



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

MEMORANDO No. 0157-2016-132

De: Dra. OLGA MERCEDES CORDOBA ZARTA
Directora Técnica Jurídica

Para: Dra. MILENI SANCHEZ CUELLAR
Directora de Control Fiscal y Medio Ambiente

Asunto: REGIMEN DE CONTRATACION DE LA LOTERIA DEL TOLIMA

CONCEPTO

CONCEPTO No. 16	10 de Octubre de 2016
Tema:	Régimen de Contratación de la Lotería del Tolima.?
Problema Jurídico:	¿Cuál el Régimen de contratación de La Lotería del Tolima, teniendo en cuenta que se trata de una Empresa Industrial y comercial del Estado? ¿La Lotería del Tolima, está obligada a publicar en el Secop toda su actividad contractual?
Fuentes formales:	Constitución Política, Ley 42 de 1993, 643 de 2001, Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 ley 1474 de 2011 y Decreto 1082 de 2015.
Precedente:	Sentencia C-316 de 2003

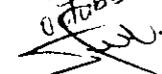
En atención al memorando, mediante el cual La Directora Técnica de Control Fiscal y Medio Ambiente de la Contraloría Departamental del Tolima, solicita se emita concepto jurídico y se da respuesta a los problemas jurídicos, La Dirección Técnica Jurídica, para proferir este concepto seguirá el siguiente procedimiento:

Primero se estudiará la normatividad y jurisprudencia relacionada con el tema, luego se emitirá las consideraciones para finalmente dar respuesta a los problemas jurídicos planteados.

PROBLEMAS JURIDICOS:

¿Cuál el Régimen de contratación de La Lotería del Tolima, teniendo en cuenta que se trata de una Empresa Industrial y comercial del Estado?.

¿La Lotería del Tolima, está obligada a publicar en el Secop toda la actividad contractual?

Recibido: 
10/10/2016




CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

i) NORMATIVIDAD

CONSTITUCION POLÍTICA

"Artículo 268.- El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones:

"1.- Prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes de la Nación e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse.

"2.- Revisar y fenecer las cuentas que deben llevar los responsables del erario y determinar el grado de eficiencia, eficacia y economía con que hayan obrado.

"4.- Exigir informes sobre su gestión a los empleados oficiales de cualquier orden y a toda persona o entidad pública o privada que administre fondos de la Nación.

"12.- Dictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal en todas las entidades públicas del orden Nacional y Territorial.

"13.- Las demás que señale la ley.

ARTICULO 267. El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Esta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado.

ARTICULO 272. La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva.

La de los municipios incumbe a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales.

LEY 42 DE 1993

"Artículo 6.- Las disposiciones de la presente ley y las que sean dictadas por el Contralor General de la República, en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 268 numeral 12 de la Constitución Nacional, primarán en materia de control fiscal sobre las que puedan dictar otras autoridades".

"Artículo 21.- La vigilancia de la gestión fiscal en las sociedades de economía mixta se hará teniendo en cuenta la participación que el Estado tenga en el capital de la sociedad, evaluando la gestión empresarial de tal forma que permita determinar que el manejo en los recursos públicos se realice de acuerdo con los principios establecidos en el artículo 8 de la presente ley.
"..."

"Parágrafo 2º. La Contraloría General de la República establecerá los procedimientos que se deberán aplicar en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo".

"Artículo 8º.- La vigilancia de la gestión fiscal del Estado se fundamenta en la eficiencia, la economía, la eficacia, la equidad y la valoración de los costos ambientales, de tal manera que



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

permita determinar en la administración, en un período determinado, que la asignación de recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados; que en igualdad de condiciones de calidad los bienes y servicios se obtengan al menor costo; que sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas.

Así mismo, que permita identificar los receptores de la acción económica y analizar la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales y entre entidades territoriales y cuantificar el impacto por el uso o deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente y evaluar la gestión de protección, conservación, uso y explotación de los mismos.

La vigilancia de la gestión fiscal de los particulares se adelanta sobre el manejo de los recursos del Estado para verificar que éstos cumplan con los objetivos previstos por la administración.

Artículo 9º.- Para el ejercicio del control fiscal se podrán aplicar sistemas de control como el financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, la revisión de cuentas y la evaluación del control interno, de acuerdo con lo previsto en los artículos siguientes.

Parágrafo.- Otros sistemas de control, que impliquen mayor tecnología, eficiencia y seguridad, podrán ser adoptados por la Contraloría General de la República, mediante reglamento especial.

Artículo 10º.- El control financiero es el examen que se realiza, con base en las normas de auditoría de aceptación general, para establecer si los estados financieros de una entidad reflejan razonablemente el resultado de sus operaciones y los cambios en su situación financiera, comprobando que en la elaboración de los mismos y en las transacciones y operaciones que los originaron, se observaron y cumplieron las normas prescritas por las autoridades competentes y los principios de contabilidad universalmente aceptados o prescritos por el Contador General.

Artículo 11º.- El control de legalidad es la comprobación que se hace de las operaciones financieras, administrativas, económicas y de otra índole de una entidad para establecer que se hayan realizado conforme a las normas que le son aplicables.

Artículo 12º.- El control de gestión es el examen de la eficiencia y eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, determinada mediante la evaluación de sus procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño y la identificación de la distribución del excedente que estas producen, así como de los beneficiarios de su actividad.

Artículo 13º.- El control de resultados es el examen que se realiza para establecer en qué medida los sujetos de la vigilancia logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración, en un período determinado.

Artículo 14º.- La revisión de cuentas es el estudio especializado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario durante un período determinado, con miras a establecer la economía, la eficacia, la eficiencia y la equidad de sus actuaciones.

Artículo 15º.- Para efecto de la presente Ley se entiende por cuenta el informe acompañado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario.

LEY 489 DE 1998

"Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

"Artículo 38. Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

"(...)2. Del Sector descentralizado por servicios:

a) Los establecimientos públicos;

b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;

c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;

d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;

"Artículo 68. Entidades descentralizadas. Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema.

Ley 80 de 1993.

Artículo 2º.- De la Definición de Entidades, Servidores y Servicios Públicos. Para los solos efectos de esta Ley:

1o. Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el Distrito Capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

Decreto 1082 de 2015.

SUBSECCIÓN 2

PARTÍCIPIES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Artículo 2.2.1.1.2.1. Partícipes de la Contratación Pública. Los partícipes del sistema de compras y contratación pública para efectos del Decreto-Ley 4170 de 2011, son:

Las Entidades Estatales que adelantan Procesos de Contratación.

(...)

SUBSECCIÓN 3

DEFINICIONES

(...)



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

Entidad Estatal: Cada una de las entidades: (a) a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993; (b) a las que se refieren los artículos 10, 14 y 24 de la Ley 1150 de 2007 y (c) aquellas entidades que por disposición de la ley deban aplicar la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, o las normas que las modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan.

Decreto 1510 de 2013, artículo 62)

Artículo 2.2.1.2.1.2.24. Contratación de empresas industriales y comerciales del Estado. Las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, sus filiales y las empresas en las cuales el Estado tenga más del cincuenta por ciento (50%) del capital social que no se encuentren en situación de competencia, deben utilizar el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía para los contratos que tengan como objeto su actividad comercial e industrial, salvo para los contratos de obra pública, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargo fiduciario y fiducia pública para los cuales se aplicará la modalidad que corresponda.

Ley 1474 de 2011

Artículo 93. Del régimen contractual de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta, sus filiales y empresas con participación mayoritaria del Estado. Modifíquese el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así:

Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes.

Artículo 95. Aplicación del Estatuto Contractual. Modifíquese el inciso 2° del literal c) del numeral 4 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así:

En aquellos eventos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a esta ley, salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad

Ley 643 de 2001 Por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar.

ARTÍCULO 1°. Definición. El monopolio de que trata la presente ley se define como la facultad exclusiva del Estado para explotar, organizar, administrar, operar, controlar, fiscalizar, regular y vigilar todas las modalidades de juegos de suerte y azar, y para establecer las condiciones en las cuales los particulares pueden operarlos, facultad que siempre se debe ejercer como actividad que debe respetar el interés



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

público y social y con fines de arbitrio rentístico a favor de los servicios de salud, incluidos sus costos prestacionales y la investigación.

ARTÍCULO 2°. Titularidad. Los departamentos, el Distrito Capital y los municipios son titulares de las rentas del monopolio rentístico de todos los juegos de suerte y azar, salvo los recursos destinados a la investigación en áreas de la salud que pertenecen a la nación.

El monopolio rentístico de juegos de suerte y azar será ejercido de conformidad con lo dispuesto en la presente ley. La explotación, organización y administración de toda modalidad de juego de suerte y azar estará sujeta a esta ley y a su reglamentación, expedida por el Gobierno Nacional, la cual es de obligatoria aplicación en todo el territorio del país, cualquiera sea el orden o nivel de gobierno al que pertenezca la dependencia o entidad administradora bajo la cual desarrolle la actividad el operador. La vigilancia será ejercida por intermedio de la Superintendencia Nacional de Salud.

Sentencia C 316 de 2003

(...)

El régimen de monopolios establecido en la Constitución de 1991. El Estado, único titular de los monopolios rentísticos de juegos de suerte y azar

2.1. Desde el punto de vista económico un monopolio se caracteriza por la condición de exclusividad o clara ventaja o preponderancia que ostenta una persona, pública o privada, para realizar una actividad determinada y controlar el mercado.

(...)

2.4. Bajo esa directriz se redactó el actual artículo 336 de la Carta que regula el tema relativo a los monopolios. Del referido precepto constitucional se desprende lo siguiente:

(i) Sólo son admisibles los monopolios como arbitrio rentístico y es el Estado el único titular de los mismos, lo cual excluye la posibilidad que los particulares exploten por cuenta propia la actividad sobre la cual recae el monopolio[6]. Esto es, no se pueden establecer monopolios a favor de particulares, con la única salvedad consignada en el artículo 189, numeral 27 de la Constitución que se refiere a la eventualidad de conceder patente de privilegio temporal a los autores de invenciones o perfeccionamientos útiles, con arreglo a la ley.

El hecho que los monopolios se constituyan como arbitrio rentístico significa que su objeto es obtener ingresos sólo para el Estado. Dineros que, por contera, tienen la característica de ser públicos.

El monopolio rentístico, tal como lo sostuvo esta Corporación, "es un instrumento que protege la explotación de determinadas actividades económicas para que el Estado se procure cierto nivel de ingresos con el fin de atender sus obligaciones. Para el Estado la finalidad del monopolio no es excluir la actividad económica del mercado sino reservarse una fuente de recursos económicos que le reporte su explotación"[7].

(...)

Ahora bien, el legislador, dentro de los parámetros constitucionales y sin desconocer la titularidad exclusiva del monopolio en cabeza del Estado, puede establecer distintas



modalidades de operación[10]. Así, consideró necesario otorgarle al Estado la posibilidad de que, sin despojarse de su titularidad, en unas ocasiones opere de manera directa y en otras lo haga a través de terceros, pero dentro de los lineamientos del artículo 336 de la Constitución. En ese orden de ideas, dispuso, en primer lugar, que son operadores directos los departamentos y el Distrito Capital, por intermedio de las empresas industriales y comerciales, sociedades de economía mixta y sociedades de capital público (art. 6). En segundo lugar, indicó que son operadores indirectos los particulares, es decir, las personas jurídicas, en virtud de autorización mediante contratos de concesión u otros contratos de los que trata la Ley 80 de 1993, celebrados con las entidades territoriales o con las sociedades de capital público autorizadas para la explotación del monopolio, o, en último término, cualquier persona capaz en virtud de autorización otorgada en los términos de la Ley (art. 7).

Conforme con lo hasta ahora expuesto, se concluye que (i) la titularidad del monopolio de juegos de suerte y azar es sólo del Estado, y está excluida la iniciativa de particulares; (ii) la explotación de ese monopolio, es decir, la posibilidad de obtener utilidad del mismo en provecho del Estado, la puede hacer el ente estatal a través de dos modalidades de operación (directa o a través de terceros), y finalmente (iii) independientemente de la modalidad de operación, el Estado no pierde la titularidad del monopolio".

ii) CONCLUSIONES:

- 1.- La Constitución Política establece que el control fiscal es una función pública la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.
- 2.- La ley 42 de 1993 dispone que el control fiscal en todas las entidades del Estado, entre ellas las empresas industriales y comerciales del Estado.
- 3.- La ley 80 de 1993 establece a las Empresas Industriales y comerciales del Estado como, destinatarias para aplicación de la referida ley.
- 4.- Que el Decreto 1082 de 2015 establece que las empresas industriales y comerciales del Estado son sujetos de aplicación de la Ley 80, ley 1150 de 2007 y el mismo decreto Reglamentario.
- 5.- Que el Decreto 1082 no establece excepciones para la aplicación del régimen de Contratación Pública.
- 6.- Que sobre las Empresas Industriales y Comerciales del Estado establece que, las empresas industriales y comerciales del Estado (...) que no **se encuentren en situación de competencia**, deben utilizar el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía para los contratos que tengan como objeto su actividad comercial e industrial, salvo para los contratos de obra pública, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargo fiduciario y fiducia pública para los cuales se aplicará la modalidad que corresponda.



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

Que la naturaleza jurídica de la Lotería del Tolima es una empresa industrial y comercial del Estado explota el monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar en el Departamento del Tolima.

Que la Lotería del Tolima se encuentra en situación de competencia con entidades estatales tiene como objeto la explotación del monopolio rentístico a nivel nacional.

Por lo tanto concluye este Despacho que la Lotería del Tolima, debe aplicar a su contratación el Régimen de Contratación para las Entidades del Estado, Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y decreto 1082 de 2015.

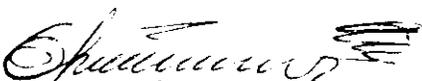
iii) RESPUESTA A LOS PROBLEMAS JURIDICOS PLANTEADOS.

¿Cuál el Régimen de contratación de La Lotería del Tolima, teniendo en cuenta que se trata de una Empresa Industrial y comercial del Estado?.

El Régimen General de Contratación para las Entidades del estado Ley 80 de 1993, Ley 1550 de 2007 y Decreto 1082 de 2015

¿La Lotería del Tolima, está obligada a publicar en el Secop toda su actividad contractual? Si está obligada a publicar en el Secop toda la actividad contractual según lo dispuesto por el Decreto 1082 de 2015.

Cordialmente,


OLGA MERCEDES CORDOBA ZARTA
Directora Técnica Jurídica

Proyectó: Flor alba tipas alpala
Profesional universitario



MEMORANDO No.0709-2016-111

PARA: **OLGA MERCEDES CORDOBA ZARTA**
Dirección Técnica Jurídica

DE: **MILENI SANCHEZ CUELLAR**
Directora Técnica Control Fiscal y Medio Ambiente

ASUNTO: Concepto Jurídico Contratación Lotería Tolima

FECHA: 19 de septiembre de 2016

Con todo respeto, me permito solicitar concepto sobre el Régimen Jurídico de Contratación de la Lotería del Tolima, teniendo en cuenta que es una Empresa Industrial y Comercial del Estado. Así mismo, emitir concepto sobre la obligatoriedad de publicar en el SECOP o en su defecto en la página web de la entidad las diferentes modalidades de contratación, teniendo en cuenta que para la vigencia 2015, no fueron publicados en el SECOP, observándose que los únicos acuerdos de voluntades publicados en su página web en el año 2015, fueron los de mayor cuantía. Es de resaltar que la entidad publicó sus actos contractuales durante las vigencias 2013, 2014 y actualmente lo está haciendo en el Portal de Contratación SECOP.

Igualmente, se observa que la Lotería del Tolima, en la mayoría de los casos, en la modalidad de contratación de mínima cuantía aporta en forma física una sola invitación para presentar propuesta.

Cordial saludo,

MILENI SANCHEZ CUELLAR
Directora Técnica Control Fiscal y Medio Ambiente

Proyectó: **OLGA LUCIA LOBO ARTEAGA**
Profesional Universitario

SOLEIRÍA ALVAREZ GARZÓN
Técnico

