

Bogotá, D.C.

Doctora
LUZ MARY CARDENAS HERRERA
Gerente General
Lotería de Bogotá
NIT: 899999270
Cra 32A # 22 – 14
luz.cardenas@loteriadebogota.com
Ciudad



CONCEPTO

Referencia	2-2022-1206, 2-2022-1207, 2022ER53889901, 2022ER53891501
Descriptor general	Lotería de Bogotá
Descriptores especiales	Contratos de concesión
Problema jurídico	¿Aplicación del artículo 5 del Decreto Nacional 576 de 2020 para determinar las obligaciones de un contrato de concesión suscrito por la Lotería de Bogotá?
Fuentes formales	Artículos 23 y 24 de la Ley 643 de 2001, artículo 23 de la Ley 1393 de 2010- Decreto Extraordinario 4144 de 2011.

IDENTIFICACIÓN DE LA CONSULTA

La Gerente de la Lotería de Bogotá plantea interrogantes en relación con la aplicación del artículo 5° del Decreto Nacional 576 de 2020, con el fin de determinar las obligaciones de un contrato de concesión, en los siguientes términos:

1. ¿Es procedente jurídicamente la aplicación de la metodología contemplada artículo 24 de la Ley 643 modificado por el 23 de la Ley 1393 de 2010, para calcular la rentabilidad mínima aplicable al año contractual 2021, sobre los resultados de la vigencia contractual 2019, omitiendo los resultados del año 2020, tal y como lo dispuso el Decreto 576 de 2020?
2. ¿Es procedente jurídicamente la aplicación de la metodología contemplada artículo 24 de la Ley 643 modificado por el 23 de la Ley 1393 de 2010, para calcular la rentabilidad mínima aplicable al año contractual 2021, sin tenerse en cuenta la disposición de eliminación del año contractual establecida en el artículo 5 del Decreto 576 de 2020?
3. ¿Es procedente jurídicamente la aplicación de la metodología contemplada artículo 24 de la Ley 643 modificado por el 23 de la Ley 1393 de 2010, para

1

35.F.01
V.10

calcular la rentabilidad mínima aplicable al año contractual 2021, sobre los resultados de la vigencia contractual 2020 (ingresos brutos)?

4. ¿Es procedente jurídicamente la aplicación de la metodología contemplada en el artículo 24 de la Ley 643 modificado por el 23 de la Ley 1393 de 2010, para calcular la rentabilidad mínima aplicable al año contractual 2021, sobre los resultados de la vigencia contractual 2019, teniendo en cuenta que el artículo 5 del Decreto Legislativo 576 de 2020 estableció que el año contractual que incluya meses del periodo comprendido entre marzo y diciembre de 2020 no se tendrá en cuenta para verificar cumplimiento de acuerdos relacionados con rentabilidad mínima o ingresos brutos garantizados?

CONSIDERACIONES

En esencia el objeto de la consulta se refiere a la interpretación de una norma del orden nacional cuya competencia constitucional le corresponde a la Rama legislativa en ejercicio de la expedición de leyes (Art. 150-1) y judicial en desarrollo de la aplicación de la justicia (Art. 228).

En el campo doctrinal, es pertinente precisar que esta consulta se refiere a una materia especializada, la explotación monopolizada de juegos de suerte y azar, que tiene como autoridad doctrinal al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, de conformidad con el artículo 47 de la Ley 643 de 2001, “Por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar”, modificado por el artículo segundo del Decreto Extraordinario 4144 de 2011:

“Artículo 47. Funciones del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar. Le corresponde al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar cumplir las siguientes funciones:

(...)

10. 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. (...).”

Por su parte, a la Dirección Jurídica de la Secretaría Distrital de Hacienda le corresponde ser autoridad en materia hacendaria, estableciendo directrices para fomentar la unidad doctrinal en la aplicación e interpretación de normas relacionadas con la Hacienda Pública, en virtud de lo establecido en los artículos 69 y 72 del Decreto Distrital 601 de 2014¹.

¹ “Por el cual se modifica la estructura interna y funcional de la Secretaría Distrital de Hacienda, y se dictan otras disposiciones”.

En el marco de estas competencias, se realizará un análisis del artículo 5° del Decreto Legislativo 576 de 2020, “Por el cual se adoptan medidas en el sector de juegos de suerte y azar, para impedir la extensión de los efectos de la pandemia de Covid-19, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”, con el fin de aportar a las decisiones que debe adoptar la Lotería de Bogotá:

“Artículo 5. Inaplicación de compensaciones o pago de diferencias derivadas de la rentabilidad mínima o los ingresos brutos garantizados. El año contractual que incluya meses del periodo comprendido entre marzo y diciembre de 2020 no se tendrá en cuenta para efectos de verificar el cumplimiento de acuerdos relacionados con rentabilidad mínima o ingresos brutos garantizados, que hayan sido pactados entre las entidades administradoras del monopolio y los operadores de Juegos de Suerte y Azar; en consecuencia, no operará la compensación contractual de que trata el artículo 60 de la Ley 1955 de 2019 o el pago de las diferencias que hayan sido pactadas en el contrato”.

Es pertinente tener en cuenta que por tratarse de un decreto legislativo, tuvo la revisión automática de la Corte Constitucional² quien mediante la Sentencia C-257 de 2020 lo declaró exequible por considerar que cumplía con los juicios materiales desarrollados por la jurisprudencia constitucional: finalidad, motivación suficiente, conexidad, ausencia de arbitrariedad, intangibilidad, incompatibilidad, no contradicción específica, necesidad fáctica y jurídica, proporcionalidad y no discriminación.

En este control de constitucionalidad la Corte clasificó los artículos del DL 576 de 2020, interpretando que el artículo 5° estaba dirigido “*garantizar la sostenibilidad financiera de los operadores, así como el óptimo funcionamiento de las administradoras del monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar*” y expresando su contenido en los siguientes términos:

“Artículo 5: Para verificar el cumplimiento de los acuerdos pactados entre las administradoras del monopolio y las operadoras de juegos de suerte y azar sobre la rentabilidad mínima o ingresos brutos garantizados, esta medida establece que no se tendrá en cuenta el período comprendido entre marzo y diciembre de 2020. Por esta razón, dispone que “no operará la compensación contractual de que trata el artículo 60 de la Ley 1955 de 2019 o el pago de las diferencias que hayan sido pactadas en el contrato”.

² Control automático de constitucionalidad previsto por el parágrafo del artículo 215 y el artículo 241 numeral 7 de la Constitución, el artículo 55 de la Ley 137 de 1994, Ley Estatutaria de los Estados de Excepción y los artículos 36 a 38 del Decreto 2067 de 1991.

Una vez declarada la constitucionalidad del Decreto Legislativo 576 de 2020, no solo deber ser interpretado sino aplicado con el fin subsanar o mitigar los efectos negativos de la pandemia Covid 19 en el sector de juegos de suerte y azar y en particular, el artículo 5° para *garantizar la sostenibilidad financiera de los operadores, así como el óptimo funcionamiento de las administradoras del monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar*”.

En este orden de ideas, es posible interpretar que el artículo 5 del Decreto Legislativo 576 de 2020 excluye un “año contractual” para la determinación de las compensaciones en las que participe según la fórmula de remuneración de la rentabilidad mínima, bajo el entendido que es un año atípico de confinamiento, puesto que incluye el periodo de marzo a diciembre de 2020, reconociendo una situación sobreviniente, extraordinaria y ajena a las partes.

Como esta exclusión es sobre una rentabilidad mínima que debe pagar un concesionario, es necesario estudiar la fórmula dispuesta en la Ley 643 de 2001, “Por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar”:

ARTICULO 24. PLAN DE PREMIOS Y RENTABILIDAD MÍNIMA. (Modificado por la Ley 1393 de 2010, norma que rige al contrato de concesión 68 de 2016)
(...)

La rentabilidad mínima del juego de apuestas permanentes o chance, para cada jurisdicción territorial, se establecerá como criterio de eficiencia y obligación contractual en los respectivos contratos de concesión, y corresponde al mínimo de ingresos brutos que, por la venta del juego de apuestas permanentes o chance, deben generar los operadores por cada año y durante toda la vigencia del respectivo contrato, de manera que se sostengan las ventas y se procure su crecimiento como arbitrio rentístico para la salud.

La rentabilidad mínima será igual a la mayor cifra entre el promedio anual de los ingresos brutos obtenidos por la venta del juego de apuestas permanentes o chance durante los cuatro (4) años anteriores a la apertura del proceso licitatorio y la sumatoria de esos ingresos brutos en el año inmediatamente anterior a la apertura del proceso licitatorio, más un porcentaje de crecimiento año a año que será igual al índice de precios al consumidor. Para determinar el promedio o la sumatoria a que se refiere el presente inciso, se acudirá a los datos que arroje la conectividad en línea y tiempo real o, hasta tanto se tengan esos datos, a los que tengan las distintas entidades territoriales y la Superintendencia Nacional de Salud.

Corresponde al concesionario pagar el doce por ciento (12%) sobre los ingresos brutos a título de derechos de explotación con destino a la salud, más

***el valor adicional** que llegare a existir entre ese porcentaje de derechos de explotación y el doce por ciento (12%) sobre el valor mínimo de los ingresos brutos que por ventas al juego fueron previamente señalados en el contrato como rentabilidad mínima; ese valor adicional lo pagarán los concesionarios **a título de compensación** contractual con destino a la salud, sin que haya lugar a reclamación o indemnización alguna en su favor. (...)" (Negrilla fuera del texto)*

Según esta fórmula para la determinación de la rentabilidad mínima del año contractual 2021 se debe tener en cuenta la sumatoria de esos ingresos brutos del año contractual 2020.

Conforme a lo expuesto, para dar respuesta a la consulta sobre cómo calcular la rentabilidad mínima aplicable al año contractual 2021, es posible afirmar que el artículo 5 del Decreto Legislativo 576 de 2020 inaplica la rentabilidad mínima en el año contractual 2021, cumpliendo así el objetivo de su naturaleza jurídica, de ser un decreto excepcional legislativo, expedido para conjurar el efecto negativo de la pandemia Covid 19 en el sector de monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, particularmente, por la situación de confinamiento presentada desde marzo hasta diciembre de 2020.

En consecuencia, correspondería para los años contractuales 2020 y 2021 proceder al cobro de los derechos de explotación previstos en el artículo 23 de la Ley 643 de 2001:

ARTICULO 23. DERECHOS DE EXPLOTACION. <Artículo modificado por el artículo 23 del Decreto Ley 2106 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> Los concesionarios del juego de apuestas permanentes o chance pagarán mensualmente a la entidad concedente a título de derecho de explotación el doce por ciento (12%) de sus ingresos brutos.

CONCLUSIONES

Conforme a lo expuesto, las cuatro preguntas pueden ser resueltas señalando directamente lo establecido en el artículo 5° del Decreto Legislativo 576 de 2020, en el marco de la interpretación realizada por la Corte Constitucional en su revisión automática de constitucionalidad.

Este artículo dispone la exclusión de un "año contractual" para la determinación de las compensaciones en las que participe según la fórmula de remuneración de la rentabilidad mínima dispuesta por el artículo 24 de la Ley 643 de 2001.



No se observa norma que habilite reemplazar en la fórmula de rentabilidad mínima el referente del año contractual 2020; reemplazarlo sería desconocer la situación extraordinaria causada por la pandemia Covid 19 y burlar la intención del legislador excepcional de conjurar la crisis.

En procura de impulsar la política de mejoramiento continuo en el procedimiento de Asesoría Jurídica, agradecemos verifique si el concepto emitido contribuyó a resolver de fondo el problema jurídico planteado. De no ser así, por favor informe a la Dirección Jurídica.

Cordialmente,

Leonardo Arturo Pazos Galindo
Director Jurídico
lpazos@shd.gov.co

Copia: Paula Johanna Ruiz Quintana, Directora Distrital de Doctrina y Asuntos Normativos, Secretaria Jurídica Distrital, pruizq@secretariajuridica.gov.co, NIT. Nit 899999061