



Medellín, 26 de abril de 2016

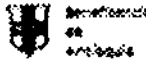
Doctora

**Ofelia Elcy Velásquez Hernández**

Gerente

**Beneficencia De Antioquia**

Medellín



Radicado: 2016000921

Fecha de Indexación: 26/04/2016 15:41

Folios: 23



**LICITACIÓN PÚBLICA 002 DE 2016  
PROYECTO DE PLIEGO DE CONDICIONES  
CONCESIÓN APUESTAS PERMANENTES**

La sociedad **RÉDITOS EMPRESARIALES S.A.**, se permite presentar las siguientes observaciones al proyecto de pliego de condiciones para la licitación de la operación del juego de Apuestas Permanentes en el Departamento de Antioquia, para el período 2016-2021. Se advierte que este tipo de contrato es de concesión y, por lo tanto, se ejecuta por cuenta y riesgo del concesionario, lo cual significa que éste aporta recursos propios para la ejecución de dicho contrato e independientemente del desarrollo del mismo, responde por el pago de los derechos de explotación, gastos de administración y pago de premios, motivo por el cual, sin perder los controles que la misma Ley ha fijado en la concedente, es de la esencia del contrato, permitir que el concesionario establezca las condiciones de control del riesgo a la operación que ha de desarrollarse.

**OBSERVACIONES**

**PRIMERA OBSERVACIÓN:**

**ANEXO 11**

**REQUISITOS PARA EL CONTROL Y VIGILANCIA DEL CONTRATO**

**PUNTO 6.2. SISTEMA DE AUDITORÍA**





Enuncia el proyecto de pliego que:

**Primero:** *“El Concesionario deberá reportar a La Concedente la totalidad de datos contenidos en la información transaccional y de premios de acuerdo con la normatividad vigente en cada momento de la ejecución del contrato de concesión. En caso de requerirse información adicional debido a cambios en la normatividad, por estrategias comerciales u otras causas, La Concedente podrá requerir al Concesionario en cualquier momento.”*

Así mismo, respecto a esta información, establece que *“La anterior información no podrá ser suministrada a La Concedente de manera encriptada. Con excepción del código de barras utilizado para la validación del ticket, que impida la reconstrucción de dicho formulario por parte de personas externas a El Concesionario”.*

**Segundo:** *“La Concedente no tendrá restricciones de acceso directo a las bases de datos de replicación. Esto es, el sistema de auditoría deberá poder acceder directamente sobre las tablas reales del modelo de replicación y no a través de vistas, sinónimos o enmascaramiento de datos aplicados en las tablas de la base de datos donde reside el modelo replicado de apuestas...”*

**Observaciones frente al primer punto:** Ha sido reiterada la posición de esta compañía respecto a la encriptación de la información, toda vez que es un **garante** de la seguridad que debe imperar en el desarrollo del objeto del contrato que espera suscribirse.

Según el artículo 43 de la ley 643 de 2001, la entidad administradora del monopolio de juegos de suerte y azar puede verificar la exactitud de las liquidaciones de los derechos de explotación presentadas por los concesionarios o autorizados.

No obstante lo anterior, en cumplimiento de tal poder de supervisión, no es necesario exponer la información de seguridad que el Concesionario necesita para evitar que personas externas al mismo, reproduzcan un ticket de

**gana**  
cerca de ti



venta, máxime, tratándose de información que a su vez no tiene relación alguna con los valores de las apuestas. Es decir, la entidad concedente debe velar porque el pago de los derechos de explotación, se realice conforme a la información que se reporta en línea y tiempo real, para lo cual cuentan con un software de auditoría.

Esta auditoría, es totalmente viable conservando la encriptación de la información del número apostado y la clave de venta de la colilla, como mecanismo de seguridad del concesionario.

Reitero, esta sociedad no pretende ocultar información, solo establecer los controles necesarios para garantizar la seguridad de su operación, toda vez que respecto a cada transacción, de hecho, actualmente reporta: serie alfanumérica, número de colilla, lotería apostada, valor apostado, hora y fecha de la apuesta, hora y fecha del sorteo, cédula del colocador. Luego, igualmente reporta el número y clave de venta de la colilla, pero de forma encriptada, incluso, para sus propios empleados. Es decir, que ni siquiera la alta Gerencia o el personal del área informática, conoce estos dos campos de la colilla, con el fin de garantizar la máxima seguridad para el concesionario.

Y todo esto, porque la comercialización del chance es una actividad que corre totalmente por cuenta y riesgo del Concesionario, es decir, asume las pérdidas monetarias que resulten en desarrollo del contrato de concesión y asume la responsabilidad ante terceros por los errores o fallas que se presenten en el mismo, por lo que sus controles de seguridad no deben ser vulnerados, ni por terceros ajenos al mismo y mucho menos, por su propio personal.

BENEDAN ha sustentado su facultad para solicitar la entrega de información sin encriptar, en el artículo 23 del Decreto 1350 de 2003:

*"Artículo 23. Escrutinios. En ejercicio de las facultades de vigilancia y control del monopolio de los juegos de suerte y azar, la Superintendencia Nacional de Salud y las entidades administradoras del monopolio del orden*

**gana**  
cerca de ti

RÉDITOS EMPRESARIALES S.A. NIT. 900.081.559 -6

Calle 50 N°. 51 - 65 PBX: (57 -4) 444 44 41

Medellín - Antioquia



*departamental y del Distrito Capital, ejercerán las funciones de su competencia. Para el efecto, podrán, cuando lo estimen conveniente, estar presentes en los procesos de escrutinio realizados por los concesionarios de apuestas permanentes o chance, así mismo podrán solicitar la información que requieran sobre estos, para el ejercicio de su actividad de control.*

*Las entidades de vigilancia y control y las administradoras del monopolio en ejercicio de sus funciones, deberán observar las normas o condiciones de seguridad señaladas por el concesionario."*

No obstante, el inciso primero es claro en referirse al escrutinio, como el momento en el que la entidad puede solicitar información y estar presente, lo cual es de hecho un límite establecido a aquello que pareciera ser una facultad ilimitada de la concedente. En ese sentido entonces, debe leerse el inciso segundo, donde se establece otra limitación, de carácter fundamental, como es la seguridad señalada por el concesionario, dado que no podría ser de otra forma, toda vez que los riesgos por la filtración de la información, atañen al concesionario.

Recordemos además que la concedente es la responsable de entregar los rollos para la operación del concesionario y es la única que conoce los sistemas de seguridad aplicados a su fabricación. En consecuencia, al contar con dicha información, más la totalidad de cada transacción, aumenta el riesgo de duplicación de una colilla, lo cual conlleva a romper el equilibrio contractual.

Es decir, que la efectividad de estos controles radica en que para mitigar fraudes, las dos partes involucradas cumplen un rol específico y único haciendo más difícil su vulnerabilidad.

Dado lo anterior, Los recursos presupuestados para la salud del Departamento de Antioquia pueden verse seriamente afectados al aumentarse la exposición al riesgo de fraudes por duplicidad de colillas premiadas, cobradas al concesionario, toda vez que al entregar los controles

**gana**  
cerca de ti



creados por este a BENEDAN (controles que hacen parte del secreto empresarial y know how del negocio), el Concesionario no puede asegurar que esta información no sea vulnerada y por ende responder por el contrato de concesión en adecuados términos.

Así mismo, se genera un riesgo de incumplimiento del contrato por aumento de la probabilidad de fraudes en el cobro de la premiación, al entregar controles propios del concesionario al concedente, aumentando la posibilidad de duplicación de colillas toda vez que el control no sería por cuenta y riesgo del concesionario exclusivamente, lo cual genera incluso una afectación negativa de la liquidez y patrimonio del concesionario.

Teniendo en cuenta lo anterior, la entrega de estos controles se hace inaceptable por parte del concesionario, toda vez que pueden afectar gravemente su liquidez, patrimonio y hace inviable el cumplimiento a cabalidad del contrato de concesión

En consecuencia, y dado que la información transaccional se transfiere en línea y tiempo real desde hace diez (10) años, con los campos necesarios para vigilar el adecuado cumplimiento en el pago de los derechos de explotación, hecho que puede ser corroborado por los entes de control y la misma concedente, se solicita reevaluar la necesidad de exponer al concesionario a entregar de manera abierta el número apostado y la clave de venta de la colilla.

Lo anterior incluso, guarda relación con la protección de los secretos industriales, determinada en nuestra legislación, por la Decisión 486 de 2000:

*“Artículo 260.- Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información sea:*

**gana**  
cerca de ti 



a) secreta, en el sentido que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva;

b) tenga un valor comercial por ser secreta; y

c) haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta.

*La información de un secreto empresarial podrá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios."*

Para el objeto del contrato que pretende suscribirse, la información requerida por la concedente, se considera "secreto empresarial", dado que cumple con los requisitos de ser poseída legítimamente por la compañía, además de ser secreta, tener valor comercial y ser objeto de medidas razonables para su protección como secreta.

**Finalmente entonces, respecto a este punto, se reitera que los mecanismos de seguridad no sólo van en la búsqueda de la protección de la protección industrial, sino que ante la responsabilidad que se le genera al concesionario por la operación, lo mínimo que puede tenerse en cuenta es que el mismo pueda generar mecanismos de protección o de seguridad que le permitan confiar en la actividad que desarrolla, lo cual se encuentra amparado en el régimen propio.**

**Observaciones frente al segundo punto:** Al igual que en el punto anterior, esta sociedad ha expuesto su inconformidad a exigir que "no habrá restricciones de acceso".

**gana**  
cerca de ti 



No se discute la facultad de supervisión, no obstante, el acceso, necesariamente debe exigir controles de seguridad, con miras a proteger al concesionario, frente a la operación que desarrolla.

En consecuencia, en dicho acceso debe conservarse la reserva de ciertos campos, específicamente el número apostado y la serie de la colilla, mediante la encriptación de información de seguridad, que el Concesionario necesita para evitar que personas externas al mismo, reproduzcan un tiquete de venta, máxime, tratándose de información que a su vez no tiene relación alguna con los valores de las apuestas.

La normatividad del régimen propio, no implica necesariamente un descubrimiento u obligación de divulgación de manera directa, esto es, que la disposición reglamentaria que aduce la concedente, no es aplicable de manera extensiva como se pretende ver.

Recordemos que conforme a los criterios establecidos por la Ley 57 de 1887, las disposiciones normativas han de entenderse en su sentido más común y natural, además de establecer que lo favorable y lo odioso de una Ley, no podrá tomarse para ampliar el sentido de la disposición.

Valga recordar que el artículo 5° del Decreto 1350 de 2003, respecto a la información de aciertos, ha señalado que:

*"...Los formularios que resultaren premiados dentro del ejercicio de la apuesta deberán ser reportados a la entidad concedente, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de realización del sorteo..."*

Es decir, se ha fijado incluso un tiempo prudencial para remitir la información concerniente a la premiación generada.

En este punto, es menester así mismo indicar, que el concesionario igualmente ha de proteger la información de los ganadores, con miras a

**gana**  
cerca de ti



proteger su seguridad (fleteo por ejemplo), la misma que se ve vulnerada, con un acceso ilimitado a las bases de datos.

**Por lo anteriormente expuesto, se reitera lo atinente al artículo 23 del Decreto 1350 de 2003, en el sentido que la concedente, deberá acogerse a las normas de seguridad establecidas por el concesionario y en consecuencia, la encriptación del número apostado y la serie de la colilla, se hacen estrictamente necesarios.**

Pues bien, la materia relacionada con las exigencias tecnológicas y el suministro de información por parte de la concesionaria, están expresamente previstos en la Ley 1350 de 2003 y el Decreto 1068 de 2015. De igual manera, las competencias de control por parte de la concedente también están regladas en el Decreto 4867 de 2008. Y en ninguna disposición aplicable a la operación de los juegos de azar por terceros, se establece la intromisión estatal en la vida operativa de las empresas privadas, en los términos que lo prevén los contenidos del proyecto de pliego que se cuestionan. Por ello, esta empresa solicita que los pliegos y el futuro contrato estén regidos por el régimen propio de los juegos de azar, sin que sea aceptable excederse o interpretarlos libremente, argumentando funciones de control. Los controles son acatados por esta empresa, pero no se irá más allá de su contenido y de su espíritu.

## PETICIONES

**Primera.** Eliminar el texto *"...La anterior información no podrá ser suministrada a La Concedente de manera encriptada..."*

**Segunda.** Ajustar el texto de este acápite, con la siguiente redacción:

"El Concesionario deberá reportar a La Concedente la totalidad de datos contenidos en la información transaccional y de premios de acuerdo con la normatividad vigente en cada momento de la ejecución del contrato de concesión, excepto la información de seguridad utilizada por el concesionario

**gana**  
cerca de ti





para evitar la reproducción de un tiquete de venta por personas externas al Concesionario.”

**Tercera.** Modificar por el siguiente texto:

“El sistema de auditoría deberá poder acceder directamente a la base de datos de replicación donde reside el modelo replicado de apuestas y extraer la información de acuerdo con la normatividad vigente en todo momento del contrato de concesión y según las políticas de seguridad establecidas por el concesionario.”

**Cuarta.** Modificar lo pertinente en la minuta del contrato.

### **SEGUNDA OBSERVACIÓN:**

#### **REVERSIÓN**

#### **NUMERAL 9.8**

Exige el proyecto de pliego que a la terminación del contrato de concesión, se aplique la cláusula de reversión a favor del Estado, de:

- “1. Software de auditoría, incluidas todas las versiones del código fuente y ejecutables que se hayan generado durante la ejecución del contrato. Igualmente se deben incluir los documentos que acrediten la propiedad de dicho aplicativo y de ser necesario su cambio a nombre de La Concedente.*
- 2. Licencias de uso de la totalidad de elementos del software de auditoría que sean usados para soportar el sistema de auditoría. Estos incluyen licencias de manejadores de bases de datos, servidores de aplicaciones, sistemas operativos, antivirus, software de monitoreo y demás elementos que figuren en el diagrama de despliegue.*
- 3. La base de datos con la información de los premios pendientes de pago, incluyendo la información necesaria para validar la autenticidad de la apuesta, dicha información debe entregarse encriptada, pero a la vez debe entregarse el algoritmo y la clave de descifrado en instancias*

**gana**  
cerca de ti



*independientes. Se deben incluir los recursos económicos necesarios para su pago, los cuales deberán ser consignados a la cuenta bancaria que designe la Concedente. Esta información debe, a su vez ser enviada a La Concedente para garantizar la continuidad del proceso de pagos."*

**Observaciones:** Frente a este punto, la compañía insiste en oponerse al término adoptado en este acápite, por las razones que se exponen:

El tema central en torno al cual gira la discusión es este:

"Como el contrato por el cual se autoriza a un tercero para operar el juego de Apuestas Permanentes es el de Concesión, se deduce que en él va implícita – en caso de no pactarse la cláusula excepcional al derecho común – la denominada Reversión; conclusión que es fácil deducir de los arts. 14 y 19 de la ley 80."

No obstante lo anterior, al profundizar la materia, se llega a una conclusión diferente. En efecto: la concesión es un instrumento clásico de la actividad estatal institucionalizado para vincular a los particulares en la prestación de servicios públicos, la ejecución o mantenimiento de obras públicas, o la explotación de bienes del Estado; y, además, para la ejecución de ciertas actividades concretas y detalladas para las cuales el legislador estableció este instrumento. En los contratos para desarrollar las primeras actividades mencionadas, además de las cláusulas excepcionales de determinación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales, de caducidad y de previsión de tratados, es obligatoria la inclusión de la reversión. No así en los contratos para gestionar por terceros una actividad que constituya monopolio estatal como los juegos de azar, en los cuales proceden las primeras cláusulas anotadas, más no la reversión.

En la materia analizada, y para el caso de los juegos de azar, se presentan varias consideraciones:

**gana**  
cerca de ti 



En primer lugar, la figura de la concesión es de carácter genérico. Allí se encuentra la noción clásica arriba prevista, y muchas otras, de carácter específico, establecidas por el legislador como mecanismo para la gestión por particulares respecto a actividades precisas. En otras palabras, como lo indica el Consejo de Estado, la noción es multívoca y en esta gama, el legislador estableció una concesión especial, diferente a la “clásica”, para la operación de los juegos de azar.

En línea con este pensamiento, las modalidades específicas de concesión tienen objetos propios, normatividades especiales y consecuencias jurídicas diferentes; como por ejemplo, en los juegos de azar, donde es prioritaria la observancia del régimen propio ordenado por la Constitución y concretado en la ley.

“El objeto de la concesión de juegos no es la prestación de un servicio público ni el goce de una cosa o bien público. Él consiste en la operación de una actividad reservada para sí por el Estado con fines rentísticos...”

Esto permite constatar que la noción de concesión no es unívoca y, por lo mismo, el legislador bajo tal denominación regula distintas modalidades con alcances, fines y regímenes diferentes...” (Sala de Consulta y Servicio Civil, C. E., 23 octubre de 2002, Rdo. 1425).

La otra consideración que procede es que la consagración normativa del monopolio no configura en sí mismo un bien del Estado. El monopolio rentístico es la determinación del Estado de reservarse ciertas actividades para que bajo su dirección, esas actividades produzcan rentas con destinos constitucional o legalmente establecidos. Es excluir de la libertad económica y comercial prevista en la Constitución, ciertas actividades confines estatales determinados. Y esas actividades las puede operar directamente el Estado, o hacerlo por terceros. Asunto diferente es la destinación de los recursos producidos por esas materias reservadas, lo cual no les confiere ni a los instrumentos utilizados ni a los terceros ejecutores connotaciones jurídicas ajenas a su naturaleza y a su marco jurídico. En otros términos, cuando esos

**gana**  
cerca de ti 

RÉDITOS EMPRESARIALES S.A. NIT. 900.081.559 -6

Calle 8ª No. 10-10 PBK (57) 41 444 4444

Nepeña Antioquia



monopolios los opera un particular, éste no pierde la autonomía y los atributos de persona privada, ni se convierte por ello en administrador de un bien del Estado. Y la actividad no se transforma en bien estatal por la exigencia legal de operarse por el mecanismo del contrato de concesión. En nuestro caso, como lo dice el Consejo de Estado, el monopolio estatal de los juegos de azar no es un bien del Estado.

“Por lo demás y sin perjuicio de la obligación de pactar cláusulas excepcionales al derecho común, la reversión está consagrada en la ley 80 expresamente para los contratos de `explotación o concesión de bienes estatales`, noción distante de la actividad de operación de juegos que ocupa a la Sala” (concepto citado).

Se concluye hasta aquí que el contrato de concesión para operar el juego de Apuestas es un contrato específico, con características definidas, que se sustrae del concepto clásico de concesión para la prestación de un servicio público, la construcción o mantenimiento de una obra pública, o la gestión de un bien del Estado. A su vez, el monopolio rentístico de ciertas actividades no convierte a estas actividades en bienes del Estado, y por ello, en el contrato que se suscriba con tal finalidad no va implícita la cláusula de reversión.

“3.5.6. El contrato de concesión típico previsto en la ley 643 de 2001 para la operación del juego de apuestas permanentes y de las loterías que vayan a ser operadas por terceros, participa de los elementos esenciales del contrato consagrado en la ley 80 de 1993, está supeditado al procedimiento de licitación pública y no le es propia la cláusula de reversión” (concepto citado).

Otras consideraciones:

Lo previsto en el proyecto de pliego que se comenta, no es una reversión. No obliga a la concesionaria a devolverle a la concedente, al término del contrato, “...los elementos y bienes directamente afectados...” a la operación del juego; solo el software de auditoría, que es un instrumento de control, no de operación. Y hay que tener en cuenta que si fuera reversión comprendería

**gana**  
cerca de ti 



los instrumentos para operar el juego, que es el objeto central del contrato; no aditamentos adicionales. En otros términos: esa devolución por sí sola, no le garantiza a la entidad la continuidad de la operación, que es la finalidad concreta de la reversión. No. Lo que va a entregarse es sólo un instrumento de control del objeto contratado, más no los equipos centrales de tecnología, comunicaciones y estructura de mercadeo, aptos para operar el juego.

Tampoco es cierto que como la ley no obliga a incluir la cláusula de reversión, sí puede ser incluida por la administración en “ejercicio de su voluntad imperante”, es decir, como consecuencia de la facultad de imperio o imposición de que está revestida la administración. No, ese concepto en la contratación estatal está revaluado desde las leyes 80 y 1150, que establecieron condiciones de igualdad entre las entidades estatales y los particulares, excepto con respecto a las cláusulas excepcionales al derecho privado, que para el caso de la operación de juegos de azar, una de esas cláusulas, la reversión, no procede, como bien lo indica BENEDAN. Se repite: en el caso analizado, la reversión no puede incluirse como función de imperio; sólo como pacto entre las partes, que es lo que esta empresa no suscribirá.

## PETICIÓN

**Primera.** Eliminar la figura de la reversión dentro del contrato de concesión.

**Segunda.** Incluir como obligación del concesionario, a la terminación del contrato, la transferencia a la concedente por parte del concesionario, sin ningún costo, de:

1. *La licencia del Software de auditoría, incluidas todas las versiones que se hayan generado durante la ejecución del contrato. Igualmente se deben incluir los documentos que acrediten el licenciamiento de dicho aplicativo y de ser necesario su cambio a nombre de La Concedente.*
2. *Licencias de uso de la totalidad de elementos del software de auditoría que sean usados para soportar el sistema de auditoría. Estos incluyen licencias de manejadores de bases de datos, servidores de aplicaciones, sistemas*

**gana**  
cerca de ti



*operativos, antivirus, software de monitoreo y demás elementos que figuren en el diagrama de despliegue.*

**Tercera.** Incluir dentro de las obligaciones del concesionario, que dentro de los quince (15) días posteriores a la fecha de finalización del contrato de concesión, este deberá remitir a la concedente, la base de datos con la información de los premios pendientes de pago, incluyendo la información necesaria para validar la autenticidad de la apuesta, dicha información debe entregarse encriptada, pero a la vez debe entregarse el algoritmo y la clave de descrición en instancias independientes. Se deben incluir los recursos económicos necesarios para su pago, los cuales deberán ser consignados a la cuenta bancaria que designe la Concedente. Esta información debe, a su vez ser enviada a La Concedente para garantizar la continuidad del proceso de pagos.

**Cuarta.** Modificar lo pertinente en la minuta del contrato.

Atentamente,

  
**JAVIER AMAYA GÓMEZ**  
Representante Legal Suplente  
**RÉDITOS EMPRESARIALES S.A.**

**gana**  
cerca de ti 

**CONCEPTO V.RE-001.EJ.  
POSICIONES FRENTE AL CONTROL Y VIGILANCIA DE LOS  
CONCEDENTES EN LOS PROCESOS RELATIVOS A LA MODALIDAD  
DE APUESTAS PERMANENTES.**

---

En tratándose de la participación de la compañía en procesos de licitación pública en los cuales se pretende conceder la explotación del negocio de las apuestas permanentes, haremos un acercamiento a algunas consideraciones generales sobre el tema para llegar a una serie de conclusiones aplicables a casos futuros.

Con fundamento en la normativa aplicada a la contratación pública, los concedentes publican un pliego de condiciones en el que, entre otras consideraciones, se establece:

*"1. El Concesionario deberá reportar a La Concedente la totalidad de datos contenidos en la información transaccional y de premios de acuerdo con la normatividad vigente en cada momento de la ejecución del contrato de concesión. En caso de requerirse información adicional debido a cambios en la normatividad, por estrategias comerciales u otras causas, La Concedente podrá requerirla en cualquier momento. La anterior información no podrá ser suministrada a la Concedente de manera encriptada.*

*2. La Concedente no tendrá restricciones de acceso directo a las bases de datos. Esto es, el sistema de auditoría deberá poder acceder directamente sobre las tablas reales del modelo transaccional y no a través de vistas, sinónimos o enmascaramiento de datos aplicados en las tablas de la base de datos donde reside el modelo de apuestas. (Subrayas fuera de texto).*

Las anteriores consideraciones fueron objeto de observaciones en los procesos pasados y en el actual las mismas se mantienen a pesar de la discusión que sobre las mismas se ha planteado. Así entonces se hace necesario un análisis de las posiciones jurídicas que pueden llegar a respaldar la posición de la compañía participante en el proceso licitatorio.

Para efectos de análisis y como es costumbre, dividiremos nuestro análisis en diferentes frentes buscando encontrar respuestas satisfactorias a cada uno de los asuntos planteados.

## **CAPITULO I.** **EL SECRETO EMPRESARIAL COMO PARAMETRO DE PROTECCIÓN DE LA** **INFORMACIÓN.**

La protección de los secretos empresariales está determinada en nuestra legislación por la Decisión 486 de 2000 de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones, que establece:

*"Artículo 260.- Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información sea:*

*a) secreta, en el sentido que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva;*

*b) tenga un valor comercial por ser secreta; y*

*c) haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta.*

*La información de un secreto empresarial podrá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios."*

De la lectura de la disposición transcrita se puede establecer que la información requerida por BENEDAN podría considerarse como Secreto empresarial dado que cumple con los requisitos de ser poseída legítimamente por la compañía, además de ser secreta, tener valor comercial y ser objeto de medidas razonables para su protección como secreta; en esa medida cumple con la tipología determinada por la legislación. Aunado a lo anterior, consideramos que la información que pretende obtener BENEDAN hace referencia a asuntos de tipo comercial, razón por la cual, a pesar de no estar dirigida a la fabricación de un producto, si es objeto de protección.

A renglón seguido el artículo 261 ib. Se refiere a la revelación de la información por disposición legal o por orden judicial y establece:



**"Artículo 261.- A los efectos de la presente Decisión, no se considerará como secreto empresarial aquella información que deba ser divulgada por disposición legal o por orden judicial."**

*No se considerará que entra al dominio público o que es divulgada por disposición legal, aquella información que sea proporcionada a cualquier autoridad por una persona que la posea, cuando la proporcione a efecto de obtener licencias, permisos, autorizaciones, registros o cualesquiera otros actos de autoridad."*

En este punto se hace importante resaltar que las normas que rigen el sistema de apuestas permanentes no implican necesariamente un descubrimiento u obligación de divulgación de manera directa, esto es que aunque la disposición reglamentaria a la que se ha venido haciendo alusión por parte del concedente, no es aplicable de manera extensiva como se pretende ver. La anterior afirmación parte de un criterios establecidos por la Ley 57 de 1887 en el sentido de afirmar que las disposiciones normativas han de entenderse en su sentido más común y natural, además de establecer que lo favorable y lo odioso de una Ley no podrá tomarse para ampliar el sentido de la disposición.<sup>1</sup>

Siendo que el sentido menos favorable no es aplicable de manera extensiva a la disposición, habrá que mencionar que en el artículo 23 del Decreto 1350 de 2003 se establece:

**"Artículo 23. Escrutinios. En ejercicio de las facultades de vigilancia y control del monopolio de los juegos de suerte y azar, la Superintendencia Nacional de Salud y las entidades administradoras del monopolio del orden departamental y del Distrito Capital, ejercerán las funciones de su competencia. Para el efecto, podrán, cuando lo estimen conveniente, estar presentes en los procesos de escrutinio realizados por los concesionarios de apuestas permanentes o chance, así mismo podrán solicitar la información que requieran sobre estos, para el ejercicio de su actividad de control."**

*Las entidades de vigilancia y control y las administradoras del monopolio en ejercicio de sus funciones, deberán observar las normas o condiciones de seguridad señaladas por el concesionario."*<sup>2</sup> (Subrayas fuera de texto)

En el inciso primero la norma es absolutamente clara al referirse al escrutinio como el momento en el que la entidad puede solicitar información y estar presente; este es un límite establecido por la

<sup>1</sup> Código civil – Artículo 31.

<sup>2</sup> Decreto 1350 de 2003 - Artículo 23.

norma ante la facultad que pareciera ilimitada del concedente. En dicha línea entonces se pronuncia el inciso segundo que establece otra limitación – que por cierto consideramos fundamental – que es la seguridad señalada por el concesionario; y es que no podría ser de otra forma, pues los riesgos por la filtración de la información atañen al concesionario. (Este tema será desarrollado en el capítulo siguiente)

Continuando con el análisis de lo que sería una protección del secreto empresarial, revisemos los pronunciamientos de la Honorable Corte Constitucional que mediante sentencia T-381 de 1993 estableció:

*...“A su vez, de la propiedad industrial hacen parte los secretos industriales, es decir, los que se refieren a los factores técnicos o científicos que, combinados de cierta manera, permiten una fabricación o transformación de productos con resultados específicos y característicos de la empresa industrial que los posee. Lo que se conoce como “Know how” es objeto de protección jurídica en razón precisamente del vínculo que establece entre el proceso y su resultado, cuyo conocimiento y manejo pertenece a la empresa y forma parte de su patrimonio.*

...

*El artículo 15 de la Constitución preceptúa en su último inciso que “para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley”.*

...

*Ahora bien, cómo facultad alguna en manos de los funcionarios estatales puede ser omnímoda ni de infinito o arbitrario alcance cuando se ejerce en un Estado de Derecho, debe repetirse que, por una parte la misma Constitución ha definido la órbita y los propósitos dentro de los cuales la enunciada atribución puede ser ejercida: para los exclusivos fines tributarios o judiciales y para que el Estado cumpla con eficiencia sus funciones de inspección, vigilancia e intervención.”<sup>3</sup>*

Así entonces las facultades de vigilancia de los entes estatales no nifi, en principio, con la posibilidad que tienen los particulares de mantener su información secreta bajo este criterio; pero será un asunto de argumentación, la posibilidad de hacer extensiva esta exigencia, pues las

<sup>3</sup> Sentencia T-381 de 1993

facultades de inspección y vigilancia, no son ilimitadas y como se ha dicho anteriormente, los límites están dados por el ordenamiento jurídico o las disposiciones judiciales.

### **CONCLUSIÓN:**

Consideramos entonces que no es clara la necesidad de conocer el contenido de la información solicitada por el concedente en el desarrollo del contrato planteado y aunque es un asunto que se ubica en una zona gris de la regulación, la simple manifestación de la necesidad del concedente no basta para su legitimidad, será necesario establecer el alcance y necesidad de la información en cuanto a la posibilidad de revisar información que es propia del concesionario.

## **CAPITULO II** **LA SEGURIDAD COMO FACTOR DETERMINANTE Y RESPONSABILIDAD DEL** **CONCESIONARIO.**

Este segundo capítulo se basa los criterios de obligación legal y responsabilidad, veamos lo establecido en la normativa:

*"Artículo 23. Escrutinios. En ejercicio de las facultades de vigilancia y control del monopolio de los juegos de suerte y azar, la Superintendencia Nacional de Salud y las entidades administradoras del monopolio del orden departamental y del Distrito Capital, ejercerán las funciones de su competencia. Para el efecto, podrán, cuando lo estimen conveniente, estar presentes en los procesos de escrutinio realizados por los concesionarios de apuestas permanentes o chance, así mismo podrán solicitar la información que requieran sobre estos, para el ejercicio de su actividad de control.*

*Las entidades de vigilancia y control y las administradoras del monopolio en ejercicio de sus funciones, deberán observar las normas o condiciones de seguridad señaladas por el concesionario."* (Subrayas fuera de texto)

Diremos, en primera medida, que no hay yerro en la manifestación de la disposición normativa, pues es apenas necesario que se generen mecanismos que protejan la información del concesionario, ello es un desarrollo de la garantía de la iniciativa privada. Los mecanismos de seguridad no sólo van en la búsqueda de la protección de la propiedad industrial, sino que ante la responsabilidad que se le genera al concesionario por la operación, lo mínimo que puede tenerse en cuenta es que él

<sup>4</sup> Decreto 1350 de 2003 - Artículo 23.

mismo pueda generar mecanismos de protección o de seguridad que le permitan confiar en la actividad de desarrolla. Si el concesionario se beneficia de la actividad que realiza, (téngase en cuenta que se trata de una sociedad comercial y que en su naturaleza jurídica se encuentra inmerso el ánimo de lucro) la regla general de la responsabilidad lo vincula con las consecuencias de su actividad, es apenas natural que la información tenga una serie de mecanismos de protección, estándares de seguridad que no se contradican con la facultad de inspección del concedente, quien no requiere la información solicitada para establecer el nivel de cumplimiento del contrato.

Para la observación en concreto, el hecho de que la información que se suministra respecto a los datos de la transacción efectuada y de premios no debe presentarse de forma encriptada, atenta en todo sentido con la seguridad de la operación y por ende del concesionario, quien es finalmente quien asume los riesgos de la operación.

No se justifica para este contrato de concesión una exigencia como la indicada, y menos cuando no existe una regulación normatividad específica para el tema revisión de las ventas, ventas que se realizan atendiendo los criterios legales y contractuales, y que de por sí se encuentran inmersos en el desarrollo o ejecución de la operación.

Imponer una carga como la referida, implica el acceso ilimitado a la base de datos del concesionario y pone en riesgo la operación que por disposición contractual es ejecutada por el concesionario y que por ende corre por su cuenta y riesgo.

No se discute la facultad de control y vigilancia que tiene el concedente y menos aún el amparo legal bajo el que se sustenta, pero lo que si se discute es la imposición de cargas adicionales al concesionario amparado en temas de seguridad, cargas que por el contrario pueden trabar la operación y afectar directamente el resultado del contrato, el cual en todos los casos es asumido por el concesionario.

Aimacendar la información de los números apostados en un lugar diferente al concesionario en vez de convertirse en una herramienta de seguridad adicional para la operación, entorpece las obligaciones que en ocasión del contrato asume el concesionario, pues de por si al convertirse en concesionario lo están facultando para desarrollar la operación de juegos de apuestas permanentes o chance, operación que debe cumplirse siguiendo los requisitos legales y contractuales, pero sin cargas o imposiciones que no tienen un verdadero sustento jurídico.

Adicionalmente, en ocasión a que el contrato de concesión se ejecuta por cuenta y riesgo del concesionario, la exigencia referida podría afectar la seguridad del concesionario, en cuanto se tendría acceso a información adicional del concesionario, de igual forma al ser el concesionario el único responsable del pago de premios y de la seguridad de la información ( información que contiene datos personales), mínimamente debe contar con la garantía de que la información

producto de las ventas deberá ser solicitada por el Concedente conforme lo estipula la Ley, pero no a través de la imposición de cargas como la relacionada a título de observación.

El concesionario por su condición, es el responsable por la administración del riesgo en materia de fraudes en la información de ventas que llegue al Centro de Datos, así como todo lo relacionado con el escrutinio, aprobación y pago de premios, razón por la cual el hecho de que una entidad externa tenga copia del respaldo de la información, amplía el margen de riesgo del Concesionario, quien finalmente es el único llamado a responder.

En igual sentido, al entregarse la explotación de juegos de apuestas permanentes o chance se a un concesionario, quien conforme al proceso de licitación pública cumple con todos los requisitos legales para desempeñar dicha operación, ya de por sí se está estableciendo que éste ejecutará el contrato y que además asumirá los riesgos que esto conlleve. La seguridad adicional a la que alude el Concedente, va más allá del espíritu del objeto contractual, pues pretende regular de forma ilimitada una actividad entregada bajo la modalidad contractual de concesión, a una persona jurídica llamada concesionario, quien finalmente deberá dar cumplimiento a las obligaciones establecidas en el contrato y en la ley y que no por eso debe permitir que una entidad externa, conozca al detalle toda la operación y pueda manipularla, modificándose el argumento de seguridad, por la sumatoria de un riesgo más que al fin de cuentas debe asumir el Concesionario.

Pese a que se indica en el pliego que la cotilla o formulario de venta deberá contener información cofrada adicional con la que se impida la reconstrucción de dicho formulario por terceros ajenos, esto tiene únicamente relación con el riesgo que se asume de fraude pero por terceros ajenos al contrato, en este caso en particular, la carga impuesta no está relacionada con éste tipo de riesgo, sino que pretende tener acceso a información que es confidencial y de vital importancia para el Concesionario y que dadas sus características se entrega de forma encriptada, protegiendo el desarrollo de la operación objeto del contrato, operación que como se ha referido, es asumida por cuenta y riesgo del concesionario.

De igual forma, pese a que actualmente BENEDAN tiene acceso a la base de datos transaccional del concesionario, y a la fecha no se ha generado afectación de la operación, no puede permitirse que ésta situación sea sometida al azar y se argumente en el hecho de que hasta ahora no ha ocurrido ninguna afectación, pues puede ocurrir que en un futuro la operación se vea afectada por la información a la que tendría acceso una entidad externa.

**CONCLUSIÓN:** Siendo que la responsabilidad en el manejo de la información recae sobre el concesionario, el ordenamiento jurídico, en hora buena, dispuso que fuese el concesionario quien estableciera los criterios de seguridad en el desarrollo de las actividades de apuestas permanentes

y en ese sentido es perfectamente oponible el criterio de seguridad para mantener la información encriptada en los ordenadores del concesionario..

### CAPITULO III. LÍMITES A LA AUDITORIA POR PARTE DEL ESTADO.

El decreto 4867 de 2008 establece:

*"a) El sistema a implementar debe evitar que se impacte de manera negativa las operaciones de los concesionarios, generando situaciones, tales como, retardos en las transacciones, sobrecarga de recurso en equipos y otras circunstancias que puedan afectar el juego de las apuestas permanentes;"*

He aquí una limitación expresa del ordenamiento jurídico en la materia: No es aceptable que se establezcan cargas que redunden en impactos negativos a las operaciones del concesionario. En el anterior sentido no es de recibo la posición de la concedente en el sentido de establecer que las demás operaciones de la compañía se almacenen en lugar diferente o que se fraccione de alguna manera la información de la compañía, pues como se manifestó en la respuesta a las observaciones planteadas en el pasado, la operación es eminentemente digital y en consecuencia la robustez del software sería una limitación para la separación de la información: Lo anterior es entonces una carga desproporcionada para el concesionario, quien no solo debe asumir la responsabilidad frente al hecho de una posible pérdida de la información, sino que además debe reconstruir el software bajo el que opera con los costos que ello pueda implicar.

En ese mismo sentido tampoco es aceptable el argumento bajo el cual el concedente manifiesta que el argumento técnico expresado no tiene asidero, pues el hecho de no haberse generado hasta el momento una consecuencia, no implica una destrucción o eliminación del riesgo, sería irresponsable de parte del concesionario no advertirlo aun sabiendo que es un riesgo latente.

**CONCLUSIÓN:** Consideramos que la carga impuesta, impacta de manera negativa la operación del concesionario, generando en su contra una serie de circunstancias inconvenientes, máxime cuando las cargas, *prima facie* superan los límites de la facultad de inspección y vigilancia que tiene el concedente. Así entonces la generación de un nuevo sistema que soporte solo uno de los negocios de la compañía, terminaría por exigir la existencia de alcances injustificado y no respaldados en la normativa vigente; sería entonces una carga injustificada y en contra de la compañía concesionaria.

Agradecemos la atención que han dispensado al presente escrito y estamos dispuestos para cualquier inquietud que pueda generarse al respecto.

CONCEPTO.  
CONSIDERACIONES LEGALES.  
REF: V.RE-001.E.J.  
RÉDITOS EMPRESARIALES S.A. V01.

Cordialmente,

**Sebastián Díaz Castañeda.**

Director del Departamento de Derecho Comercial.

**ENTORNO JURÍDICO S.A.S.**

---

Entorno Jurídico S.A.S.

Derecho Privado.

Carrera 43 A N° 27 A Sur 86. Of. 280

Correo Electrónico: [info@entornojuridico.co](mailto:info@entornojuridico.co)

Todos los derechos Reservados. Prohibida su reproducción.