que no tiene competencia para revisar y emitir concepto jurídico sobre la situación del contrato de concesión 055 de 2006, suscrito para la explotación de derechos del juego de apuestas permanentes firmado entre la Lotería y la Sociedad Apuestas en Línea SA, con el fin de determinar si existe realmente un desequilibrio económico del contrato y otros aspectos relacionados con su ejecución.

(...)

Revisando la documentación con el área jurídica se precisa que la Circular 047 del 30 de noviembre de 2007 en su artículo 2.2.11 Revisión del estudio de mercado determina que toda iniciativa para la realización de un estudio de mercado debe "... acompañarse del estudio técnico que justifica la viabilidad, conveniencia y oportunidad de la iniciativa y someterse a decisión de la junta directiva de la entidad concedente" "

“Para dar cumplimiento a lo anterior, se requiere del concepto jurídico, técnico y financiero de la Lotería de Bogotá, sobre la situación del contrato mencionado, en aras de respaldar la toma de decisiones. El

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

mismo debe analizar las situaciones que expone el Concesionario en la comunicación fechada del 14 de septiembre de 2010, relacionadas con valores de explotación declarados (...)

(...)

En aras de no postergar la decisión, se solicita el documento el 12 de octubre de 2010, fecha prevista para la próxima Junta Directiva”

Igualmente en la respuesta de la abogada externa a la Dirección Jurídica de la Alcaldía Mayor de Bogotá mediante radicado 1-2010-44904 del 19 de octubre de 2010 manifiesta:

3. Una consideración previa sobre los documentos con base en los cuales entrego mi opinión jurídica. El asunto sometido a mi consideración y que ha sido objeto de conceptos anteriores emitidos tanto por mí, como por los funcionarios de esa Secretaría, hace referencia a la petición del Concesionario Apuestas en Línea S.A. encaminada a solicitar 'Normalmente la realización de un nuevo estudio de mercado, que permita ajustar los valores del actual estudio que soporta el contrato 055 de 2006, el cual se encuentra hoy en franco desequilibrio económico conforme a la normativa vigente(. . .).’ ...en la medida en que la sentencia del Consejo de Estado relativa a la legalidad del inciso final del artículo 22 del Decreto 3535 de 2005, constituye un respaldo a esa facultad instructiva que atendiendo al desarrollo de las normas debe interpretarse con alcance de facultad regulatoria, atendiendo a que de acuerdo con la circular única, toda decisión relacionada con los estudios de mercado debe contar con el aval de esa entidad que será quien disponga la regla que al respecto debe incorporarse a los Pliegos de condiciones, e igualmente, que, en el caso de revisiones durante la ejecución del contrato, los estudios deben enviarse a esa entidad. Lo señalado en los párrafos precedentes tienen importancia, en la decisión por adoptarse, en razón a que la solicitud del concesionario, no es clara en indicar si el nuevo estudio se realizaría para determinar las bases de un restablecimiento de un equilibrio -que en mi concepto no es viable- o simplemente para determinar las bases de la relación en el tiempo restante de la concesión, temas que abordaré con más precisión en el punto 3.4 de este documento.

3.1 Documentos recibidos con el radicado 2-2010~40520 (...)

xiii. Petición del Concesionario de septiembre 14 de 2010 con anexos, encaminada a que se realice un nuevo estudio de mercado. En dicha comunicación, prácticamente se solicita lo mismo que se consigna en la de fecha 30 de abril de 2009.

3.2 Disposiciones que deben considerarse.

(...)

En este sentido es claro que desde la expedición del Decreto 4643 de 19 de diciembre de 2005 se dispuso la viabilidad de revisar los estudios de mercado; el artículo 2º dispuso al respecto:

"Artículo 2.- Publicidad estudios de mercado. Los estudios de mercado de que trata el artículo 13 de la ley 643 de 2001 y el artículo 2 del Decreto 3535 de 2005, forman parte integrante de los pliegos de condiciones de los procesos licitatorios que tienen por objeto adjudicar mediante concesión la operación del juego de apuestas permanentes o chance en una determinada jurisdicción territorial de los respectivos contratos de concesión y, por tanto deberán sujetarse a los requisitos de publicidad de que trata la Ley 80 de 1993, el Decreto 2170 de 2002 y demás normas reglamentarias.

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

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

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.

...

Sobre el punto, además se consignaron reglas en la Circular Única que constituye un instructivo en lo que se refiere a los estudios de mercado, que debe ser atendido por las entidades que tienen a su cargo la celebración de los contratos de concesión de este tipo de juego, en la medida en que a la fecha puede afirmarse que las disposiciones de la Superintendencia constituyen verdaderas regulaciones y no podría hacerse caso omiso de las mismas, se dispone en dicha Circular:

"4.2.3. Revisión del estudio de mercado.(...)

5. 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. Si como resultado de dicho estudio se determina un aumento o disminución del monto mensual y anual de los derechos de explotación previamente establecidos, la entidad concedente dará aplicación al artículo 16 de la Ley 80 de 1993

6. Toda iniciativa para la realización de un estudio de mercado, que tenga por objeto revisar el potencial del juego de apuestas permanentes y el cumplimiento de las condiciones económicas del respectivo contrato de concesión, deberá comunicarse inmediatamente a la Dirección General para el Control de las Rentas Cedidas de esta Superintendencia, acompañarse del estudio técnico que justifica la viabilidad, conveniencia y oportunidad de la iniciativa y someterse a decisión de la junta directiva de la entidad concedente.

Dentro de [os cinco (5) días hábiles siguientes a la adopción de la respectiva decisión, ésta deberá comunicarse a la mencionada dependencia de esta Superintendencia, adjuntándose copia de toda la documentación que le sirvió de fundamento.

7. La sola solicitud para la realización de un estudio de mercado, con el objeto de revisar el potencial del juego de apuesta, permanentes o chance y el cumplimiento de las condiciones, económicas del contrato de concesión, presentada por el respectivo concesionario, no habilita su Inmediata realización, pues corresponde a la junta directiva de la entidad concedente analizar la conveniencia, viabilidad técnica y jurídica y la oportunidad del mismo. De no reunirse satisfactoriamente estas condiciones, la junta directiva correspondiente podrá negar la solicitud.

8. los estudios de mercado que tengan por objeto revisar el potencial del juego de apuestas permanentes o chance y el cumplimiento de las condiciones económicas del contrato de concesión deberán cumplir los mismos requisitos y objetivos previstos en la presente circular, teniendo en cuenta que el periodo de tiempo objeto de análisis corresponde al término restante de duración de la respectiva concesión.

Estas normas constituyen a la fecha, las reglas que regulan el juego, que por su naturaleza de normas de intervención no son de carácter dispositivo y por lo tanto no es viable eludirlas, ni pactar nada en contrario.

3.3 Aspectos que la Junta Directiva debe tener en cuenta para adoptar su decisión.

Atendiendo a que como ya se indicó, la solicitud del concesionario debe ser decidida por la Junta Directiva y que el Concesionario solicita la revisión del estudio de mercado en el marco de una petición



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

de restablecimiento del equilibrio económico del contrato y a que en mi concepto tal desequilibrio no puede alegarse en un contrato que en mi concepto es aleatorio, en mi opinión no parece conveniente acceder a la solicitud en los términos que fue presentada por el concesionario, salvo que éste acepte que de conformidad con las normas citadas, los resultados de la revisión afectarán la relación únicamente a partir del momento en que la Junta acceda a la misma o cuando la Superintendencia se pronuncie sobre los mismos.

(...)

Así las cosas, en mi concepto, cualquier revisión del estudio de mercado tal como se dispone en la Circular podría autorizarse sobre la base de que sus efectos se surtirán únicamente en relación con el tiempo restante de la concesión y siguiendo lo que respecto de la rentabilidad mínima y los derechos de explotación se ha dispuesto en las normas vigentes; una autorización sin estas limitaciones, podría dificultar la aprobación del ente de vigilancia que en varias comunicaciones destacó la fuerza vinculante de los estudios realizados por la Universidad Nacional.

4. Conclusiones.

(I) la autorización de la Junta Directiva, en mi opinión solamente puede darse si el concesionario acepta que los resultados del estudio se apliquen al tiempo restante de la concesión y que hasta la fecha en que se acuerde la modificación(..)

(...)

(III) En mi opinión, resultaría viable aceptar que para el tiempo restante se ejecute el contrato bajo las reglas de rentabilidad mínima y derechos de explotación dispuestos en las normas vigentes, a partir del momento en que se cuente con el aval de la Superintendencia en relación con el mismo.”

Posteriormente mediante oficio con radicado 1-2010-48756 del 12 de noviembre de 2010, se adicionó el concepto y en el mismo, la abogada externa manifiesta:

“Atiende su solicitud no si antes señalar de una parte, que la consulta tal como fue formulada, no incluía un análisis del tema particular de la incidencia del IVA y de su consideración bajo la Teoría del Hecho del Príncipe surgida en el marco del Equilibrio contractual, de otra, que la formulación de la solicitud sin contar con elementos de análisis de mercado pre y post de la medida, sin elementos relativos a las utilidades reales del concesionario, etc ... no pasa de ser un ejercicio teórico, que desde la perspectiva de lo jurídico, solamente puede hacerse a partir de la jurisprudencia y la doctrina sobre la materia, que es precisamente lo que se consignará en este documento, en la medida en que cualquier concepto sobre la viabilidad de prosperidad de lo aducido por el Concesionario implica análisis que van más allá de lo jurídico propiamente dicho, como podrá deducirlo con toda claridad de las posiciones jurisprudenciales que aquí se transcriben.

No obstante, lo anterior parece importante señalar que en el concepto inicial, de manera tangencial consigné mi propia posición sobre el asunto, cuando indiqué:

"Atendiendo a que como ya se indicó, la solicitud del concesionario debe ser decidida por la Junta Directiva y que el Concesionario solicita la revisión del estudio de mercado en el marco de una petición de restablecimiento del equilibrio económico del contrato y a que en mi concepto tal desequilibrio no puede alegarse en un contrato que en mi concepto es aleatorio, en mi opinión no parece conveniente acceder a la solicitud en los términos que fue presentada por el concesionario, salvo que éste acepte que de conformidad con las normas citadas, los resultados de la revisión afectarán la relación únicamente a partir del momento en que la Junta acceda a la misma o cuando la Superintendencia se pronuncie sobre los mismos."

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

(...)

Lo anterior para indicar que la Teoría del equilibrio económico y las afectaciones de ésta parte de que estas se produzcan en el marco de contratos conmutativos, definidos en el Código Civil que al respecto señala:

"Artículo 1498. -El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio."

El tipo de relación jurídica establecida entre la Lotería y el concesionario, es una relación regulada que no supone la obtención de una prestación a favor del Estado en sentido estricto, sino la autorización o habilitación de éste para explotar una actividad que constituye monopolio estatal, tan claro es ello que la doctrina que claramente ha analizado el punto la ubica dentro de lo que se denominan autorizaciones concesionales y esta razón hace que no pueda, de nuevo en mi concepto, considerarse que hay una equivalencia de prestaciones, en la forma en que se aplica en otros tipos de relaciones(...)

Bajo esas premisas y con el único fin de ilustrar el asunto, parece conveniente e ineludible considerar que en este caso particular, no se trata de un nuevo impuesto que deba ser asumido por el concesionario, ni tampoco de un impuesto que impacte los costos en que éste debe incurrir, circunstancias que desde ya anticipa dificultades para la aplicación de la Teoría.

En efecto, sea lo primero señalar que la decisión tributaria, no afecta al concesionario de manera directa y que hasta la fecha no está probada tampoco la afectación indirecta, vale decir que hasta donde he podido conocer, el nexo causal entre cualquier disminución de ingresos que se aduzca y el incremento del IVA, hasta la fecha no pasa de ser una posibilidad de afectación que no ha sido probada (...)

(...)a lo cual debe agregarse que lo que si no han considerado es que un impuesto que afecta a personas no vinculadas al contrato, como es el caso de los apostadores, en esta relación de concesión, pueda enmarcarse en el hecho del Príncipe.

Lo anterior, para señalar que si bien puede ser cierto que el incremento del IVA genere un impacto en el mercado, la sola afirmación no resulta suficiente para atender una reclamación por parte de la entidad concedente, en la medida en que, de una parte, la afectación del mercado, si existiere, no solamente afecta al concesionario, sino a la misma concedente y, de otra, hasta donde me ha sido posible conocer, no se cuenta con pruebas suficientes para asegurar que ese incremento en efecto ha afectado las utilidades del concesionario, ni menos aún que dificulte la explotación del juego en condiciones que impidan la continuidad de la concesión, a lo cual debe agregarse que en este caso particular, el riesgo de cambios en la economía amerita valoraciones de expertos, vale decir, la materia supera ampliamente el tema jurídico.

Ahora bien, en razón a que el asunto básicamente ha sido objeto de análisis jurisprudenciales y no sin reiterar que la relación jurídica en este caso, es totalmente distinta a aquellas en que tales pronunciamientos se han producido, consigno en esta parte una relación de diversos fallos sobre la materia:

1. Con ocasión de una reclamación por un incremento del IVA que debía pagar el contratista de un contrato de obra, el Consejo de Estado señaló:

“Así las cosas, es posible concluir que el denominado "Hecho del Príncipe" puede dar lugar al rompimiento del equilibrio contractual, pero que dicha circunstancia no opera de manera automática, sino que, debe establecerse en cada caso.



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

(...)

Sobre este particular es importante hacer referencia a lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C-006 del 22 de enero de 1998:

"La nueva Constitución incorporó en materia tributaria importantes modificaciones, especialmente dos regulaciones que lograron superar la inseguridad que antes existía y que dieron lugar, no pocas veces, a una práctica injusta, en ejercicio de la cual podía el legislador intempestivamente establecer o modificar una carga tributaria por fuera de la propia capacidad del contribuyente para planear y adoptar las previsiones que le permitieran asumirla.

La primera de ellas consagra como uno de los principios del sistema impositivo, el de que "las leyes tributarias no se aplicarán con retroactividad" (C.P. 363). Y la otra que es una forma de aplicación del mismo principio, aunque dentro de unos perfiles propios, dispone que "las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un periodo determinado, no pueden aplicarse sino a partir del periodo que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo" (C.P. art. 338, inc. 3).

(...)

Lo que ocurre es que, como ya se precisó, el "Hecho del Príncipe" no opera, a priori, como factor desencadenante de la ruptura del equilibrio económico de los contratos; de allí que serán las particularidades de cada caso las que permitirán llegar a tal conclusión, siendo indispensable incorporar en el análisis de la hipótesis concreta, el criterio de previsibilidad, puesto que, como lo explicara la Corte Constitucional en el fallo cuyos apartes pertinentes fueron transcritos, al contribuyente debe dársele la oportunidad de planear su presupuesto para incorporar en él el pago de los tributos que se llegaren a crear, pues de lo contrario, si no es posible prever tal situación y efectuar los ajustes correspondientes, el contribuyente puede verse afectado al tener que asumir intempestivamente dicho pago.

Así las cosas, el contratista debe probar la existencia objetiva del "Hecho del Príncipe", esto es, la fijación de nuevos tributos o el incremento de los ya existentes, las condiciones iniciales del contrato que considera se han alterado por causa de éste, dada la imprevisibilidad de dichas medidas, y que por ende para dar cumplimiento a sus obligaciones contractuales en esas "nuevas condiciones" ha debido asumir cargas anormales, extraordinarias, causantes de un detrimento patrimonial que no está obligado a soportar.

Así las cosas, la prueba del mayor valor pagado por el incremento del IVA (...) resulta por si sola insuficiente para aceptar, sin más, el rompimiento del equilibrio contractual, pues no resulta evidente, por lo menos en este momento procesal, que el mencionado incremento afectó de manera importante, anormal, la utilidad esperada por el contratista con la ejecución del contrato, o mejor aún, que repercutió en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales al punto de ocasionarle un detrimento patrimonial que no está en la obligación de soportar.

Los señalamientos precedentes permiten concluir que ese desequilibrio anormal en la ecuación financiera del contrato no aparece evidente en este caso(...)."

(...)

"Se deduce de estos antecedentes jurisprudenciales, que sólo en una ocasión, en forma tangencial, se ha aceptado la ocurrencia del hecho del príncipe en razón de los gravámenes o cargas impositivas que afectan la economía o ecuación financiera de los contratos estatales. En los demás casos se ha considerado que las cargas tributarias que surgen en el desarrollo de los contratos estatales no significan per se el rompimiento del equilibrio económico del contrato, sino que es necesario que se demuestre su



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

incidencia en la economía del mismo y en el cumplimiento de las obligaciones del contratista. Exigencia que coincide con lo expresado por la doctrina como se anotó antes.

Esta exigencia también está en consonancia con lo que a propósito de la responsabilidad por el hecho de la ley, con fundamento en el daño especial, ha señalado la doctrina: debe tratarse de un perjuicio que por su "especificidad y gravedad, sobrepase los normales sacrificios impuestos por la legislación (...)"

(...)
(...)En los demás casos se ha considerado que las cargas tributarias que surgen en el desarrollo de los contratos estatales, no significan per se el rompimiento del equilibrio económico del contrato, sino que es necesario que se demuestre su Incidencia en la economía del mismo y en el cumplimiento de sus obligaciones, exigencia que coincide con lo expresado por la doctrina como se anotó antes".

Es decir que no basta con probar que el Estado la entidad contratante u otra autoridad profirió una medida de carácter general mediante la cual impuso un nuevo tributo, y que el mismo cobijó al contratista, que tuvo que pagarlo o se vio sometido a su descuento por parte de la entidad contratante, sino que además, para que resulte admisible el restablecimiento de tal equilibrio económico del contrato, debe probar que esos descuentos, representaron un quebrantamiento grave de la ecuación contractual establecida ab initio, que se sale de toda previsión y que le representó una mayor onerosidad de la calculada y el tener que asumir cargas excesivas, exageradas, que no está obligado a soportar, porque se trata de una alteración extraordinaria del área del contrato; y esto es así, por cuanto no cualquier trastorno o variación de las expectativas que tenía el contratista respecto de los resultados económicos del contrato, constituyen rompimiento del equilibrio económico del mismo, existiendo siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él.

(...)
De otro lado, teniendo en cuenta que, como ya lo dijo la Sala, el hecho del príncipe se produce por una disposición general adoptada por la misma entidad contratante, aunque no en su calidad de tal, sino como Autoridad Administrativa en ejercicio de sus funciones. La expedición de impuestos por parte del legislador o por una autoridad distinta de la contratante, no encuadraría en dicha teoría, sino que obedecería más bien a la teoría de la imprevisión, en la medida en que en ésta, la circunstancia o hecho que la constituye y que produce el trastorno grave de las condiciones económicas del contrato, debe ser externa y ajena a las partes del negocio jurídico. No obstante, cualquiera sea la teoría que se aplique, se observa que el hecho mismo de la imposición de nuevos tributos, por sí solo no equivale a un rompimiento automático del equilibrio económico del contrato estatal, sino que trátase de un hecho del príncipe o de una circunstancia Imprevista, deberá analizarse cada caso particular, para determinar la existencia de la afectación grave de las condiciones económicas del contrato a raíz de la aplicación de la nueva norma impositiva (...)

(...)
Nótese que en el proceso legislativo del nuevo estatuto de contratación de la administración pública, se tuvo en cuenta con meridiana claridad la noción según la cual la expedición de una decisión administrativa que ocasione una "verdadera alteración o trastorno en el contenido del contrato, o cuando la ley o el reglamento afecten alguna circunstancia que pueda considerarse que fue esencial, determinante, en la contratación y que en este sentido fue decisiva para el contratante", constituía un hecho del príncipe imputable al Estado que confiere al contratista la Indemnización de perjuicios, y no un hecho Imprevisto ajeno a las partes bajo la teoría de la Imprevisión.

Esta voluntad revelada del legislador demuestra que de conformidad con nuestra legislación el hecho o acto general que estructura el "hecho del príncipe" puede emanar de cualquier autoridad pública que haga parte del Estado, y no solamente de la entidad contratante. (...)

Conclusiones:



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

A partir de todo lo señalado considero que:

1. Lo primero que debe considerarse es el tipo de contrato celebrado y decidir si en efecto, puede considerarse que existe una conmutatividad.
2. Lo segundo y fundamental que debe considerarse es que el Concesionario no es el contribuyente de ese Tributo que por demás existía antes de celebrarse el contrato y como consecuencia de ello, en mi opinión, es un caso, donde en caso de contar con pruebas del daño, solamente cabe reparación, si la afectación es tan grave que realmente afecta la ejecución del contrato. La reparación solamente sería hasta un punto de no pérdida.
3. Es necesario considerar además que justamente por el tipo de relación, si ese incremento del IVA impactó el mercado, afecta tanto al concesionario, como al concedente, no solamente al primero.
4. Es en cualquier caso poco recomendable por razón de la destinación de los recursos, considerar una solución de la "controversia" por un medio diferente a la judicial.
5. Debe igualmente considerarse que si el estudio de la U. Nacional en el cual fundamentó la Superintendencia de Salud se efectuó después de la expedición de la norma que fijó el incremento, pues en ese caso es claro, que se trata de un factor que ya fue considerado y se incorporó a una decisión sobre la cual pesa la presunción de legalidad, que solamente el juez podría desvirtuar.”

Mediante oficio con radicado 2-2010-105400 del 26 de octubre de 2010, la Superintendente delegada para la Generación y Gestión de los Recursos Económicos para la Salud, le dice al Gerente de la Lotería de Bogotá:

“En respuesta a la comunicación mencionada en la referencia, mediante la cual comunica a la Superintendencia Nacional de Salud que esa Gerencia tiene previsto presentar para análisis y consideración de la Junta Directiva de la Lotería de Bogotá, la solicitud formulada por el representante legal de Apuestas en Línea en relación con la revisión del estudio de mercado(...) (...)le informo que la Superintendencia queda muy atenta a recibir la información correspondiente en la medida que evolucione el tema mencionado.”

Oficio con registro 8005 del 13 de diciembre de 2010 del Gerente de la Lotería de Bogotá a GELSA en donde estipula:

“(…) me permito informarle que cumpliendo el procedimiento establecido en la Circular Única 047 de 2007, de la Superintendencia Nacional de Salud, esta entidad pidió autorización a la Junta Directiva para la realización del estudio de mercado solicitado por la compañía que usted representa, dicha Junta determinó que era viable la realización del estudio, previa aceptación del concesionario Apuestas en Línea SA, de que tal estudio solo puede ser tenido en cuenta para efectos contractuales a partir de la autorización de dicho estudio por la Junta, o de la aprobación del mismo por la Superintendencia Nacional de Salud, y de ninguna manera para efectos de utilizarlo como elemento para argumentar un desequilibrio económico contractual, el cual no puede alegarse en este tipo de contrato, según concepto emitido por la Asesora Jurídica Externa de la Alcaldía Mayor de Bogotá.

En consecuencia, le solicito nos de alcance a su comunicación de fecha 15 de Septiembre de 2010, en el sentido de que su compañía aceptará que el mencionado estudio solo tendrá efectos hacia futuro y no con carácter retroactivo.”

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

El Gerente de la Lotería de Bogotá, mediante oficio con registro 8009 del 13 de diciembre de 2010, dirigido al Superintendente Delegado para la Generación y Gestión de los Recursos Económicos manifiesta:

De conformidad con lo establecido en la Circular Única 047 de 2007 de la Superintendencia Nacional de Salud y en especial de lo contemplado en el Capítulo 2 numeral 2.2.11.2, nos permitimos informarle que la Junta Directiva de la Lotería de Bogotá en sesión No. 608 del día 7 de diciembre de 2010, autorizó la realización de un estudio de mercado para el juego de apuestas permanentes.

Cumpliendo con la Circular Única de la Superintendencia Nacional de Salud, me permito adjuntar la siguiente documentación que sirvió de fundamento para la adopción de la mencionada decisión.

Oficio del Concesionario Apuestas en Línea S.A. de fecha 14 de septiembre de 2010, mediante la cual solicitan la realización de un nuevo estudio de mercado (...)

Oficio con registro 3809 del 21 de diciembre de 2010, del Gerente de GELSA al Gerente de la Lotería de Bogotá que dice:

(...)

En mi calidad de representante legal de la sociedad GRUPO EMPRESARIAL EN LINEA S.A. (antes Apuestas en Línea SA), me dirijo a usted con comedimiento y respeto, para manifestarle nuestra aquiescencia para la realización del nuevo estudio de mercado, que revise las cifras del contrato 055 de 2006, toda vez que fuimos nosotros quienes lo pedimos ante el alto desequilibrio económico al que nos estamos enfrentando actualmente, atentando con ello al principio de racionalidad económica del monopolio establecido en la ley 643 de 2001.

Pretende su despacho incluir nuevos requisitos al procedimiento de revisión estipulado en los decretos 3535 y 4643 de 2005, al condicionar tal estudio a una manifestación de renuncia por parte nuestra a reclamar, lo que por ley y Constitución nos corresponde como empresarios. Además de lo anterior, insulta nuestra capacidad al mencionar que por un concepto de un abogado externo de la Alcaldía Distrital, en el sentido que la figura del desequilibrio económico no es aplicable a los contratos de concesión, desconoce con ello todo lo regulado por la ley 80 de 1993 en su artículo 27 y lo dicho por las altas cortes al respecto, al introducir nuevos requisitos, viola usted el artículo 84 de la Constitución que dice: Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio. Ahora, las únicas autoridades que pueden decidir si un estudio puede ser válido como prueba para alegar un posible desequilibrio son los mismos jueces o instancias arbitrales, no es competencia suya decir que se permite como prueba o no.

Por otro lado, en cuanto a la aplicación temporal del mencionado estudio, nos atenemos a lo estipulado por la ley y sus decretos reglamentarios, que priman por sobre cualquier instrucción o circular de cualquier autoridad administrativa, llámese concedente o entidad de vigilancia.

Oficio con radicado 2-2011-010641 del 26 de febrero de 2011, suscrito por el Superintendente Delegado para la Generación y Gestión de los Recursos Económicos para la Salud, a la Presidenta de FEDELCO que dice:

*“Me permito dar alcance al oficio (...) en los siguientes términos:
(...)”*

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

(...) se debe dar aplicabilidad del Decreto 3535 de 2005, artículo 2o, el cual establece que los estudios de mercado deberán ajustarse a lo indicado por la Superintendencia Nacional de Salud y, como, mínimo, determinar el tamaño del mercado de todos los juegos de suerte y azar que tengan relación o afecten el Juego de Apuestas Permanentes o Chance que operen en la respectiva Jurisdicción territorial.

Teniendo en cuenta que mediante el Decreto 127 del 21 de enero de 2010, artículo 30, se modifica el inciso cuarto del literal d) del artículo 420 del Estatuto Tributario, estipulando que a partir del 10 de febrero de 2010, en los juegos de suerte y azar para la liquidación del IVA se aplicara la tarifa general, es decir, que la tarifa del IVA pasó del 5% (Decreto 522 de 2003) al 16%, los derechos de explotación no son comparables; por cuanto el efecto del incremento del IVA disminuye la base para el cálculo de los derechos de explotación.”

Oficio con registro 1887 del 09 de junio de 2011, del Gerente de GELSA al Gerente de la Lotería de Bogotá, manifestando:

“(...)Con base en lo anterior, el valor a pagar por derechos de explotación para el periodo comprendido entre el 10 de febrero de 2010 hasta el 11 de julio del mismo año, debe ser modificado ajustando la base gravable del resultado del referido y cuestionado Estudio, a lo que definió el decreto 127 de 2010 de Emergencia Social cuando incrementó la tarifa de IVA del 5% al 16%, en consonancia con lo que al respecto conceptúa la Dirección de Gestión Jurídica de la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, concepto con número 014875 de febrero 20 de 2009, el cual de manera expresa ratifica que “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”, es decir, que este último monto es el que corresponde a la definición de Ingresos Brutos que la Ley 643 de 2001 prevé, y que constituye la base para el cálculo de los derechos de explotación. Así las cosas, al haber cambiado la base para el cálculo de los derechos de explotación por el aumento en la tarifa del IVA, para que la reliquidación del valor del contrato de concesión de la vigencia de 2010 sea integral, debe incluirse esta incorporación que no es de simple interpretación, sino que constituye aplicación de lo normado y de la doctrina propuesta por la DIAN.(...)”

(...)

Quedamos a la espera de una pronta y positiva respuesta, a la vez que manifestamos que estamos en toda la disposición de acudir a los mecanismos contractuales y extracontractuales que permitan zanjar positiva y proactivamente las deliberaciones que han surgido durante los últimos meses.”

Oficio con registro 4527 del 27 de octubre de 2011 del Gerente General de GELSA, al Gerente de la Lotería de Bogotá, donde manifiesta:

“(...)

Me permito solicitarle respetuosamente y previo los siguientes fundamentos fácticos legales” se autorice la respectiva compensación del saldo o favor que actualmente tiene nuestra empresa por concepto de derechos de explotación contra la declaración de derechos de explotación del periodo de liquidación del mes de Diciembre de 2011

(...)

3. Con fundamento en lo anterior, y teniendo en cuenta que el decreto de emergencia social 127 de 2010 incrementó la tarifa del IVA pasándola del 5% al 16%, era igualmente necesario efectuar un ajuste a la base gravable del resultado del referido estudio de mercado, toda vez que el porcentaje aplicado para el periodo comprendido entre el 1 de febrero al 11 de julio de 2010 cambio sustancialmente en virtud del

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

decreto citado, en ese orden de ideas y aunado a lo conceptuado por la Dirección de Gestión Jurídica de la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN mediante documento No. 014875 de fecha 20 de febrero de 2009, que ratifico 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 (...) era procedente reliquidar el valor del contrato de concesión durante el periodo anteriormente descrito.

4. Así las cosas, y efectuada la reliquidación del contrato de concesión en los periodos mencionados, se determinó que entre lo pagado por la Empresa que representó y lo que efectivamente debía pagarse en aplicación de la normatividad citada, existe un saldo a favor de GELSA equivalente a la suma de DOS MIL OCHOCIENTOS MILLONES OCHENTA Y TRES MIL QUINIENTOS VEINTINUEVE PESOS (\$2.800.083.529) MCTE.

5. En virtud de lo anterior, se propuso a fin de saldar las discusiones que se presentaron en virtud de los cambios normativos y las diversas interpretaciones a las mismas, se suscribiera otrosí modificatorio al contrato de concesión, el cual efectivamente se suscribió con la Lotería de Bogotá el día 17 de junio del año 2011(...)

PETICION

1. Teniendo en cuenta los hechos, documentos y fundamentos de tipo normativo anteriormente citados, solicito de manera respetuosa, se autorice la compensación a nuestro favor del valor correspondiente al ajuste por concepto de IVA del periodo tantas veces citado y que fue elevado a otrosí contractual, por la suma de \$2.800.083.529 pesos mcte.

2. En virtud de lo anterior se autorice que el mencionado saldo a favor de GELSA se pueda reflejar y compensar contra los valores por concepto de derechos de explotación y gastos de administración que se presentarán en la declaración del periodo mes de diciembre de 2011.”

Oficio con registro 55 del 06 de enero de 2012 del Gerente General de GELSA, al Gerente de la Lotería de Bogotá que señala:

“(…)

me permito mediante el presente documento manifestar mi inconformidad por la injustificada decisión adoptada por esta Entidad al desconocer de manera directa lo pactado por las partes dentro del otrosí de fecha 17 de junio de 2011, efectuado al contrato de concesión No. 055 de 2006 y en consecuencia desde ya hago responsable a esta Entidad de las consecuencias legales que puedan generarse por este incumplimiento 01 otrosí, documento que hace parte integral del contrato de concesión citado, y que por tanto goza de plena validez jurídica y legal así como de los posibles perjuicios económicos que con ello se generen a la compañía que represento.

(…)

6. Teniendo en cuenta el citado otrosí modificatorio y en virtud de los diferentes oficios que soportaron en su momento la reiteración de esta petición, se puede establecer con claridad, que existe un saldo a favor de GELSA correspondiente a la suma de \$2.800.083.529 pesos mcte, por concepto del ajuste de IVA dentro del periodo comprendido entre el 1 de febrero al 11 de julio de 2010, el cual reitero, fue ratificado por la Lotería de Bogotá mediante la suscripción de otrosí contractual.

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

7. Es importante resaltar que con anterioridad, específicamente el día 7 de junio de 2011, GELSA ya había solicitado la compensación de dichos valores, sin embargo la Lotería nunca se pronunció al respecto.

8. El día 23 de diciembre de 2011, mediante oficio dirigido al señor Gerente de la Lotería de Bogotá, GELSA S. A. solicita que en virtud de lo ordenado en la ley 643 de 2001 y el decreto reglamentario 1350 de 2003, se autorice la compensación del valor a favor de la compañía que represento establecido en el otrosí contractual, contra los valores por concepto de derechos de explotación y gastos de administración que se deben presentar en la declaración del periodo mes de diciembre de 2011, máxime cuando se trata de la última declaración dentro de la ejecución del contrato de concesión No. 055 de 2006, sin que a la fecha se haya obtenido respuesta y por ende no se tiene el número de resolución correspondiente.

(...)

Teniendo en cuenta, que a la fecha no se ha obtenido respuesta favorable respecto de nuestra petición, la cual no solo se ajusta a los preceptos legales sino al tenor de lo pactado por las partes dentro del contrato de concesión y que por el contrario la administración haya guardado silencio respecto de la misma, no me queda otro camino que iniciar las acciones legales contenciosas pertinentes, para que sea el juez natural del contrato quien dirima esta situación.”

Oficio con registro 811 del 13 de marzo de 2012 suscrito por el Gerente de GELSA, al Director Ejecutivo del Fondo Financiero Distrital de Salud que establece:

“(...) comedidamente me permito manifestarle nuestra voluntad de llegar a un acuerdo con el fin de obtener la compensación, el cruce de cuentas o el reintegro de dicho valor a nuestro favor.(...)”

Oficio con registro 1800 del 20 de marzo de 2012 suscrito por el Gerente de la Lotería de Bogotá, al Director Ejecutivo del Fondo Financiero Distrital donde manifiesta:

“De conformidad con la Mesa Técnica celebrada en la sede de la Lotería de Bogotá el pasado 24 de febrero de los corrientes, con la asistencia y participación de las delegadas de su Despacho las doctoras Luz Elena Rodríguez O. y Blanca Cecilia Sarmiento B., por el presente me permito adjuntar copia de la solicitud remitida por el Concesionario Grupo Empresarial en Línea S.A. con referencia a la Compensación que ellos proponen (...)”

Oficio con registro 3998 del 20 de marzo de 2012 suscrito por el Gerente de la Lotería de Bogotá, a la Directora Administrativa y Financiera Secretaría de Salud de Cundinamarca que dice:

“(...) de acuerdo con la Mesa Técnica celebrada en la Sede de la Lotería de Bogotá con los delegados de su Despacho el 24 de febrero de los corrientes, la Lotería de Bogotá remitió la solicitud del Concesionario Grupo Empresarial en Línea SA, respecto a la compensación que ellos proponen, sin que a la fecha se haya brindado una respuesta, por lo cual de manera atenta me permito solicitar el pronunciamiento al respecto.”

Oficio con registro 63837 del 25 de abril de 2012 suscrito por el Gerente de GELSA, al Fondo Financiero Distrital de Salud que señala:



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

“(...) le reiteramos que estamos abiertos a recibir una propuesta de pago, que beneficie los intereses de todas las partes (...)”

Oficio con registro 1693 del 30 de mayo de 2012 del Secretario de Salud del Distrito, al Gerente de Gelsa, donde señala:

“(...)”

En relación con la propuesta planteada por usted orientada a lograr un acuerdo para la devolución o compensación de algunos recursos a favor del GELSA GRUPO EMPRESARIAL EN LÍNEA S.A., que obedecen a la suscripción del Otrosí al Contrato de Concesión No. 055 de 2006 ésta entidad se permite observar lo siguiente:

(...)

7. El 17/06/2011 las partes suscribieron otrosí al contrato de concesión No. 055 de 2006 considerando que mediante el Decreto de Emergencia Social número 127 del 21 de enero de 2010 se incrementó el IVA para el juego de apuestas permanentes del 5% al 16% y con dicho incremento se disminuyó la base para el cálculo de los derechos de explotación entre ellos la base establecida para el contrato de concesión 055 de 2006.

8. Como resultado de lo anterior, la cláusula primera del otrosí modificó la rentabilidad mínima de los derechos de explotación para los meses de febrero a 11 de julio de 2010.

9. Efectuado el recalcu se acuerda que el valor a cancelar en ese periodo (febrero a 11 de julio de 2010) es \$27.728.070.052.

10. Mediante la sentencia de la Corte Constitucional número C-253/10, del dieciséis (16) de abril de dos mil diez (2010), se declaró INEXEQUIBLE el Decreto Legislativo 127 del 21 de enero de 2010, cuyos efectos fueron diferidos hasta el 16 de diciembre de 2010 (...)

(...)

B. Consideraciones jurídicas

Con fundamento en lo anterior ésta Dirección Jurídica observa en primer lugar que ni la Secretaría Distrital de Salud ni el Fondo Financiero Distrital de Salud concurrieron a firmar el contrato de concesión 0055 ni el Otrosí de fecha 17 de junio de 2011, razón por la cual no tienen la condición de parte dentro de esa relación contractual. Como resultado de ello, ésta entidad no es competente para modular o interpretar las obligaciones que se desprendieron del contrato y del otrosí que son objeto de análisis.

De otro lado se observa que en el considerando trece (13) del Otrosí se menciona que "Teniendo en cuenta que con posterioridad a dicho estudio de IVA se incrementó del 5% al 16% y consecuentemente la base que tuvo en cuenta la Superintendencia Nacional de Salud para ordenar el ajuste al contrato está afectada por dicho incremento, se requiere realizar la modificación correspondiente del mismo, con miras a ajustarlo para el periodo del 01 de febrero de 2010 hasta el 11 de julio de 2010, fecha hasta la cual tuvieron vigencia los estudios de mercado con que se calculó la rentabilidad mínima a pagar por parte del concesionario, entendiéndose que a partir del 12 de julio de 2010, fecha en que entró en vigencia la Ley 1393 la mencionada rentabilidad ya no estaba afectada por no aplicar los estudios de mercado".

Por ende se hace necesario conocer si, como lo sugiere el Otrosí en la parte transcrita, la Superintendencia Nacional de Salud estudió y ordenó el ajuste al contrato de concesión número 055, el cual fue materializado en su respectivo otrosí, lo que ofrecerá claridad sobre el fundamento de esa decisión. Esta entidad considera prudente que antes de entrar a tomar una decisión definitiva sobre el particular, se eleve consulta a la Superintendencia Nacional de Salud, (...)"



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

Oficio con radicado con registro 4002 del 20 de junio de 2012 suscrito por el Gerente de la Lotería de Bogotá, al Superintendente Delegado para la Generación de Recursos Económicos de la Supersalud que dice:

(...)

El Concesionario solicitó el 27 de diciembre de 2011 la compensación de que trata el parágrafo del artículo 23 de la Ley 643 de 2001, solicitud reiterada el 6 de enero de 2012.

El Gerente General de la Lotería de Bogotá, en reunión sostenida el 2 de enero de 2012 con el Representante Legal del Grupo Empresarial en Línea SA, según consta en el acta de la misma fecha, sobre la solicitud de cruce de cuentas o compensación contemplado en el OTROSI de fecha 17 de junio de 2011 que le hiciera el concesionario, le respondió de manera clara y expresa que no era posible acceder a dicha petición y con el fin de abordar dicho tema se convocaría a los Fondos Seccionales de Bogotá y Cundinamarca a una mesa técnica, la cual se llevó a cabo el 24 de febrero de 2012 y que generó por parte del Grupo Empresarial en Línea S.A. una solicitud a dichos Fondos el 13 de marzo de 2012, para llegar a un acuerdo con el fin de obtener dicha compensación, o el cruce de cuentas o reintegro de dicho valor.

En respuesta a la anterior solicitud el 30 de mayo de 2012, el doctor Guillermo Alfonso Jaramillo Martínez, Secretario de Salud Distrital en respuesta al Gerente del Grupo Empresarial en Línea S.A. concluye que es pertinente elevar consulta a la Superintendencia Nacional de Salud antes de entrar a tomar una decisión definitiva, por lo cual solicitamos el concepto de su despacho (...)

(...)

Así las cosas, esta entidad solicita su concepto respecto a la viabilidad de la compensación por parte de los Fondos, no sin antes resaltar que la misma debe realizarse con cargo a la actual concesión, teniendo en cuenta que los valores a cancelar corresponden a la anterior concesión, la cual terminó el día 31 de diciembre del año 2011.

Lo anterior, teniendo en cuenta que nos encontramos en el proceso de liquidación del contrato de Concesión 055 de 2006 y el tema de la compensación hace parte de dicha liquidación.”

Oficio con registro 2035 del 26 de junio de 2012 suscrito por la Superintendente Delegada para la Generación y Gestión de los recursos que dice:

En respuesta a la comunicación 4002 de fecha 22 de Junio de 2012, radicada en la Superintendencia Nacional de Salud con el NURC 1-2012-054556 el día 21 de Junio de 2012, donde solicita concepto sobre la viabilidad de compensar al Concesionario de Apuestas Permanentes o juego de Chance Grupo Empresarial en Línea S.A, - GELSA S.A. por parte de los Fondos Departamental y Distrital de Salud, los dineros correspondientes a Derechos de Explotación y Gastos de Administración que se debían cancelar en el mes de Diciembre del año 2011, me permito precisar lo siguiente:

MARCO LEGAL

(...)

Con la expedición de los Decretos Ley 4142 y 4144 del 03 de noviembre de 2011 y el Decreto 4961 del 30 de diciembre del mismo año, la Superintendencia Nacional de Salud perdió competencia frente al artículo 45 de la Ley 643 de 2001 y demás normas relacionadas.

(...)



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

2. La Superintendencia Nacional de Salud no estudió ni ordenó la modificación al Contrato de Concesión N° 055 de 2006 realizado por el Otrosí suscrito el 17 de Junio de 2011 entre la Lotería de Bogotá y el Grupo Empresarial en Línea S.A. – GELSA, anexo a su comunicación del 22 de Mayo de 2012 (folios 10, 11 y 12), por concepto de ajuste a la Rentabilidad Mínima por incremento del IVA del 5% al 16% para el periodo febrero a julio de 2010, teniendo en cuenta que dicha modificación se soporta en el Decreto 127 de 2010 que incrementó el Gravamen para el juego de apuestas permanentes o chance del 5% al 16% con base en la emergencia social de la época el cual fue derogado en ese mismo año, y posteriormente Ratificado en el artículo 3 de la Ley 1393 de 2010.

3. En relación con la consulta planteada en su comunicación sobre la devolución por parte de Fondos Departamental y Distrital de Salud, de los recursos correspondientes a los Derechos de Explotación y Gastos de Administración que se debían cancelar en el mes de Diciembre del año 2011, por concepto de compensación le informo que de acuerdo con lo establecido en el Inciso final del parágrafo del artículo 4 de la Ley 1393, es el Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar la instancia competente para resolver esta consulta.

(...)

Por lo tanto, se recomienda dirigir su consulta a ese organismo superior.

Es necesario precisar, que el anterior concepto se sustenta en el cambio de adscripción del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar del Ministerio de Salud y Protección Social al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, mediante el Decreto Ley 4144 del 3 de Noviembre de 2011.”

Oficio con registro 2055 del 29 de junio de 2012 suscrito por el Gerente General de GELSA, al Gerente General de la Lotería de Bogotá que dice:

“(…)en calidad de gerente general de GRUPO EMPRESARIAL EN LINEA SA, me permito presentar a usted de manera respetuosa, algunas consideraciones angulares, dando alcance a comunicaciones anteriores y al otrosí suscrito el pasado 17 de Junio de 2011, entre nuestra empresa y la Lotería de Bogotá, el cual hace parte integrante del contrato en referencia; para solicitar el reintegro o devolución de la suma de dinero pagada por mayor valor de IVA, en cumplimiento y ejecución del contrato referenciado, dentro del periodo comprendido entre los meses de Febrero y Julio de 2010, por lo que ruego se tenga en cuenta la siguiente sustentación.

1. Por virtud del tránsito normativo generado entre el periodo de febrero de 2010 y hasta Julio del mismo año; entre otras normas, por el decreto 127 de Enero 21 de 2010 y la ley 1393 de 2010, el gobierno nacional mediante la primera norma citada y por efecto de motivos de emergencia social dispuso que la tarifa del IVA establecida hasta el momento aplicable a los contratos como el que nos ocupa, que era del 5%, se elevará al 16%.

Posteriormente a raíz de la variación de normas durante el primer semestre de 2010, cuyo efecto se plasmó en dicho otrosí, se reconoció tácitamente un saldo a favor de GRUPO EMPRESARIAL EN LÍNEA S.A., de DOS MIL OCHOCIENTOS MILLONES, OCHENTA Y TRES MIL QUINIENTOS VEINTINUEVE PESOS (\$2.800.083.S29.00) MONEDA LEGAL COLOMBIANA, el cual en cumplimiento del contrato 055 de 2006, fue pagado sucesivamente a los Fondos Seccionales de Salud de Bogotá y Cundinamarca.”

2. En comunicación anterior enviada por nuestra compañía a esa importante empresa, de fecha Junio 09 de 2011, con número Reg.1887, dimos explicación acerca del caso en cuestión y procedimos a solicitar un cruce de cuentas (mal llamado compensación en su momento), con el saldo a nuestro cargo por concepto de mayor valor de derechos de explotación, de conformidad con lo establecido en la ley 1393



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

de 2010, señalado en su comunicación del 19 de Mayo de 2011, el cual era de \$2.316.546.848.00 más \$23.165.469.00 de gastos de administración.

Esta solicitud se orientó a buscar una solución que fuera viable en el sentido de cruzar las cuentas pendientes entre ambos contratantes. Pretendimos lograr un escenario legal y financieramente propicio para facilitar el reintegro del dinero a nuestro favor, pagando prioritariamente la obligación a favor de la Lotería de Bogotá.

Esta solicitud fue negada por la Lotería de Bogotá, entre otras razones, porque dicha empresa no fue la beneficiaria directa de los ingresos recibidos por ese concepto, sino que fueron los fondos seccionales de salud de Bogotá y Cundinamarca los que recibieron los ingresos directamente. Todo lo cual se incorporó en el acta de reunión adelantada el pasado 02 de Enero de 2012.

3. Seguidamente y ante las solicitudes por parte de nuestra compañía, las cuales datan de Junio de 2011, se adelantó una mesa técnica en Febrero de 2012, con los fondos seccionales de Bogotá y Cundinamarca, por virtud de la cual solicitamos nuevamente el reintegro de los valores descritos. Por razón de lo anterior y hasta el 30 de Mayo de 2012, el Dr. GUILLERMO ALFONSO JARAMILLO MARTÍNEZ, secretario de salud distrital dispuso elevar consulta ante la Superintendencia Nacional de Salud, para determinar una decisión al respecto, la cual hasta el momento actual no ha sido resuelta por la entidad solicitada.

4. Posteriormente y de acuerdo con lo debatido en la reunión del pasado 19 de Junio de 2012, dentro del trámite de liquidación del contrato 055 de 2006, en las instalaciones de la Lotería de Bogotá y ante la imperiosa necesidad de obtener el reintegro en cuestión, esa importante empresa también se pronunció a este respecto, afirmando que se encuentra radicando una solicitud de concepto ante la Superintendencia Nacional de Salud y ante la dirección administrativa y financiera de la Secretaría de Salud de Cundinamarca, para el mismo objeto de decisión y viabilidad de reintegro del dinero mencionado en el numeral anterior.

Por virtud de lo expuesto solicito nuevamente y de manera respetuosa a la gerencia general de la Lotería de Bogotá, que en calidad de concedente dentro del contrato 055 de 2006, por virtud del escenario de liquidación en que nos encontramos, por las calidades legales que detenta ante los fondos seccionales de salud de Bogotá y Cundinamarca y por el marco legal aplicable (Ley 643 de 2001, normas concordantes y complementarias), gestione ante dichas entidades y/o autoridades competentes el reintegro o devolución del dinero objeto de la presente solicitud, el cual hace parte de los activos de la compañía que represento y de hecho se encuentra relacionado dentro de sus cuentas de orden.

El dinero que se solicita formalmente reintegrar en esta comunicación, fue pagado como mayor valor por virtud del tránsito normativo conocido, de manera que legal, financiera y contablemente pertenece a la concesionaria como derecho cierto frente a la legislación aplicable, por tal motivo constituye parte de su patrimonio. Adicionalmente a lo anterior, algo que debe ser resaltado es que se trata de dineros que nuestra empresa ha solicitado desde hace más de un año (09 de Junio de 2011) y hasta la fecha presente no ha sido posible lograr su reintegro.

Desde otra óptica, tampoco resulta legalmente viable para los fondos seccionales de salud de Bogotá y Cundinamarca tener en su haber dineros que representan activos de la concesionaria y que desde tiempo atrás han debido reintegrarse, teniendo en cuenta que se trata de un mayor valor pagado por concepto de IVA, por las circunstancias conocidas y que de manera adicional da cuenta de la buena relación contractual que demostró GELSA, en ejecución del contrato de concesión 055 de 2006.



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

(...) solicito que dentro del acta de liquidación del contrato comentado, se estipule dicho valor solicitado, como un derecho a favor de la compañía que represento y que se encuentra pendiente a favor de Grupo Empresarial en Línea SA.”

Oficio con registro 4270 del 29 de junio de 2012 suscrito por el Gerente de la Lotería de Bogotá, al Presidente de COLJUEGOS donde manifiesta:

“(...

Teniendo en cuenta la normatividad anteriormente relacionada, comedidamente nos permitimos solicitar su concepto respecto a la viabilidad de la compensación, con base en los siguientes antecedentes:

(...)

2. El Decreto 127 de 2010 en su artículo tercero, estableció que el IVA en los juegos de suerte y azar pasaría del 5% al 16%, a partir del 1 de febrero del mismo año.

3. El decreto en mención, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-253 de 2010, difiriendo sus efectos hasta el 16 de diciembre del mismo año.

4. Posteriormente, mediante el artículo 3 de la Ley 1393 del 2010, se ratificó lo expresado en el decreto antes mencionado.

5. Con dicho incremento se disminuye la base para el cálculo de los ingresos brutos se ve afectada y consecuentemente los derechos de explotación.

6. Así las cosas, el día 17 de junio del año 2011 la Lotería de Bogotá y el Grupo Empresarial en Línea S.A., firmó el otrosí al contrato de concesión No. 055, mediante el cual se establecieron los nuevos valores a cancelar por concepto de derechos de explotación, teniendo en cuenta el incremento del IVA, para el periodo comprendido entre el 1 de febrero y el 11 de julio de 2010, lo cual dio un saldo a favor del concesionario por valor de DOS MIL OCHOCIENTOS MILLONES OCHENTA Y TRES MIL QUINIENTOS TREINTA PESOS (\$2.800.083.530). se anexa en otrosí en cinco (5) folios.

7. El concesionario el día 23 de diciembre de 2011 solicitó a la entidad que se aplicara el otrosí, contra los derechos de explotación y gastos de administración que se debían cancelar en el mes de diciembre de 2011, solicitud que fue reiterada el día 6 de enero del año 2012.

8. De acuerdo la normatividad aplicable, la solicitud debe realizarse dentro del mes siguiente a la fecha de presentación de la declaración, con lo cual el concesionario habría presentado su solicitud en forma extemporánea.

Así las cosas, esta entidad solicita su concepto respecto a la viabilidad de la compensación (...).”

Oficio con registro 4271 del 29 de junio de 2012, suscrito por el Gerente de la Lotería de Bogotá, al Secretario Técnico Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, en el cual manifiesta:

“(...

El Gerente General de la Lotería de Bogotá, en reunión sostenida el 2 de enero de 2012 con el Representante Legal del Grupo Empresarial en Línea S.A., según consta en el acta de la misma fecha. sobre la solicitud de cruce de cuentas o compensación contemplado en el OTROSI de fecha 17 de junio de 2011, que le hiciera el concesionario le respondió de manera clara y expresa que no era posible acceder a dicha petición y con el fin de abordar dicho tema se convocaría a los Fondos Seccionales de Bogotá y Cundinamarca a una mesa técnica, la cual se llevó a cabo el 24 de febrero de 2012 y que generó por parte del Grupo Empresarial en Línea S.A. una solicitud a dichos Fondos el 13 de marzo de 2012 para llegar a un acuerdo con el fin de obtener dicha compensación, o el cruce de cuentas o el reintegro de dicho valor (...)

(...)

Así las cosas, esta entidad solicita su concepto respecto a la viabilidad de la compensación por parte de los Fondos, no sin antes resaltar que la misma debe realizarse con cargo a la actual concesión, teniendo



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

*en cuenta que los valores a cancelar corresponden a la anterior concesión, la cual terminó el día 31 de diciembre del año 2011.
(...)”*

Oficio con registro 2312 del 25 de julio de 2012, suscrito por la Directora Administrativa y Financiera del Departamento de Cundinamarca al Gerente de la Lotería de Bogotá, donde manifiesta:

“(…) me permito informar que sometimos a estudio y emisión de un concepto jurídico interno en nuestra Entidad, donde conceptúan que “que de acuerdo al otrosí firmado al contrato de concesión para la operación del juego de apuestas permanentes o chance en los territorios del Distrito Capital de Bogotá y el Departamento de Cundinamarca, es un documento que surte efectos de interpartes, es decir entre la Lotería de Bogotá y la Sociedad Grupo Empresarial en Línea S.A., antes Apuestas en Línea S.A., y a quien estas partes representan en la concesión.

Luego en ese orden, si de la modificación en su oportunidad transfirió un mayor valor del que le correspondía por la explotación de la operación del juego de apuestas permanentes o chance en los territorios del Distrito Capital de Bogotá y el Departamento de Cundinamarca en el periodo de febrero 1 de 2010 a julio 11 de 2010, es un hecho que debe ser corroborado y certificado por su despacho, de donde se pueda determinar de manera clara y expresa la obligación para la Secretaria de Salud de Cundinamarca.

Si se corrobora lo anterior positivamente, la Secretaria de Salud de Cundinamarca como tercero beneficiario de la renta podría pronunciarse sobre la compensación propuesta por el concesionario a la Lotería de Bogotá, para que aquella como concedente suscriba la correspondiente compensación con el contratista, (...)”

(...)

Una vez tengamos respuesta y de ser confirmado el mayor valor girado a Nuestra Entidad conociendo la cifra exacta a reintegrar o compensar, propondríamos que para no afectar nuestra sostenibilidad financiera, se haga amortización mensual a doce (12) meses como plazo mínimo. (...)”

Oficio con registro 5778 del 10 de septiembre de 2012 suscrito por la Jefe de Unidad de Apuestas y Control de la Lotería de Bogotá al Subgerente General de la Lotería de Bogotá que dice:

“Dando respuesta a la solicitud del asunto, de manera atenta, me permito comunicarle que el concesionario durante el periodo 01 de febrero y 11 de julio de 2010, transfirió al Fondo Seccional de Salud de Cundinamarca la suma de \$8.858.446.075, por concepto de ajuste contractual al Contrato de Concesión 055 de 2006 según Resolución 052 de 2010, sin embargo el 11 de julio de 2011 y teniendo en cuenta el incremento del IVA del 5% al 16% y consecuentemente la base para calcular los Derechos de Explotación, mediante OTROSI al contrato de concesión 055 de 2006, suscrito entre el Concesionario Grupo Empresarial en Línea S.A. y Lotería de Bogotá, se acuerda que el valor a cancelar es la suma de \$8.018.421.016, entre el periodo 01 de febrero y 11 de julio de 2010.

Por lo anterior y teniendo en cuenta los Actos Administrativos firmados por las partes, se concluye que el concesionario durante el periodo descrito transfirió al Fondo Seccional de Salud de Cundinamarca, un mayor valor de \$840.025.059,(...)”



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

Oficio con registro 2834 del 12 de septiembre de 2012, suscrito por el Gerente de GELSA al supervisor del Contrato en la Lotería que dice:

“(…)

solicitamos a su despacho se estudie la viabilidad de tramitar ante los fondos seccionales de salud de Bogotá y Cundinamarca, junto con la solicitud antecedente de reintegro por concepto de mayor valor de IVA pagado durante la ejecución contractual que nos ocupa, el cruce de cuentas o descuento de este monto contra los valores a nuestro favor.”

Oficio con registro 5977 del 18 de septiembre de 2012, suscrito por la Jefe de Unidad de Apuestas y Control de Juegos de la Lotería de Bogotá al Subgerente General de la Lotería que dice:

“(…)se estableció que en el periodo comprendido entre el 01 de febrero y 11 de junio de 2010, reportaron pagos por valor de \$29.528.153.582, Es preciso informarle que el IVA del juego de Apuestas Permanentes se incrementó del 5% al 16%, y consecuentemente modificó la base para calcular los Derechos de Explotación, razón por la cual mediante OTROSI al contrato de concesión 055 de 2006 de fecha 17 de junio de 2011, suscrito entre el Concesionario Grupo Empresarial en Línea SA y Lotería de Bogotá se estableció un valor a cancelar por Derechos de Explotación de \$26.728.070.052.

Es importante aclarar que de los ingresos provenientes del juego de Apuestas Permanentes de Bogotá y Cundinamarca, corresponde el treinta por ciento (30%) para el Fondo Departamental de Salud de Cundinamarca, según lo establece el parágrafo del artículo 22 de la Ley 643.”

Oficios con registro 6177 y 6180 del 28 de septiembre de 2012, suscritos por el Gerente de la Lotería al Presidente de COLJUEGOS CICE y al Secretario Técnico del CNJSA que dice:

“(…) la Solicitud de concepto elevada por esta entidad de acuerdo a escrito de la Lotería de Bogotá dirigido a la Superintendencia Nacional de Salud - Registro interno N° 4002 del 20 de Junio de 2012, con respuesta de la Superintendencia Nacional de Salud a la Lotería de Bogotá mediante radicado N° 2-2012-044817 del 26 de Junio de 2012, recibido por su despacho el día 04 de Julio de 2012 con oficio N° 201221600131628(…)

(…) reitero a usted la solicitud de consulta en referencia y anteriormente señalada, toda vez que reviste de gran importancia clarificar en términos, como se ya se citó, todas las situaciones que hayan surgido en virtud del Contrato de Concesión 055/2006, por encontrarnos en el proceso Liquidatorio del mismo.”

Oficio con registro 6181 del 28 de septiembre de 2012 suscrito por el Gerente de la Lotería a la Directora Administrativa y Financiera de la Secretaría de Salud y que dice:

“(…)me permito allegar a su despacho, anexo a este documento, (…)

(…)para efectos de dar trámite a la devolución de los dineros transferidos (…) como mayor valor del que correspondía por la explotación de la operación de juego de apuestas permanentes o chance en los territorios del Distrito Capital y Departamento de Cundinamarca en el periodo de febrero 01 de 2010 a julio 11 de 2010,(…)”

Oficio con registro 6478 del 10 de octubre de 2012, suscrito por el Gerente de la Lotería al Secretario de Salud que dice:

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

“solicitar de manera respetuosa se allegue a esta entidad, copia del documento a través del cual la Secretaria Distrital de Salud, en cumplimiento de lo establecido en el comunicado emitido por ustedes en atención a la propuesta presentada por al Doctor Elkin Alonso Castaño Ramírez, Gerente General del Grupo Empresarial en Línea SA de fecha 30 de mayo de 2012, registro N° 1693, elevó la respectiva consulta al Ministerio de la Protección Social y en caso de existir una respuesta de dicho Ministerio allegárnosla de igual forma”.

Oficio con registro 3329 del 02 de noviembre de 2012, suscrito por Secretario Técnico del CNJSA al Gerente de la Lotería de Bogotá que dice:

“(…)respecto a la "viabilidad de la compensación por parte de los fondos, no sin antes resaltar que la misma debe realizarse con cargo a la actual concesión, teniendo en cuenta que los valores a cancelar corresponden a la anterior concesión, la cual terminó el día 31 de diciembre del año 2011" me permito informar lo siguiente:

Precisa advertir que conforme lo establece el numeral 10 del artículo 2° de Decreto 4144 de 2011, que modifica el artículo 47 de la Ley 643 de 2001, es función del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar "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 en "el nivel territorial" .

El marco de la competencia de éste órgano colegiado, así enunciado por el 'legislador,' pone de presente la necesidad de salvaguardar la objetividad en el ejercicio de conceptualización, restringiendo su función a un carácter eminentemente formativo general y 'no resolutivo' de situaciones específicas.

(...)

En la comunicación remitida por la Lotería de Bogotá se hace énfasis que la solicitud de Compensación presentada por el concesionario, se haría con cargo a la actual concesión y no con cargo al contrato de concesión 055 de 2006, cuyo objeto consistía en "el otorgamiento de la CONCESIÓN para la operación del Juego de Apuestas Permanentes por parte de la LOTERÍA DE BOGOTÁ a APUESTAS EN LINEA S.A para que por su cuenta y riesgo ejecute directamente el juego de Apuestas Permanentes o Chance en Bogotá, D.C., y el Departamento de Cundinamarca, bajo el control, fiscalización y supervisión de la Entidad CONCEDENTE"(. .), el cual venció el pasado 31 de diciembre de 2011..

En conclusión, la Secretaria Técnica considera que la etapa de la liquidación es el momento, en el cual de debe establecer si existen pretensiones a cargo de las partes, lo anterior en el marco del contrato, que para el caso que nos ocupa es el contrato de concesión número 055 de 2006. Por lo tanto con la liquidación cesan las obligaciones derivadas del mismo.

En consecuencia, no resulta viable cargar a la ejecución de un nuevo contrato el pago de sumas por compensación correspondientes a la ejecución de un contrato anterior, teniendo en cuenta que la liquidación es el momento para resolver tal situación, sumado a que la temporalidad de ejecución de los contratos es diferente.”

Oficio con registro 3359 del 8 de noviembre de 2012, suscrito por Directora Jurídica y de Contratación Secretaría Distrital de Salud al Gerente de la Lotería de Bogotá que dice:

“(…)sobre la consulta elevada por ésta Secretaría ante el Ministerio de Salud y Protección Social, el pasado 18 de mayo de 2012, en cuyo contenido se busca aclarar el tema relacionado con la devolución o

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

compensación de los valores recaudados entre el 1 de febrero de 2010 hasta el 11 de julio de 2010 y que corresponden al ajuste de la rentabilidad mínima del concesionario del juego de chance.

(...)

he de informarle que a la fecha no se ha pronunciado el Ministerio de Salud y Protección Social, razón por la que el pasado 11 de octubre se reiteró la solicitud.”

La solicitud referida en el párrafo anterior se evidencia en:

“Comunicado con radicado No. 44351 del 20/03/2012 presentada por el Gerente de la Lotería de Bogotá, mediante la cual se remite la propuesta presentada por GELSA, Grupo Empresarial en Línea S.A., para el cumplimiento de Otrosí del contrato de concesión número 055 de 2006.

B. Consideraciones jurídicas

Con fundamento en lo anterior ésta Dirección Jurídica observa en primer lugar que ni la Secretaría Distrital de Salud ni el Fondo Financiero Distrital de Salud concurren a firmar el contrato de concesión 0055 ni el Otrosí de fecha 17 de junio de 2011, razón por la cual no tienen la condición de parte dentro de esa relación contractual. Como resultado de ello, ésta entidad no es competente para modular o interpretar las obligaciones que se desprendieron del contrato y del otrosí.

De otro lado se observa que en el considerando trece (13) del Otrosí se menciona que "Teniendo en cuenta que con posterioridad a dicho estudio de IVA se incrementó del 5% al 16% y consecuentemente la base que tuvo en cuenta la Superintendencia Nacional de Salud para ordenar el ajuste al contrato está afectada por dicho incremento, se requiere realizar la modificación correspondiente del mismo, con miras a ajustarlo para el periodo del 1 de febrero de 2010 hasta el 11 de julio de 2010, fecha hasta la cual tuvieron vigencia los estudios de mercado que se calculó la rentabilidad mínima a pagar por parte del concesionario, entendiéndose que a partir del 12 de julio de 2010, fecha en que entró en vigencia la Ley 1393 la mencionada rentabilidad ya no estaba afectada por no aplicar los estudios de mercado".

Ahora bien, como es igualmente previsible que el Ministerio de la Protección Social, en relación con otros entes territoriales, haya fijado una posición sobre la procedencia de la devolución o compensación de los recursos recaudados mientras se incrementó el IVA a la tarifa del 16% y a fin de lograr una actuación administrativa uniforme, coherente y coordinada se eleva la presente consulta, para dilucidar la forma como debe proceder ésta entidad.

C. Consulta

Con fundamento en lo anterior se consulta:

- 1. Si existe alguna directriz tomada por parte del Ministerio de la Protección Social, en relación con la devolución o compensación de los valores recaudados entre el 1 de febrero de 2010 hasta el 11 de julio de 2010 y que corresponden al ajuste de la rentabilidad mínima del concesionario del juego del chance.*
- 2. Si dentro de éste contexto, es posible para la Secretaría Distrital de Salud/Fondo Financiero Distrital de Salud efectuar la devolución de dicha suma de dinero u ordenar su compensación, dado que se trata de recursos de la salud con destinación específica.*
- 3. De ser posible o anterior, cuál es el procedimiento que debe seguir esta entidad a fin de reintegrar o compensar los recursos a favor del concesionario bajo la observancia de las normas que regulan la protección de los recursos del sector salud y la imposibilidad de giro a terceros”.*



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

La respuesta es enviada por el Secretario Técnico del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, con oficio de radicado N° 20132400164911 del 11 de julio de 2013, mediante concepto aprobado en la sesión No. 55 del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, del 4 de julio de 2013, y en respuesta a la consulta de la Lotería de Bogotá, se determinó que no hay lugar a modificación del contrato sino mediante un estudio de mercado, de conformidad con la normatividad vigente para el contrato de concesión. Tampoco hay lugar a devolución de sumas de dinero giradas a la salud, porque el IVA no hace parte de la apuesta, y así lo reconoció el concesionario en el contrato.

Además las entidades o fondos de salud del Distrito y de Cundinamarca, no participan en la administración del monopolio y/o en actividades relacionadas con el contrato de concesión 055 de 2006, no son parte en el contrato, por lo tanto no pueden efectuar ninguna compensación al concesionario.

En desarrollo de la Visita Fiscal, se requirió a la Lotería de Bogotá, los Fondos de Salud, mediante oficios con registros 2653 del 11 de octubre de 2013 y radicado No. 2013134619 del 15 de octubre de 2013, a la propia entidad concesionaria Grupo Empresarial en Línea, mediante visita administrativa Fiscal del 24 de octubre de 2013, para entregar los soportes del OTROSI.

Se constató que para la expedición del OTROSI el 17 de junio de 2011, no se adelantó ningún tipo de estudio técnico, económico financiero y jurídico que estableciera si hubo, el grado de afectación económica de la ecuación contractual, para el concesionario.

Dentro del acta que recoge la reunión interna para la liquidación del contrato del 3 de octubre de 2012, se adjuntan todas las actividades que efectúa la Lotería de Bogotá ante los Fondos de Salud de Bogotá y Cundinamarca para entregar en cumplimiento del OTROSI, dineros a GELSA S.A.

Luego de analizada y evaluada la información con relación a la expedición del OTROSI, el 17 de junio de 2011, dentro del contrato de concesión 055 de 2006, se evidenciaron los antecedentes del mismo así:

El Grupo Empresarial en Línea S.A. GELSA S.A., como concesionario en el contrato 055 de 2006, se consideró afectado, por el incremento del IVA del 5% al 16% en los juegos de suerte y azar establecido en el Decreto 127 del 21 de enero de 2010 expedido por el Gobierno Nacional, tarifa que debía aplicarse a partir del 1 de febrero de 2010 y hasta el 11 de julio de 2010, fecha hasta la cual rigió la normatividad de la Ley 643 de 2001 y sus decretos reglamentarios para determinar la rentabilidad mínima, porque a partir del 12 de julio de la misma vigencia fue expedida la Ley 1393 que



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

modificó de plano las formas como se establecía la rentabilidad mínima en los juegos de suerte y azar, además de aplicar el IVA del 16%.

La argumentación de GELSA S.A., es que el aumento de la tarifa del 5% al 16% disminuye el valor apostado por el cliente y por ende el valor del ingreso bruto, este último base para calcular los derechos de explotación, para lo cual se debe aplicar la teoría del *“hecho del príncipe”*, porque fue una decisión del gobierno que afectó el equilibrio económico contractual y recalca que se alteró el negocio y su ecuación.

En estos documentos también señala: *“(…) Así las cosas, es posible concluir que el denominado “Hecho del Príncipe” puede dar lugar al rompimiento del equilibrio contractual, pero que dicha circunstancia no opera de manera automática, sino que, debe establecerse en cada caso.”*
(...)

Además insiste que es la DIAN la que determina en sus conceptos la forma como se establecen los ingresos brutos con los que se calcula la rentabilidad mínima y específicamente en los conceptos 014875 del 20 de febrero de 2009 y 014667 del 2 de marzo de 2010, que señala que para obtener la base gravable del impuesto, se debe multiplicar la apuesta por 1.16 y no como se venía haciendo por el 1.05, esta insistencia esta coadyubada por la Federación Colombiana de Empresarios de Juegos de Suerte y Azar (FECEAZAR).

Las pretensiones iniciales de GELSA S.A. ante la Lotería de Bogotá, fue que se practicara un estudio de mercado acorde con los decretos 3535 y 4643 que determinaban, que efectuado el estudio de mercado de conformidad con los parámetros dictados por la SUPERSALUD era procedente ajustar el contrato de acuerdo con los resultados y estos, podían favorecer tanto al CONCEDENTE como al CONCESIONARIO.(oficios con registros 725 del 1º de marzo de 2010 y 2675 del 8 de septiembre de 2010 y 2754 del 14 de septiembre de 2010, registro 3809 del 21 de diciembre de 2010, registro 1887 del 9 de junio de 2011)

Sin embargo ante la solicitud y luego de varias consultas ante los órganos competentes la Lotería de Bogotá le señaló a GELSA S.A. que el estudio de mercado aplicado de conformidad con la normatividad, solo regía para el futuro o el término restante del contrato (oficio con registro 8005 del 13 de diciembre 2010).

GELSA S.A. insistió ante la Lotería de Bogotá con la solicitud, ya sin pretender un estudio de mercado y fue aceptado dicho pedimento suscribiendo el 17 de junio de 2011 el OTROSÍ de forma bilateral que modificó el valor de la rentabilidad mínima pactada, en el periodo comprendido entre el 1 de febrero al 11 de julio de 2010 disminuyéndola en la suma de DOS MIL OCHOCIENTO MILLONES OCHENTA Y TRES MIL QUINIENTOS TREINTA \$2.800.083.530., para el citado periodo.



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

Gelsa S.A., para obtener el cumplimiento de la disminución pactada en el OTROSI presentó varias estrategias:

1.- Inicialmente pidió a la Lotería de Bogotá dentro del término de ejecución del contrato de concesión, que se aplicara la Ley 643 artículo 23 que señalaba compensaciones por concepto de derechos de explotación por mayores valores pagados, contra los valores por concepto de derechos de explotación y gastos de administración que se presentarían en la declaración del mes de diciembre de 2011(oficios con registro 1887 del 09-06-11, registro 4527 del 27 de octubre de 2011, registro 55 del 06 de enero de 2011 registro 811 del 13 de marzo de 2012, registro 1800 del 20 de marzo de 2012, registro 3998 del 20 de marzo de 2012 , registro 63837 del 25 de abril de 2012, registro 1693 del 30 de mayo de 2012). Ante esta solicitud la Lotería de Bogotá, guardó silencio.

2.- Posteriormente, terminado el contrato nuevamente solicita la compensación y esta vez contra los valores del nuevo contrato de concesión 157 de 2011, las consultas efectuadas por la Lotería de Bogotá ante este pedimento hacen inoperante la solicitud, porque no es posible disminuir los valores de la actual concesión, por obligaciones de la anterior.

3.- Pide entonces a la Lotería de Bogotá un cruce de cuentas (oficio con registro 2055 del 29 de junio de 2012) y no una compensación y requiere a la Lotería de Bogotá para que gestione ante los fondos de Salud Distrital y de Cundinamarca el reintegro o devolución del dinero a GELSA S.A. La Lotería de Bogotá acepta el requerimiento y gestiona ante los fondos de salud la devolución de los dineros.

4.- Hasta la fecha, de conformidad con los oficios con radicado No. 1-2013-41438 de la Secretaría Distrital de Salud y de la Tesorería de la Secretaría de Salud de Cundinamarca Nos. CE 2013565734 del 31-10.2013 y CE 2013550405 del 21 de octubre de 2013 no se ha pagado dinero alguno por parte de los Fondos a la concesionaria GELSA S.A. en cumplimiento del OTROSI.

Otra de las actividades de la Visita Fiscal surge en la ejecución de la misma, por la solicitud efectuada por el Gerente de la Lotería de Bogotá a este ente de control fiscal con oficio identificado con registro 5159 del 25 de octubre de 2013, mediante la cual solicita el resultado de la visita conjunta entre la Contraloría de Bogotá y La superintendencia Nacional de Salud, de acuerdo con el convenio interinstitucional 041 de 2011, practicada mediante Auto de visita 000682 del 01 de noviembre de 2011, entre el 01 y el 04 de noviembre del mismo año.



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

Para tal fin, como primera medida se requirió a la Dirección Sector Salud para que suministrará a esta dependencia los informes y demás documentos relativos a la visita fiscal conjunta y en respuesta dicha dependencia entregó copias de: Auto de visita 000682, un borrador del informe preliminar sin fecha ni firma, Convenio de Cooperación Interinstitucional 041 de 05-09-2011, se entregó Actas 004 de 13 de octubre de 2011, 002 de 30 septiembre de 2011, 001 de 29 de septiembre de 2011, acta de visita de 1º de noviembre de 2011, informe del auto de visita 000682 de 1º de noviembre de 2011, informe de auto de visita del 15 de noviembre de 2011, Resumen de Evaluación a la Lotería de Bogotá, sin firma y sin fecha.

Igualmente se realizó una visita administrativa fiscal el 15 de noviembre de 2013, a la Supersalud, en dicha diligencia se recibieron, entre otros, el Informe Preliminar y el Informe Final de la Superintendencia Nacional de Salud y las respuestas presentadas por la Lotería de Bogotá a los hallazgos establecidos en el informe preliminar, igualmente se entregó la comunicación con radicado 2-2012-044438 del 26 de junio de 2012, donde la Supersalud comunica al Gerente de la Lotería de Bogotá el Informe Final.

Conclusiones del Análisis de la Información

Dentro del contrato de concesión 055 de 2006, se pactó que:

- 1.- El IVA no hace parte de la apuesta, es decir de los derechos de explotación.
- 2.- En el negocio del juego de azar es el concesionario el que asume todo el riesgo de pérdida o ganancia y de los cambios de las cargas impositivas, en este caso el IVA y así expresamente lo estipula el clausulado al señalar que el concesionario tiene el conocimiento de las posibles modificaciones impositivas a futuro y aceptó este riesgo.

Además, se debe tener en cuenta lo siguiente:

3.- Los conceptos presentados por el concesionario de la DIAN no traen ninguna convención o definición nueva que no haya estado consignado en las leyes, esto es, las definiciones de qué es apuesta y qué es ingreso bruto.

4.- De las respuestas a las consultas efectuadas por la Lotería de Bogotá es evidente que:

a.- La lotería de Bogotá reconoce que el Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar de conformidad con la Ley 643 de 2001, le da la potestad de *"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" y que en uso de estas facultades legales expidió el 17 de junio 2010, el concepto radicado con el No. 184757, mediante el cual se pronunció sobre el tema del IVA manifestando que *"No se encuentra viable la modificación de la rentabilidad mínima de las concesiones del juego de apuestas permanentes con el mero fundamento del incremento del IVA, que grava a los apostadores de este juego(...)* y además que *"El cálculo del valor de rentabilidad mínima de las concesiones del juego de apuestas permanentes exige la aplicación de métodos taxativamente establecidos por el gobierno nacional y por la Superintendencia Nacional de Salud. Por lo anterior la rentabilidad mínima de los contrato de concesión no puede ser modificada por medio de la una decisión administrativa que carezca de su adecuada fundamentación técnica. En concepto comunicado mediante oficio con radicado No. 20132400164911 del 11 de julio de 2013 el Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar manifiesta 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.*

b. La Circular externa de la SUPERINTENDENCIA DE SALUD No. 047 del 30 de noviembre de 2007 en su artículo 2.2.11 Revisión del estudio de mercado establece que toda iniciativa para la realización de un estudio de mercado debe *"... acompañarse del estudio técnico que justifica la viabilidad, conveniencia y oportunidad de la iniciativa y someterse a decisión de la junta directiva de la entidad concedente"* además que la revisión de los estudios de mercado de los cuales se establecieron los derechos de explotación en el contrato de concesión únicamente podrá revisarse en los términos y condiciones que establezca la Superintendencia Nacional de Salud.

c. Solo se aplicará el estudio de mercado aprobado por la SUPERSALUD hacia el futuro.

d.- El desequilibrio económico argumentado por GELSA no puede alegarse en un contrato aleatorio, esta teoría es aplicable en el marco de contratos conmutativos, definidos en el Código Civil en el artículo Artículo 1498 que establece: *"El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio."*

Agrega el concepto del que se deriva esta conclusión que: *"El tipo de relación jurídica establecida entre la Lotería y el concesionario, es una relación regulada que no supone la obtención de una prestación a favor del Estado en sentido estricto, sino la autorización o habilitación de éste para explotar una actividad que constituye monopolio estatal, tan claro es ello que la doctrina que claramente ha analizado el punto la ubica dentro de lo que se denominan autorizaciones concesionales y esta razón hace que no pueda, (...), considerarse que hay una equivalencia de prestaciones, en la forma en que se aplica en otros tipos de relaciones(...)"*.

e.- El incremento del IVA no es un nuevo impuesto y el incremento es asumido directamente por el apostador.

f. No ha probado, ni probó el concesionario en anuencia con la Lotería de Bogotá mediante un estudio técnico, económico y financiero el impacto sufrido por el concesionario por el incremento del IVA y que fuera de tal relevancia que afectara la ecuación económica dentro del contrato de concesión de forma grave y por la cual el concesionario no pueda seguir adelante con la ejecución del contrato.



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

- g. El OTROSI disminuyó la rentabilidad mínima pactada en el contrato de concesión del periodo comprendido entre el 1 de febrero al 11 de julio de 2010 en cuantía de \$2.800.083.530.
- h. Inexplicablemente solo los fondos de salud son los afectados con la devolución pero la Lotería de Bogotá sale indemne de esta obligación, aunque ella recibe el 1% del 12% de la rentabilidad mínima.
- i. Por otra parte estipulada la obligación en el OTROSI, la Lotería de Bogotá hace caso omiso a lo que ella misma había suscrito y dentro de la ejecución del contrato no la hace efectiva, sino que una vez terminado el plazo de ejecución del mismo, esto es el 31 de diciembre de 2011, intermedia sin ninguna competencia, para que los fondos de salud del Distrito y de Cundinamarca compensen o devuelvan los dineros en cumplimiento del OTROSI (\$1.960.058.471 para el fondo Distrital de Salud y \$840.025.059 para el Fondo Seccional de Salud de Cundinamarca) a GELSA S.A., teniendo claro la Lotería de Bogotá, que dichos Fondos no hacen parte de la relación contractual.
- j. En el acervo probatorio no se encontró sustento técnico, económico, jurídico y financiero en la expedición del otrosí del 17 de junio de 2011, ni aval de ningún estudio por parte de la SUPERSALUD para modificar el contrato.
- k. Por último, Lotería de Bogotá con la suscripción inadecuada de esta modificación, comprometió a los fondos de salud de Bogotá y Cundinamarca para que asumieran el valor de incremento del IVA a favor del concesionario y efectuaran el reintegro de los dineros.

Respecto a las actividades sobrevinientes en desarrollo de la visita fiscal se comunicará nuevamente el informe final al gerente de la Lotería de Bogotá, para dar resolución al oficio con registro 5159 de 25 de octubre de 2013.

2. RESULTADOS OBTENIDOS

2.1. Hallazgo Administrativo con presunta incidencia disciplinaria

1.- El IVA no hace parte de la apuesta, es decir de los derechos de explotación.

2.- En el negocio del juego de azar es el concesionario el que asume todo el riesgo de pérdida o ganancia y de los cambios de las cargas impositivas, en este caso el IVA y así expresamente lo estipula el clausulado al señalar que el concesionario tiene el conocimiento de las posibles modificaciones impositivas a futuro y aceptó este riesgo.

Además, se debe tener en cuenta lo siguiente:

3.- Los conceptos de la DIAN, presentados por el concesionario, no traen ninguna convención o definición nueva que no haya estado consignado en las leyes, esto es, las definiciones de apuesta y de ingreso bruto.

4.- De las respuestas a las consultas efectuadas por la Lotería de Bogotá es evidente que:

a.- La lotería de Bogotá reconoce que el Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar de conformidad con la Ley 643 de 2001, le da la potestad de *“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”* y que en uso de estas facultades legales expidió el 17 de junio 2010, el concepto radicado con el No. 184757, mediante el cual se pronunció sobre el tema del IVA manifestando que *“No se encuentra viable la modificación de la rentabilidad mínima de las concesiones del juego de apuestas permanentes con el mero fundamento del incremento del IVA, que grava a los apostadores de este juego(...) y además que “El cálculo del valor de rentabilidad mínima de las concesiones del juego de apuestas permanentes exige la aplicación de métodos taxativamente establecidos por el gobierno nacional y por la Superintendencia Nacional de Salud. Por lo anterior la rentabilidad mínima de los contrato de concesión no puede ser modificada por medio de la una decisión administrativa que carezca de su adecuada fundamentación técnica”*. En concepto comunicado mediante oficio con radicado No. 20132400164911 del 11 de julio de 2013 el Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar manifiesta 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.

b. La Circular externa de la SUPERINTENDENCIA DE SALUD No. 047 del 30 de noviembre de 2007 en su artículo 2.2.11 Revisión del estudio de mercado establece que toda iniciativa para la realización de un estudio de mercado debe *“... acompañarse del estudio técnico que justifica la viabilidad, conveniencia y oportunidad de la iniciativa y someterse a decisión de la junta directiva de la entidad concedente”* además que la revisión de los estudios de mercado de los cuales se establecieron los derechos de explotación en el contrato de



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

concesión únicamente podrá revisarse en los términos y condiciones que establezca la Superintendencia Nacional de Salud.

c.- Solo se aplicará el estudio de mercado aprobado por la SUPERSALUD hacia el futuro.

d.- El desequilibrio económico argumentado por GELSA no puede alegarse en un contrato aleatorio, esta teoría es aplicable en el marco de contratos conmutativos, definidos en el Código Civil en el artículo Artículo 1498 que establece: *“El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio.”*

Agrega el concepto del que se deriva esta conclusión que: *“El tipo de relación jurídica establecida entre la Lotería y el concesionario, es una relación regulada que no supone la obtención de una prestación a favor del Estado en sentido estricto, sino la autorización o habilitación de éste para explotar una actividad que constituye monopolio estatal, tan claro es ello que la doctrina que claramente ha analizado el punto la ubica dentro de lo que se denominan autorizaciones concesionales y esta razón hace que no pueda, (...), considerarse que hay una equivalencia de prestaciones, en la forma en que se aplica en otros tipos de relaciones(...).”*

e.- El incremento del IVA no es un nuevo impuesto y el incremento es asumido directamente por el apostador.

f. No ha probado, ni probó el concesionario en anuencia con la Lotería de Bogotá mediante un estudio técnico, económico y financiero el impacto sufrido por el concesionario por el incremento del IVA y que fuera de tal relevancia que afectara la ecuación económica dentro del contrato de concesión de forma grave y por la cual el concesionario no pueda seguir adelante con la ejecución del contrato.

g. El OTROSI disminuyó la rentabilidad mínima pactada en el contrato de concesión del periodo comprendido entre el 1 de febrero al 11 de julio de 2010 en cuantía de \$2.800.083.530.

h. Inexplicablemente solo los fondos de salud son los afectados con la devolución pero la Lotería de Bogotá sale indemne de esta obligación, aunque ella recibe el 1% del 12% de la rentabilidad mínima.

i. Por otra parte estipulada la obligación en el OTROSI, la Lotería de Bogotá hace caso omiso a lo que ella misma había suscrito y dentro de la ejecución del contrato no la hace efectiva, sino que una vez terminado el plazo de ejecución del mismo, esto es el 31 de diciembre de 2011, intermedia sin ninguna competencia, para que los fondos de salud del Distrito y de Cundinamarca compensen o devuelvan los dineros en cumplimiento del OTROSI (\$1.960.058.471 para el fondo Distrital de Salud y \$840.025.059 para el Fondo Seccional de Salud de Cundinamarca) a GELSA S.A., teniendo claro la Lotería de Bogotá, que dichos Fondos no hacen parte de la relación contractual.

j. En el acervo probatorio no se encontró sustento técnico, económico, jurídico y financiero en la expedición del otrosí del 17 de junio de 2011, ni aval de ningún estudio por parte de la SUPERSALUD para modificar el contrato.

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

k. Por último, Lotería de Bogotá con la suscripción inadecuada de esta modificación, comprometió a los fondos de salud de Bogotá y Cundinamarca para que asumieran el valor de incremento del IVA a favor del concesionario y efectuaran el reintegro de los dineros.

Se contraviene por la suscripción del otrosí de modificación del contrato de concesión 055 de 2006, el 17 de junio de 2011, sin soporte técnico, jurídico, económico y financiero, lo establecido en la Ley 643 de 2001, Decretos reglamentarios 1350 de 2003, 3535 de 2005, 4643 de 2005 y las Circulares 047 de 2007 y 049 de 2009 emanadas de la Superintendencia Nacional de Salud, y los conceptos tanto de la Alcaldía Mayor de Bogotá contenidos en los oficios con radicados 1-2010-44904 del 19 de octubre de 2010, 1-2010-48756 del 12 de noviembre de 2010, como del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, en los conceptos expedidos el 17 de junio 2010, con radicado N° 184757 y el comunicado mediante oficio con radicado N° 2013240016491,1 del 11 de julio de 2013, el contrato de concesión 055 de 2006, y el artículo 34 de la Ley 734 de 2002.

Se evidencia la expedición y suscripción del otrosí que modifica el contrato de concesión 055 de 2006, el 17 de junio de 2011, sin los soportes técnico, jurídico, económico y financiero, que prueben la afectación al concesionario en la racionalidad económica del contrato, de tal manera que no se pueda garantizar la rentabilidad y productividad necesarias para el cumplimiento de la finalidad real y efectiva de transferir recursos a la salud, tal como lo establece la Ley, las circulares y los diferentes conceptos para hacer viable, legalmente la modificación.

La Lotería de Bogotá con la suscripción del OTROSI, disminuye la rentabilidad mínima pactada en el contrato de concesión 055 de 2006 en la suma de \$2.800.083.530, para el periodo comprendido entre el 1º de febrero y el 11 de julio de 2010, afectando el monto de los recursos con destino a los Fondos de Salud Distrital y de Cundinamarca.

Respuesta del Sujeto:

En primer lugar es preciso señalar que la Lotería de Bogotá de ninguna forma contravino lo dispuesto en la Ley 643 de 2001, Ley 1393 de 2010 y sus respectivos decretos reglamentarios al suscribir el otrosí al contrato 055 de 2006 por motivo de la variación del IVA, por el contrario esta Entidad para proceder a efectuar el otrosí tuvo como soporte el Decreto 127 de 2010 expedido dentro de la emergencia social y el cual en su artículo 3º estableció que a partir de la vigencia de dicho decreto a los juegos de suerte y azar se les aplicaría la tarifa general del IVA, lo que significa que se aplicaría el 16% en lugar del 5% que se venía aplicando. A su vez el artículo 3º de la Ley 1393 de julio de 2010 ratificó la tarifa del 16% para los juegos de suerte y azar; con el otrosí incluido en el contrato lo que se hizo fue dar cumplimiento a lo establecido por las anteriores normas tal como lo hicieron las demás entidades concedentes del país en esta materia.



“Por un control fiscal efectivo y transparente”

Teniendo en cuenta que la modificación del IVA fue producto de disposiciones legales, no era procedente elaborar estudios técnico, jurídico ni económico para incorporar en el contrato las modificaciones que en materia de IVA y por disposición legal debían aplicarse.

Es preciso tener en cuenta que en el año 2009 se realizó por parte de la Universidad Nacional de Colombia un estudio de mercado el cual estableció la rentabilidad mínima del juego de apuestas permanentes y en dicho estudio era claro que el valor estimado de los derechos de explotación se obtuvieron dividiendo los ingresos brutos por 1.05 (para descontar el IVA) y luego multiplicarlo por 0.12.

Al ser modificado por el Decreto 127 de 2010 el impuesto al valor agregado IVA del 5% al 16%, y con el fin de determinar el valor de los derechos de explotación, se tomaron los valores establecidos en el estudio de mercado de la Universidad Nacional y en lugar de dividirlos por 1.05, se dividieron por 1.16 y se multiplicaron por 12% determinando el valor de dichos derechos de explotación como se muestra en el siguiente cuadro

	CON IVA DEL 5%	CON IVA DEL 16%
VENTAS (1 de febrero - julio 11 de 2010) ESTUDIO DE MERCADO UNIVERSIDAD NACIONAL	\$ 258.371.343.838	\$ 258.371.343.838
VENTAS (1 de febrero - julio 11 de 2010) ESTUDIO DE MERCADO UNIVERSIDAD NACIONAL	\$ 246.067.946.513	\$ 222.733.917.102
VALOR DERECHOS DE EXPLOTACIÓN	\$ 29.528.153.582	\$ 26.728.070.052
VARIACIÓN EN LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN		\$ 2.800.083.530

En consecuencia no es dable afirmar por parte del equipo auditor que la Lotería de Bogotá al suscribir el otrosí actuó sin soportes, ya que justamente la modificación obedeció a lo establecido por los decretos 127 de 2010 y la ley 1393 del mismo año

Valoración de la Respuesta

*“En primer lugar es preciso señalar que la Lotería de Bogotá de ninguna forma contravino lo dispuesto en la Ley 643 de 2001, Ley 1393 de 2010 y sus respectivos decretos reglamentarios al suscribir el otrosí al contrato 055 de 2006 por motivo de la variación del IVA, por el contrario esta Entidad para proceder a efectuar el otrosí tuvo como soporte el Decreto 127 de 2010 expedido dentro de **la emergencia social** y el cual en su artículo 3° estableció que a partir de la vigencia de dicho decreto a los juegos de suerte y azar se les aplicaría la tarifa general del IVA, lo que significa que se aplicaría el 16% en lugar del 5% que se venía aplicando. A su vez el artículo 3° de la Ley 1393 de julio de 2010 ratificó la tarifa del 16% para los juegos de suerte y azar; con el otrosí incluido en el contrato lo que se hizo fue dar cumplimiento a lo establecido por las anteriores normas tal como lo hicieron las demás entidades concedentes del país en esta materia.*

(...)

En consecuencia no es dable afirmar por parte del equipo auditor que la Lotería de Bogotá al suscribir el otrosí actuó sin soportes, ya que justamente la modificación obedeció a lo establecido por los decretos 127 de 2010 y la ley 1393 del mismo año”.



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

Las afirmaciones anteriores señalan que el OTROSI, modificatorio dentro del contrato de concesión 055 de 2006, se suscribió en cumplimiento de los Decretos 127 de 2010 y la Ley 1393 del mismo año, situación que va en contravía de la legalidad por cuanto:

El Decreto 127 de 2010, sólo se refiere a un incremento del IVA del 5% al 16% para los juegos de suerte y azar, pero no establece que por ellas deban ser modificados los contratos de concesión que fueron suscritos para la explotación de estos juegos.

En relación con la Ley 1393 de 2010, esta no es aplicable al otrosí suscrito el 17 de junio de 2011, porque el periodo modificado en esta última actuación es el comprendido entre el 1º de febrero y el 11 de julio de 2010, fechas anteriores a la expedición de la norma y se debe tener en cuenta que en estos casos la aplicación no es retroactiva. La Ley 643 de 2001 y sus Decretos reglamentarios, determinaban que para cualquier modificación a la concesión era necesario efectuarla mediante un estudio de mercado.

Por lo tanto el argumento esgrimido por la Lotería de Bogotá, que la modificación contenida en el OTROSI a la rentabilidad mínima fue en cumplimiento de dichas normas, no se ajusta a la realidad material ni legal.

“Teniendo en cuenta que la modificación del IVA fue producto de disposiciones legales, no era procedente elaborar estudios técnico, jurídico ni económico para incorporar en el contrato las modificaciones que en materia de IVA y por disposición legal debían aplicarse”.

Con relación a lo anterior, esta afirmación es la aceptación por parte de la Lotería de Bogotá, que no agotó los procedimientos legales y contractuales fijados para soportar la modificación del contrato mediante el otrosí del 17 de junio de 2011, contemplados en la Ley 643 de 2001.

Por otra parte, la Lotería de Bogotá de acuerdo con el articulado del contrato de concesión 055 de 2006 y en concordancia con la adenda No. 1, el párrafo de la cláusula primera, séptima y décimo séptima del contrato (que figuran en las pruebas) tenía claro que: 1) El IVA estaba excluido de los derechos de explotación y/o rentabilidad mínima establecida en el contrato 2) El concesionario aceptó que las normas impositivas futuras eran un riesgo, pero que las aceptaba y no presentaría reclamación alguna por su modificación ante la entidad concedente, y este reconocimiento de la entidad está plasmado en oficio del 13 de septiembre de 2010 y que obra en el acervo probatorio, en donde le comunicó a FECEAZAR ((Federación Colombiana de Empresarios de Juegos de Suerte y Azar que no era viable la modificación del contrato de concesión, por el incremento del IVA del 5% al 16% , acogiendo el concepto del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar emitido el 17 de junio 2010, con radicado con el No. 184757.



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

Además también la Lotería tenía claro, que la modificación al contrato en el periodo correspondiente del 1 de febrero al 11 de julio de 2010 debía surtirse por un estudio de mercado de conformidad con la Ley 643 de 2001 con sus decretos reglamentarios y las circulares de la Supersalud 047 de 2007 y 049 de 2009 y así lo establece, la abundante correspondencia que obra en las pruebas y la comunicación al concesionario en donde le indica que el estudio de mercado está aprobado por la Lotería de Bogotá, pero que en todo caso solo se puede aplicar hacia el futuro.

El cambio de la decisión de la Lotería de Bogotá, plasmada en le otrosí del 17 de junio de 2011, reconocida en esta respuesta por la entidad, no tiene soporte técnico, financiero, económico o legal.

“Es preciso tener en cuenta que en el año 2009 se realizó por parte de la Universidad Nacional de Colombia un estudio de mercado el cual estableció la rentabilidad mínima del juego de apuestas permanentes y en dicho estudio era claro que el valor estimado de los derechos de explotación se obtuvieron dividiendo los ingresos brutos por 1.05 (para descontar el IVA) y luego multiplicarlo por 0.12.

Al ser modificado por el Decreto 127 de 2010 el impuesto al valor agregado IVA del 5% al 16%, y con el fin de determinar el valor de los derechos de explotación, se tomaron los valores establecidos en el estudio de mercado de la Universidad Nacional y en lugar de dividirlos por 1.05, se dividieron por 1.16 y se multiplicaron por 12% determinando el valor de dichos derechos de explotación como se muestra en el siguiente cuadro

	CON IVA DEL 5%	CON IVA DEL 16%
VENTAS (1 de febrero - julio 11 de 2010) ESTUDIO DE MERCADO UNIVERSIDAD NACIONAL	\$ 258.371.343.838	\$ 258.371.343.838
VENTAS (1 de febrero - julio 11 de 2010) ESTUDIO DE MERCADO UNIVERSIDAD NACIONAL	\$ 246.067.946.513	\$ 222.733.917.102
VALOR DERECHOS DE EXPLOTACIÓN	\$ 29.528.153.582	\$ 26.728.070.052
VARIACIÓN EN LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN		\$ 2.800.083.530

En cuanto a las afirmaciones anteriores, es preciso señalar el estudio de mercado realizado por la Universidad Nacional de Colombia, no contempló que los derechos de explotación se obtuvieran dividiendo los ingresos brutos por 1.05 y luego multiplicarlo por 0.12; además, insistimos que era claro de acuerdo con el clausulado del contrato de concesión 055 de 2006, que los ingresos brutos establecidos no incluían el IVA, y además el concesionario aceptó claramente los riesgos de la aplicación de la normatividad impositiva, esto es de sus modificaciones a futuro, sin afectar el contrato de concesión o ser argumento para modificar la rentabilidad mínima del mismo.

Teniendo en cuenta el análisis y los argumentos del equipo auditor, se configura el hallazgo Administrativo con presunta Incidencia Disciplinaria.

2.2. Hallazgo Administrativo con presunta incidencia Disciplinaria

Dentro del contrato de concesión se pactó que:

- 1.- El IVA no hace parte de la apuesta, es decir de los derechos de explotación.
- 2.- En el negocio del juego de azar es el concesionario el que asume todo el riesgo de pérdida o ganancia y de los cambios de las cargas impositivas, en este caso el IVA y así expresamente lo estipula el clausulado al señalar que el concesionario tiene el conocimiento de las posibles modificaciones impositivas a futuro y aceptó este riesgo.

Además, se debe tener en cuenta lo siguiente:

- 3.- Los conceptos de la DIAN, presentados por el concesionario, no traen ninguna convención o definición nueva que no haya estado consignado en las leyes, esto es, las definiciones de apuesta y de ingreso bruto.

- 4.- De las respuestas a las consultas efectuadas por la Lotería de Bogotá es evidente que:

a.- La lotería de Bogotá reconoce que el Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar de conformidad con la Ley 643 de 2001, le da la potestad de *"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"* y que en uso de estas facultades legales expidió el 17 de junio 2010, el concepto radicado con el No. 184757, mediante el cual se pronunció sobre el tema del IVA manifestando que *"No se encuentra viable la modificación de la rentabilidad mínima de las concesiones del juego de apuestas permanentes con el mero fundamento del incremento del IVA, que grava a los apostadores de este juego(...)"* y además que *"El cálculo del valor de rentabilidad mínima de las concesiones del juego de apuestas permanentes exige la aplicación de métodos taxativamente establecidos por el gobierno nacional y por la Superintendencia Nacional de Salud. Por lo anterior la rentabilidad mínima de los contrato de concesión no puede ser modificada por medio de la una decisión administrativa que carezca de su adecuada fundamentación técnica"*. En concepto comunicado mediante oficio con radicado No. 20132400164911 del 11 de julio de 2013 el Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar manifiesta 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.

b. La Circular externa de la SUPERINTENDENCIA DE SALUD No. 047 del 30 de noviembre de 2007 en su artículo 2.2.11 Revisión del estudio de mercado establece que toda iniciativa para la realización de un estudio de mercado debe *"... acompañarse del estudio técnico que justifica la viabilidad, conveniencia y oportunidad de la iniciativa y someterse a*



decisión de la junta directiva de la entidad concedente” además que la revisión de los estudios de mercado de los cuales se establecieron los derechos de explotación en el contrato de concesión únicamente podrá revisarse en los términos y condiciones que establezca la Superintendencia Nacional de Salud.

c.- Solo se aplicará el estudio de mercado aprobado por la SUPERSALUD hacia el futuro.

d.- El desequilibrio económico argumentado por GELSA no puede alegarse en un contrato aleatorio, esta teoría es aplicable en el marco de contratos conmutativos, definidos en el Código Civil en el artículo Artículo 1498 que establece: *“El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio.”*

Agrega el concepto del que se deriva esta conclusión que: *“El tipo de relación jurídica establecida entre la Lotería y el concesionario, es una relación regulada que no supone la obtención de una prestación a favor del Estado en sentido estricto, sino la autorización o habilitación de éste para explotar una actividad que constituye monopolio estatal, tan claro es ello que la doctrina que claramente ha analizado el punto la ubica dentro de lo que se denominan autorizaciones concesionales y esta razón hace que no pueda, (...), considerarse que hay una equivalencia de prestaciones, en la forma en que se aplica en otros tipos de relaciones(...).”*

e.- El incremento del IVA no es un nuevo impuesto y el incremento es asumido directamente por el apostador.

f. No ha probado, ni probó el concesionario en anuencia con la Lotería de Bogotá mediante un estudio técnico, económico y financiero el impacto sufrido por el concesionario por el incremento del IVA y que fuera de tal relevancia que afectara la ecuación económica dentro del contrato de concesión de forma grave y por la cual el concesionario no pueda seguir adelante con la ejecución del contrato.

g. El OTROSI disminuyó la rentabilidad mínima pactada en el contrato de concesión del periodo comprendido entre el 1 de febrero al 11 de julio de 2010 en cuantía de \$2.800.083.530.

h. Inexplicablemente solo los fondos de salud son los afectados con la devolución pero la Lotería de Bogotá sale indemne de esta obligación, aunque ella recibe el 1% del 12% de la rentabilidad mínima.

i. Por otra parte estipulada la obligación en el OTROSI, la Lotería de Bogotá hace caso omiso a lo que ella misma había suscrito y dentro de la ejecución del contrato no la hace efectiva, sino que una vez terminado el plazo de ejecución del mismo, esto es el 31 de diciembre de 2011, intermedia sin ninguna competencia, para que los fondos de salud del Distrito y de Cundinamarca compensen o devuelvan los dineros en cumplimiento del OTROSI (\$1.960.058.471 para el fondo Distrital de Salud y \$840.025.059 para el Fondo Seccional de Salud de Cundinamarca) a GELSA S.A., teniendo claro la Lotería de Bogotá, que dichos Fondos no hacen parte de la relación contractual.



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

j. En el acervo probatorio no se encontró sustento técnico, económico, jurídico y financiero en la expedición del otrosí del 17 de junio de 2011, ni aval de ningún estudio por parte de la SUPERSALUD para modificar el contrato.

k. Por último, Lotería de Bogotá con la suscripción inadecuada de esta modificación, comprometió a los fondos de salud de Bogotá y Cundinamarca para que asumieran el valor de incremento del IVA a favor del concesionario y efectuaran el reintegro de los dineros.

Se contraviene por la suscripción del otrosí de modificación del contrato de concesión 055 de 2006, el 17 de junio de 2011, sin soporte técnico, jurídico, económico y financiero, lo establecido en la Ley 643 de 2001, Decretos reglamentarios 1350 de 2003, 3535 de 2005, 4643 de 2005 y las Circulares 047 de 2007 y 049 de 2009 emanadas de la Superintendencia Nacional de Salud, y los conceptos tanto de la Alcaldía Mayor de Bogotá contenidos en los oficios con radicados 1-2010-44904 del 19 de octubre de 2010, 1-2010-48756 del 12 de noviembre de 2010, como del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, en los conceptos expedidos el 17 de junio 2010, con radicado N° 184757 y el comunicado mediante oficio con radicado N° 2013240016491,1 del 11 de julio de 2013, el contrato de concesión 055 de 2006, y el artículo 34 de la Ley 734 de 2002.

Se evidencia la expedición y suscripción del otrosí que modifica el contrato de concesión 055 de 2006, el 17 de junio de 2011, sin los soportes técnico, jurídico, económico y financiero, que prueben la afectación al concesionario en la racionalidad económica del contrato, de tal manera que no se pueda garantizar la rentabilidad y productividad necesarias para el cumplimiento de la finalidad real y efectiva de transferir recursos a la salud, tal como lo establece la Ley, las circulares y los diferentes conceptos para hacer viable, legalmente la modificación.

La Lotería de Bogotá con la suscripción del OTROSI, disminuye la rentabilidad mínima pactada en el contrato de concesión 055 de 2006 en la suma de \$2.800.083.530, para el periodo comprendido entre el 1º de febrero y el 11 de julio de 2010, afectando el monto de los recursos con destino a los Fondos de Salud Distrital y de Cundinamarca.

Respuesta del sujeto:

“Las posibles afectaciones de rentabilidad en los contratos de concesión que se deriven de la incorporación de normas legales son ajenas a la voluntad de la Administración y corresponden al acatamiento de disposiciones normativas, es preciso tener en cuenta que en el Contrato de Concesión 055 de 2006 quedo establecido que a dicho contrato le serían aplicables las disposiciones legales que se expidieran en la materia. Si bien es cierto que se firmó el Otrosí al mencionado contrato para calcular la rentabilidad mínima generada por el cambio del IVA, cuyo variación se estableció en \$2.800.083.530, no puede afirmarse por parte del equipo auditor que se disminuyó la rentabilidad mínima en razón a que en ningún momento durante la ejecución del contrato este valor fue descontado por el Concesionario, por lo

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

cual no se afectó el monto pactado en la suma establecida por el equipo auditor”.

Valoración de la Respuesta

La Lotería de Bogotá manifiesta que como no se ha materializado a la fecha la disminución de los montos acordados en el otrosí, considera que no se ha afectado el monto pactado, sin embargo, existe una clara afectación a los montos que establecían la rentabilidad mínima, porque en la concesión 055 de de 2006, por causa de la expedición del otrosí del 17 de junio de 2011, se estipuló dentro del contrato la disminución de la base de los ingresos brutos a favor del concesionario en \$2.800.083.530, insistimos, sin soporte jurídico, económico, financiero o legal, situación que puede materializarse en cualquier momento.

Teniendo en cuenta el análisis y los argumentos del equipo auditor, se configura el hallazgo Administrativo con presunta Incidencia Disciplinaria.

2.3 Hallazgo Administrativo con presunta incidencia disciplinaria

Se evidencian actividades realizadas por la Lotería de Bogotá como mediador y/o conciliador sin facultades legales o normadas, interna o externamente por la entidad, para que los fondos de salud Distrital y de Cundinamarca compensen, reintegren y/o mediante cruce de cuentas devuelvan dineros a GELSA S.A., en cumplimiento del OTROSÍ, haciendo que estos últimos sin ser parte del contrato asuman monetariamente, la posible afectación no probada del concesionario, por concepto del incremento del IVA.

Desconocimiento del Acuerdo N° 81 de 1967 y los Decretos números 407 de 1974, 302 de 1976 y 927 de 1994, emanados de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., igualmente el artículo 336 de la Constitución Política, Ley 643 de 2001, Ley 80 de 1993, artículo 34 de la Ley 734 de 2002, abrogándose facultades y calidades que no se encuentran reglamentadas o normadas en las mismas.

Posible afectación económica a los recursos de la Salud, ya que por la intermediación desplegada por la Lotería de Bogotá, se podría inducir a que los fondos de salud Distrital y de Cundinamarca, asuman monetariamente la devolución de dineros, por la pretendida afectación no probada del concesionario en la racionalidad económica del contrato, como resultado del incremento del IVA.

Respuesta del Sujeto:

“Teniendo en cuenta que con la entrada en vigencia de la Ley 1393 de 2010 la entidad concedente no recauda los ingresos provenientes de Derechos de Explotación del juego de apuestas permanentes y en



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

razón a la solicitud formulada por el Concesionario Grupo Empresarial en Línea S.A., la intervención de la Lotería de Bogotá como correspondía, se limitó a proponer una mesa técnica con los Fondos de Salud, propuesta acogida por el concesionario, la cual se llevó a cabo el 24 de febrero de 2012 y en ésta el Grupo Empresarial en Línea S.A. presentó formalmente la solicitud a los Fondos”.

Análisis de la Respuesta

La respuesta no se ajusta a la realidad de los hechos, porque además de la actuación relacionada en la respuesta, se encuentran en los documentos los oficios que ha enviado la Lotería de Bogotá a los Fondos de Salud para tramitar las devoluciones a favor de GELSA, por concepto de \$2.800.083.530 en aplicación del OTROSI suscrito por la entidad el 17 de junio de 2011, a causa del incremento del IVA del 5% al 16% y que se encuentran en el acta de mesa de trabajo del 3 de octubre de 2012, en la misma mesa hace hincapié la lotería de Bogotá, que actúa en calidad de “(...) mediador y/o conciliador en el proceso que adelanta el Concesionario con los Fondos de Salud Distrital y Departamental (...)”

Teniendo en cuenta el análisis y los argumentos del equipo auditor, se configura el hallazgo Administrativo con presunta Incidencia Disciplinaria.

De otra parte, en referencia a las diligencias efectuadas para atender el oficio de solicitud de la Lotería de Bogotá, con registro 5159 de 25 de octubre de 2013, se comunicó a dicha entidad el informe final de la Supersalud con oficio radicado No.2-2013-22572 del 21 de noviembre de 2013, por cuanto se evidencia que la Contraloría de Bogotá no generó un informe adicional o complementario.



3. ANEXOS

3.1 CUADRO DE HALLAZGOS DETECTADOS Y COMUNICADOS

TIPO DE HALLAZGO	CANTIDAD	VALOR (En pesos)	REFERENCIACIÓN
ADMINISTRATIVOS	3	NA	2.1 2.2 2.3
CON INCIDENCIA FISCAL	0	0	0
CON INCIDENCIA DISCIPLINARIA	3	NA	2.1 2.2 2.3
CON INCIDENCIA PENAL	0	NA	