

Radicado: 2016001088

Fecha de Indexación: 13/04/2016 18:52
Folios: 2

Medellín,

Doctor

JUAN ANDRÉS CARREÑO CARDONA

Presidente

FEDERACIÓN COLOMBIANA DE EMPRESARIOS DE JUEGOS DE AZAR

feceazar@etb.net.co – secretaria@feceazar.org

Asunto: Respuesta a observaciones al proyecto de pliegos del proceso de selección abreviada No. 01 de 2016.

Respetado Doctor Carreño Cardona,

Una vez conocido y analizadas las observaciones realizadas al proceso de selección de la referencia, se le da respuesta en los siguientes términos:

OBSERVACIÓN No. 1 CAPÍTULO 6 VALOR DEL CONTRATO-CÁLCULO DE LA RENTABILIDAD MÍNIMA:

El artículo 74 de la Constitución Política dispone que todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos, salvo los casos establecidos en la ley; a su vez, el artículo 8 de la Ley 58 de 1982 establece que las actuaciones administrativas son públicas, salvo las taxativas excepciones que establezcan la Constitución y la ley.

De lo anterior, resulta claro sin lugar a dudas que en principio, la información perteneciente a las Entidades Públicas no tiene limitaciones en su acceso, esto es, la producida directamente por las mismas y cuyo contenido les interesa a la comunidad en general. Empero lo anterior, el acceso a esa información no es permitido cuando el contenido de los documentos esté expresamente prohibido.

Adicionalmente, debemos señalar que en de lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 1755 de 2015, prevé que tendrán el carácter de reservado, las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución o la ley.

Con base en lo expuesto debemos decir que las actuaciones administrativas así, tengan por regla general las características de ser públicas, existen unas marcadas excepciones que están expresamente señaladas en la norma, tal como ocurre en materia de contratación en la que se advierte según lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015, la cual señala que:

“Estudios y documentos previos. Los estudios y documentos previos son soporte para elaborar el proyecto pliegos, los pliegos condiciones, y el contrato. Deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso

Handwritten signatures and initials: AH, QV, a, y/h



Contratación y contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad selección:

(...) El valor estimado del contrato y la justificación del mismo. Cuando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, Entidad debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. La Entidad no debe publicar variables utilizadas para calcular valor estimado del contrato cuando la modalidad de selección del contratista sea en concurso de méritos. **El contrato es de concesión, la Entidad no debe publicar el modelo financiero utilizado en su estructuración.** (Subrayas fuera del texto).

Con base en esta disposición normativa, está claramente delimitado que en materia de concesiones no debe publicarse el modelo financiero, y siendo la fórmula de cálculo de la rentabilidad mínima anual un componente integrante de esta modelación, en ninguna omisión legal ha incurrido BENEDAN. La no publicación de esta información que está reversada legalmente, en modo alguno constituye una violación al principio de publicidad de las actuaciones contractuales, antes todo lo contrario en el proceso de selección de la referencia se ha publicado todos aquellos documentos que expresamente obliga su divulgación el sistema de compras públicas, régimen que es plenamente aplicable al caso de la concesión para la operación de juego de apuestas permanentes o chance, tal como lo establece el artículo 7° de la Ley 643 de 2001.

El Decreto 1082 de 2015, es una disposición reglamentaria de la Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007, y por lo tanto hace parte integrante del sistema de compras públicas, por lo que es una disposición normativa a la que debe dar cumplimiento esta entidad estatal, pues esta es una Ley especial aplicable a las relaciones contractuales del Estado.

Finalmente, debemos señalar que el artículo 23 de la Ley 1393 de 2010 en ninguno de sus apartes, señala la obligatoriedad de publicación de la fórmula de cálculo, de ahí que se estime que ningún desconocimiento se ha efectuado a la Ley citada y por tanto no se estima procedente acceder a la observación de publicación de la fórmula, al tener ésta la categoría de reserva legal.

OBSERVACIÓN 2: EL CONTROL Y VIGILANCIA EXTERNO

Una vez analizada la observación y las consideraciones esbozadas por la empresa observante se estima que los mecanismos de seguimiento y control que se tienen establecidos en la concesión garantizan las funciones de vigilancia que son atribuibles a esta Entidad, razón por la cual es menester precisar que BENEDAN de acuerdo a la experiencia y conocimientos sobre la operación del juego de apuestas permanentes o chance realizará la supervisión integral del contrato en los términos del artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, sin embargo como apoyo a la actividad de verificación del cumplimiento



de las actividades, se estima viable incluir unas auditorías externas en la que una persona jurídica ajena a las partes y objetiva realice una revisión del cumplimiento de las condiciones contractuales, cuyo costo estará a cargo del concesionario, razón por la cual este cambio se realizará en los términos del proceso de selección que se adelante para el efecto.

La anterior modificación se sustenta en la posibilidad que tiene la entidad de variar las condiciones del pliego con miras a garantizar el principio de libre concurrencia, y por el principio de libertad de configuración de pliegos.

OBSERVACIÓN 3 REVERSIÓN

Revisada la observación la misma no se estima procedente, por las siguientes razones:

El parágrafo 1° del artículo 1° del Decreto 4867 de 2008, reglamentario de la Ley 643 de 2001, establece:

"Para efectos de la operación en línea y tiempo real el procedimiento informático y tecnológico de la apuesta en un punto de venta fijo o móvil debe efectuarse a través de un mecanismo sistematizado que inmediatamente registra la apuesta, la cual es reportada a un sistema de información centralizado. Esto supone que la transacción correspondiente no puede ser almacenada en la respectiva terminal o equipo móvil para su posterior procesamiento.

Los concesionarios deberán suministrar a la entidad concedente los equipos de cómputo, el software licenciado y la capacitación correspondiente, necesarios para efectuar el control y seguimiento a la colocación de apuestas permanentes por el mecanismo sistematizado en línea y en tiempo real y encargarse del mantenimiento y las actualizaciones necesarias". (NFT).

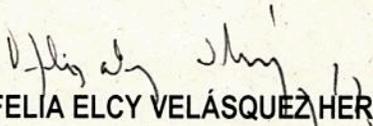
De acuerdo con esta disposición legal, los elementos mencionados a revertir, estarían dentro de las obligaciones contenidas por el Concesionario. Regulación que permite concluir que la Entidad puede incluir dichos elementos dentro de las obligaciones propias del Concesionario, así como también puede incluirlos dentro de los elementos a revertir.

No obstante lo anterior, si se incluye dentro de las obligaciones del Concesionario, al finalizar el contrato, en caso de incumplimiento del Concesionario tendría que incluirse en la liquidación definitiva, que de no existir acuerdo sobre el cumplimiento de esta obligación, habría que acudir a las vías judiciales con las demoras propias de nuestro sistema judicial. Mientras que si los elementos a revertir hacen parte de la cláusula excepcional de reversión, la exigencia de su cumplimiento es más expedita, ya que el legislador le da facultades excepcionales a la Entidad para que unilateralmente sin intervención del Juez haga uso de dicha facultad excepcional, con el objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de los mismos, con fundamento en la prevalencia del interés público sobre el particular.

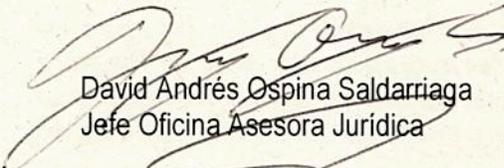


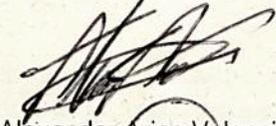
Adicionalmente, debemos decir que no existe una prohibición para pactar la cláusula de reversión en materia de concesión, antes todo lo contrario de conformidad a lo establecido en el artículo 19 de la Ley 80 de 1993, estas cláusulas son connaturales a este tipo de contratos. La jurisprudencia nacional en el concepto No. 1425 del 2002 del Consejo de Estado en relación con la reversión en las concesiones de la operación de juego de apuestas permanentes o chance, ha precisado que esta cláusula no es obligatoria, pero que no tenga el carácter de obligatoria no quiere decir que esté prohibida, la misma puede ser incluida en el ejercicio de la autonomía de la voluntad imperante también en la contratación estatal, además que la reversión planteada en el proyecto de pliego no desborda los límites de la razonabilidad y proporcionalidad, ya que la reversión de los bienes tecnológicos solicitados si son susceptibles de revertirlos a la Entidad, y no se está utilizando facultades de exorbitancia arbitrarias o imposibles de cumplir por lo que es perfectamente viable a la luz del principio de libertad de configuración de pliego, realizar la exigencia de la reversión que como se dijo es propio de este tipo de contratos.

Cordialmente,

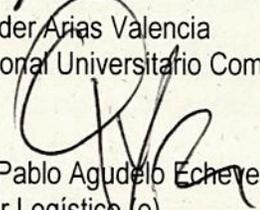

OFELIA ELCY VELÁSQUEZ HERNANDEZ
Gerente

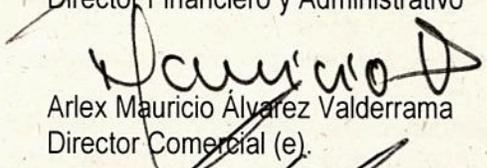
Proyectó:

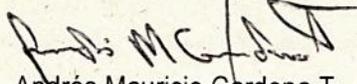

David Andrés Ospina Saldarriaga
Jefe Oficina Asesora Jurídica

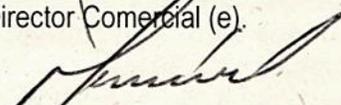

Alexander Arias Valencia
Profesional Universitario Comisionado

Juan Alberto García García
Director Financiero y Administrativo


Pedro Pablo Agudelo Echeverri.
Director Logístico (e).


Arlex Mauricio Álvarez Valderrama
Director Comercial (e).


Andrés Mauricio Cardona T.
Contratista (Apoyo Financiero)


Rafael Maldonado Cuartas
Analista de Riesgos