

Medellín, 5 de marzo de 2021

Doctor
JUAN CARLOS RESTREPO ESCOBAR
Presidente
Asociación Colombiana de Operadores de Juegos “Asojuegos”
Bogotá

Asunto: Respuesta a observaciones proyecto de pliego de condiciones para la Licitación Pública No. 001 de 2021

Cordial saludo señor Restrepo Escobar

Le agradecemos su participación en el proceso contractual de la referencia

Damos respuesta a sus observaciones en los siguientes términos:

Respuesta a la Primera Observación

No se acepta la petición, se mantiene la cláusula de reversión en atención a los siguientes argumentos:

La reversión¹ es una facultad excepcional del Estado esencial a los contratos de concesión y a las Asociaciones Público Privadas (APPs), consagrada en los artículos 19 de la Ley 80 de 1993 y 31 de la Ley 1508 de 2012. En virtud de esta figura, una vez terminado el plazo contractual, aquellos elementos y bienes directamente afectados a la ejecución del proyecto se transfieren al Estado sin lugar a compensación en favor del concesionario y se deberá discriminar como lo ordena la norma.

Se acoge parcialmente la observación, respecto a delimitar los alcances de la reversión, en la concesión se adelanta a través de un proceso contractual de licitación pública, en efecto, este es su proceso natural, siendo

¹**Ver sentencia C-250 de 1996, M.P. Hernando Herrera Vergara.** En este fallo, la Corte la Corte declaró la exequibilidad del artículo 19 de la ley 80, pues concluyó que (i) la cláusula de reversión es de la esencia del contrato de concesión y (ii) no es una expropiación sin indemnización porque el precio de esos bienes es pagado por el Estado en el precio del contrato. Al respecto, la Corporación sostuvo: () la eficacia jurídica del plazo pactado de duración del contrato permite la amortización de la inversión, por cuanto como es de la naturaleza del contrato, todo concesionario actúa por cuenta y riesgo propio, y como quiera que ha destinado un conjunto de bienes y elementos para llevar a cabo el objeto del contrato, tiene que amortizar el capital durante el término de la concesión o incluso antes, según ocurra la reversión o la transferencia. || Jurídicamente la transferencia se justifica en la medida en que ella obedece a que el valor de tales bienes está totalmente amortizado, siempre y cuando se encuentren satisfechos los presupuestos del vencimiento del término. Ese valor de los bienes que se utilicen para el desarrollo y ejecución del contrato de concesión, se paga por el Estado al momento de perfeccionar la concesión.

la licitación pública la regla general de los procedimientos administrativos contractuales que conlleva a la suscripción de múltiples contratos, nominados e innominados (obra, concesión, suministros y servicios, entre otros).

A su vez el numeral 2° del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 establece que la cláusula de reversión se entiende pactada en el contrato aun cuando no se consigne expresamente, simplemente se enuncian los bienes y su modalidad de operación, lo que a la luz de los criterios interpretativos es pertinente traer a los argumentos lo establecido en la Ley 1508 de 2012 que pueden ser bienes de cualquier tipo de naturaleza los que pueden ser incluidos en la concesión:

ARTÍCULO 31. ENTREGA DE BIENES. *En los contratos para la ejecución de Proyectos de Asociación Público Privada se deberán especificar los bienes muebles e inmuebles del Estado o de los particulares, afectos a la prestación del servicio o a la ejecución del proyecto, que revertirán al Estado a la terminación del contrato y las condiciones en que lo harán.*

De otra parte, es claro que en lo relativo a la contratación estatal, son más los argumentos legales y jurisprudenciales existentes que indican que dicha cláusula si debe de aplicarse a todo el tema de concesiones, es por ello que su obligatoriedad existe aun cuando en el contrato no este descrita como clausula especifica. Es por ello que los equipos, bienes, productos tangibles e intangibles que en la ejecución del contrato se realicen, se desarrollen o se produzcan pasan a ser de propiedad del estado, que para este caso, serían de la entidad concedente, toda vez que los mismos tienen un valor económico de pleno interés de la entidad y en tal razón, deben ser traspasados o entregados a la administración.

Se reitera, la obligación de la reversión en favor del Estado no surge solamente de un acuerdo de voluntades entre la administración y el contratista, sino que surge por ministerio de la ley que rige al contrato (Ley 80 de 1993) la cual dispone la misma a título gratuito del campo concesionado con todas sus anexidades, como obligación a cargo del contratista una vez sea extinguida la concesión.

En tal sentido, la entidad Concedente actúa por medio de un deber constitucional que el mismo proponente expresa en su solicitud, atiende al deber de enmarcar sus actuaciones al del principio de legalidad y todos aquellos lineamientos legales y constitucionales que indica el ordenamiento jurídico colombiano.

¿Cuál es el alcance de la reversión en este tipo de contratos?

El Consejo de Estado² en algunas oportunidades ha considerado que la cláusula de reversión puede entenderse como un elemento accidental de los contratos de concesión, para lo cual se necesitará que las partes así lo

²Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, junio 16 de 1994, expediente N° 5729. Consejero Ponente Dr. Daniel Suarez Hernández

dispongan y pacten de manera explícita la inclusión de la cláusula de reversión en el contrato suscrito por ambas partes y que ellas le den el alcance necesario para la concesión.

¿Cuáles son los límites de la Lotería como concedente en este tipo de concesión?

Los límites para la lotería siempre se entenderán como los que la entidad estatal mantiene durante la ejecución del contrato, la inspección, vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario.

El artículo 19 de la Ley 80 de 1993, establece la reversión en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 19. DE LA REVERSIÓN. En los contratos de explotación o concesión de bienes estatales se pactará que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna.”

Es importante precisar que, si bien el contrato de concesión es el género, el mismo puede albergar variedad de especies, y no todas tienen afectos bienes estatales.

Doctrinariamente la cláusula de Reversión se ha definido como: *“una cláusula contractual propia de los contratos de concesión administrativa, en virtud de la cual el particular se obliga a favor de la administración pública a entregarle, a título de propiedad, sin que exista, deber de erogación de ninguna clase por parte de ésta, todos los elementos, bienes y elementos que se encuentran afectados a la explotación del bien o del servicio entregado en concesión por la administración respecto de los cuales se haya producido la amortización y también a devolverle los bienes recibidos de la administración a título de mera tenencia, junto con las mejoras incorporadas a estos bienes”.*³

Por su pertinencia con el tema, se trae a colación uno de los apartes de la Sentencia del Consejo de Estado - Sección Tercera, de fecha 7 de junio de 2001 (Consejero Ponente: Alíer Eduardo Hernández Enríquez), en el cual se enfatiza la trascendencia de la cláusula de reversión en los contratos de concesión, al concebirla como una *“contraprestación a cargo del concesionario y en beneficio de la Nación, que tiene por objeto la garantía del interés público, mediante la continuidad del (..) objeto del contrato”.*

Si bien es cierto del análisis del precitado artículo 19 de la Ley 80 de 1993, no se tendría como obligatorio el estipular la cláusula de reversión en el caso de los contratos distintos a los que tengan por objeto la explotación

³SANTOS RODRIGUEZ, Jorge Enrique. La Cláusula de Reversión en los Contratos de Concesión Administrativa. En: X Jornadas de Derecho Administrativo – Incertidumbre en la contratación estatal. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2010. P. 469.

y concesión de bienes del Estado, resulta viable jurídicamente pactarla de manera expresa, y para el caso que nos ocupa la entidad considera pertinente y plenamente justificada la incorporación de dicha cláusula con miras a garantizar el interés general y al mismo tiempo, la continuación en la prestación del servicio que involucra el objeto contractual, una vez el plazo de ejecución del contrato haya finalizado.

Es de anotar que la entidad estatal goza de una amplia facultad de configuración en relación con los requisitos, las exigencias y, en general, con las reglas que se adoptan mediante los pliegos de condiciones, de acuerdo con sus particulares necesidades, siempre y cuando se conserve la sujeción a los límites impuestos por la ley y los principios que orientan la contratación pública, considerando la necesidad que se pretende satisfacer y propendiendo por la búsqueda del interés público.

Respuesta a la segunda observación

Analizada su observación y teniendo en cuenta sus argumentos, se acepta la observación, la cual quedará de la siguiente manera:

4.4. REQUISITOS HABILITANTES DE EXPERIENCIA

4.4.1. EXPERIENCIA DEL PROPONENTE EN LA OPERACIÓN DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR Y/O TRANSACCIONES DE RECAUDOS EN EFECTIVO.

El Concesionario deberá contar con una infraestructura que permita la operación de las apuestas permanentes o chance, emitir un formulario como comprobante de las mismas, validar los formularios ganadores, realizar el pago de los premios reclamados y reportar todas las transacciones derivadas del juego. Por lo tanto, la operación de chance exige al Oferente demostrar que tiene la capacidad y experiencia en la operación de juegos de suerte y azar y/o transacciones de recaudo en efectivo, de distintos montos y durante los 365 días del año de manera continua a lo largo del día.

En consecuencia, para cuantificar la experiencia en la operación de juegos de suerte y azar y/o de transacciones de recaudo en efectivo, la LOTERÍA DE MEDELLÍN tomó como referencia datos históricos.

Para cumplir este requisito habilitante, el proponente deberá certificar esta experiencia en la operación de juegos de suerte y azar y/o de transacciones de recaudo en efectivo propios o de terceros al 31 de diciembre de 2020, por un valor mínimo de un billón doscientos cincuenta y cuatro mil doscientos sesenta y siete millones de pesos (\$1.254.267.000.000) de los últimos tres años. Es de anotar que no tiene límite de porcentaje entre recaudo propio o de tercero, en conjunto o por separado se debe certificar el monto solicitado

Respuesta a la tercera observación

Analizada su observación y teniendo sus argumentos, la Lotería de Medellín hace la precisión que la obligación de estudio de mercado para las apuestas permanentes o chance no obedece al cálculo del valor del contrato o a la cuantificación de estimación de la demanda del juego, sino al análisis de la categoría que permita la toma de decisiones asertivas y las gestiones normativas tendientes a la sostenibilidad futura del juego en el mediano

y largo plazo que garantice las rentas para la salud del departamento, fin único del monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar.

Respuesta a la cuarta observación

En atención a la observación, relacionada con las obligaciones 15 y 16, la información se solicita con fundamento en el artículo 43 de la Ley 643 de 2001 y artículo 8 del Decreto 4643 de 2005, toda vez que esta se requiere para la plena identificación del comportamiento financiero del negocio del chance y que esta sirva de base para la construcción del estudio financiero que soportará las futuras licitaciones, especialmente, si el concesionario elegido, percibe ingresos diferentes a los provenientes de este juego. No obstante, se acepta que la periodicidad para la entrega de la información sea en forma semestral.

En mérito de lo expuesto, las obligaciones 15 y 16 quedarán, así:

15. Entregar en forma semestral el balance de prueba a nivel de cuenta auxiliar en formato Excel y PDF, firmados por el representante legal y el contador; a ocho dígitos, que coincida con los siguientes informes finales del periodo semestral; el balance general, el estado de resultados, estado de cambios en la situación financiera, el estado de flujos de efectivo y el estado de cambios en el patrimonio, con sus respectivas notas, así como los informes anuales de revisoría fiscal.

16. Entregar un informe detallado de los ingresos, costos y gastos, provenientes del negocio del chance, en forma consolidada y por punto de venta, en forma semestral, en formato PDF y en Excel.

Con relación a la obligación 17, la información se solicita con fundamento en el artículo 43 de la Ley 643 de 2001 y artículo 8 del Decreto 4643 de 2005, toda vez que esta se requiere para la plena identificación del comportamiento financiero del negocio del chance y que esta sirva de base para la construcción del estudio financiero que soportará las futuras licitaciones, no obstante, la entidad entiende que esta información se puede obtener de las notas a los estados financieros. En mérito de lo expuesto, se elimina la obligación 17.

Respuesta a la quinta observación

Analizada su observación y teniendo sus argumentos, el numeral 5PUNTOS DE VENTA FIJOS Y COLOCADORES – 500 PUNTOS quedará, así:

5. PUNTOS DE VENTA FIJOS Y COLOCADORES – 500 PUNTOS (FORMATO 4)

Se asignará un máximo de QUINIENTOS (500) puntos al Proponente que oferte el mayor número de Puntos de Venta Fijos adicionales al mínimo de **1.900** puntos de venta fijos, con sus respectivos colocadores con cobertura en todos los municipios de Antioquia, para los demás proponentes se les asignará el puntaje de acuerdo con la siguiente fórmula:

Puntaje Puntos de Venta Fijos: NPVFO/ NMAXPVF*500

NPVFO: Es el número de Puntos de Ventas Fijos y Colocadores ofrecido por oferente N.

NMAXPVF: Es el número máximo ofrecido de puntos de Ventas fijos y Colocadores en el proceso.

Para la asignación del puntaje se tomarán como máximo 2 decimales.

Cada Punto de venta Fijo debe tener un colocador, el mínimo a presentar son **1.900** puntos de venta fijos, deberá ser certificado, por el representante legal y revisor fiscal.

La Lotería de Medellín considera que el concesionario debe poner a disposición de las apuestas permanentes o chance, suficientes puntos de venta fijos con sus respectivos colocadores los cuales deben lograr la mejor cobertura y penetración del producto en la totalidad de los municipios del Departamento de Antioquia, con una fuerza de ventas suficiente para realizar la operación, logrando así un proyección de crecimiento en las ventas que se vea traducido en mayores transferencias a la salud del Departamento de Antioquia.

Igualmente se modificará el numeral 49 de la cláusula séptima del contrato la cual quedará, así:

49. Para el inicio y durante la ejecución del contrato, el concesionario garantizará mínimo el funcionamiento de **1.900** puntos de venta fijos y sus respectivos colocadores, con presencia en todos los municipios del Departamento de Antioquia.


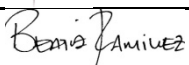
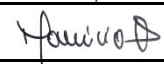
Respuesta a la quinta observación

Analizada su observación y teniendo en cuenta sus argumentos, consideramos no procedente dicha solicitud, ya que la entidad no está creando ningún tributo como lo argumentan en la observación, y el destino del 25% de los premios caducos es de Ley los cuales no corresponden a utilidades, ni ingresos de los operadores del juegos de apuestas permanentes, por lo que dicha obligación quedara igual a lo definido en los prepliegos.

Cordialmente,

DAVID MORA GÓMEZ
Gerente

| | NOMBRE | CARGO | FIRMA |
|----------|----------------------------|--|-------------------------|
| Proyectó | Elizabeth Marulanda Ospina | Profesional Universitaria | |
| Revisó | Amparo Dávila Vides | Secretario General | AMPARO DÁVILA VIDES |
| Proyectó | Orlando Marín López | Profesional Operaciones | |
| Revisó | Álvaro Villegas Díaz | Director de Operaciones | |
| Revisó | Sergio Maestre Tobón | Profesional Subgerencia Comercial y de Operaciones | |

| | | | |
|----------|-----------------------------------|---------------------------------------|---|
| Revisó | Nataly Diosa Legarda | Subgerente Comercial y de Operaciones |  |
| Proyectó | Beatriz Helena Ramírez Gallón | Subgerente Financiera |  |
| Proyectó | Arlex Mauricio Álvarez Valderrama | Profesional Universitario |  |

Los arriba firmantes declaramos que hemos revisado el documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales y por lo tanto bajo nuestra responsabilidad lo presentamos para firma.