

"Por un control fiscal efectivo y transparente"

80000-

Doctor
GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO
Alcalde Mayor de Bogotá D.C.
Carrera 8ª No. 10-65
Código Postal 111711
Bogotá D.C.

ASUNTO: *Ejercicio de la Función de Advertencia, en razón al inminente riesgo de afectación del patrimonio público distrital, en cuantía superior a los \$411 millones, como quiera que transcurridos aproximadamente siete años de la celebración del Contrato de Concesión No. 075 de 2007, suscrito con la sociedad PONCE DE LEÓN Y ASOCIADOS S.A. – INGENIEROS CONSULTORES, actualmente cedido a la UNIÓN TEMPORAL COLOMBO ARGENTINA SEGRUP – SERVICIOS DE GRÚAS Y PATIOS BOGOTA, no se ha cumplido con la obligación de implementar la infraestructura prevista en el Pliego de Condiciones, el Reglamento y la Propuesta Técnica, en el predio donde funcione el servicio de patios de vehículos particulares; no obstante, al concesionario se le viene reconociendo el total de la remuneración pactada del 60.5%, por el ingreso bruto del servicio de patios y de grúas estipulado, con el agravante que la Administración se ha limitado a prorrogar de manera reiterada el señalado contrato y no asegurar la devolución de los recursos previstos para el efecto.*

Respetado señor Alcalde Mayor:

En el entendido que el control fiscal, es el instrumento idóneo para garantizar el cabal cumplimiento de los objetivos constitucionalmente previstos para las finanzas del Distrito Capital es necesario hacer uso de la función de advertencia prevista en el numeral 4° del artículo 5° del Acuerdo 519 de 2012, con el fin que su despacho tome las acciones efectivas tendientes a que se solucionen de manera definitiva las situaciones irregulares que vienen presentándose en la ejecución de la Concesión No. 075 de 2007, relacionadas con la no implementación de las obras de infraestructura previstas en el numeral 3.10.1.3 del Pliego de Condiciones y el numeral 12 del Reglamento, como tampoco el concesionario ha devuelto y/o

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

compensado el valor que debía invertir en el desarrollo de aquellas en el predio destinado al servicio de inmovilización.

No obstante, como se conoce, la SDM le reconoce al concesionario el total del porcentaje del ingreso bruto estipulado como remuneración, la que a la fecha, alcanza la cifra de \$55.000 millones, y la Administración se ha limitado a las sucesivas modificaciones del contrato para prórrogar bien el plazo para la entrega del predio acordado o la implementación de tal infraestructura.

1. ANTECEDENTES

De conformidad con los Pliegos de Condiciones de la Licitación Pública No. SDM-LP- 008-2007, la Secretaría Distrital de Movilidad justificó la contratación, en el hecho que como autoridad de tránsito y transporte, tiene la obligación de acatar lo dispuesto en la normatividad vigente, en especial la contenida en el Código Nacional de Tránsito y en el Estatuto Nacional de Transporte, y exigir de la ciudadanía en general el cumplimiento de las mismas, so pena de la imposición de las sanciones correspondientes.

Señala que el artículo 122 del Código Nacional de Tránsito prevé las sanciones por infracciones tales como: multas, suspensión o cancelación de licencias de conducción e inmovilización del vehículo entre otras.

La inmovilización de vehículos está definida en el artículo 125 ibídem, como la “suspensión temporal de la circulación del vehículo por las vías públicas o privadas abiertas al público”, estableciendo así mismo, que en esta eventualidad los vehículos serán conducidos a patios autorizados que determine la autoridad competente.

Según lo allí afirmado, la Secretaría Distrital de Movilidad, busca a través del sistema de concesión, garantizar la prestación efectiva de los servicios de los siguientes servicios de inmovilización: a) Patios para vehículos de servicio diferente al público, y b) Servicio de grúas en el Distrito Capital.

Fue así como en virtud de la precitada Licitación Pública, con fecha 26 de diciembre de 2007, la Secretaría Distrital de Movilidad suscribió el Contrato de Concesión No. 075 de 2007, con la sociedad *PONCE DE LEÓN Y ASOCIADOS S.A. – INGENIEROS CONSULTORES*; contrato que posteriormente fue cedido a la *UNIÓN TEMPORAL COLOMBO ARGENTINA SEGRUP – SERVICIOS DE GRÚAS Y PATIOS BOGOTA*.

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

2. RIESGOS GENERADORES DE DAÑO PATRIMONIAL QUE AMERITAN LA ADVERTENCIA

La Dirección Sector Movilidad, en cumplimiento del PAD 2014, adelanta Visita Fiscal ante la Secretaría Distrital de Movilidad –SDM, en desarrollo de la cual fue evaluado el Contrato de Concesión No. 075 de 2007 suscrito entre la Secretaría Distrital de Movilidad y la sociedad PONCE DE LEON Y ASOCIADOS S.A. INGENIEROS CONSULTORES en “Liquidación Judicial”, con ocasión de lo cual fueron detectadas serias irregularidades, las cuales son del siguiente alcance:

2.1 Las situaciones irregulares presentadas en la Concesión No. 075 de 2007, dan cuenta de la abierta inobservancia del Principio de Planeación, con los riesgos de afectación del patrimonio público.

Ciertamente, con fecha 29 de agosto de 2003, el Instituto de Desarrollo Urbano y la Secretaría Distrital de Movilidad, en adelante IDU y SDM, respectivamente, celebraron el Convenio de Cooperación No. 018 de 2003, con el objeto de entregar temporalmente los inmuebles descritos en la Cláusula PRIMERA y en los OTROS SÍ al mismo del 27 de octubre, 28 de diciembre de 2003 y 17 de marzo de 2009, ubicados en el Sector álamos, de propiedad de la primera citada entidad, para el uso provisional por parte de la SDM.

Con ocasión de la Licitación Pública No. SDM-LP-008-2007, la Secretaría Distrital de Movilidad con fecha 26 de diciembre de 2007, suscribió el Contrato de Concesión No. 075 de 2007, con la sociedad *PONCE DE LEÓN Y ASOCIADOS S.A. – INGENIEROS CONSULTORES*.

Contrato que tiene por objeto:

“EL CONCESIONARIO asume por su cuenta y riesgo la prestación del servicio de inmovilización de: a) Patios para vehículos de servicio diferente al público, y b) el servicio de grúas para la ciudad de Bogotá para la Secretaría Distrital de Movilidad; de conformidad con las especificaciones que se relacionan en los estudios de oportunidad y conveniencia, el pliego de condiciones de la Licitación Pública SDM-LP-008-2007, sus adendas, la propuesta presentada por el concesionario y la naturaleza del servicio”.

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

De conformidad con lo estipulado en el numeral 1º de la CLAUSULA TERCERA, la SDM se obligó a *“Entregar al **CONCESIONARIO** las instalaciones, equipos y bienes destinados a la concesión de acuerdo con el reglamento, mediante inventario, en donde se indique el estado en que éstos se encuentren”*.

Por su parte, en la CLÁUSULA QUINTA del señalado Contrato, relativa a *PLAZOS DE LA CONCESIÓN*, se estableció un plazo de ejecución del contrato de ocho (8) años y que la ejecución se dividirá en dos periodos: el de adecuación, el que tendría una duración de no más de 4 meses, para iniciar el servicio al público e implementar toda la infraestructura prevista en los Pliegos de Condiciones, el Reglamento y la Propuesta Técnica, requerida en el predio donde funcionaría el patio en el que prestaría los servicios de inmovilización de vehículos particulares y de grúas.

Igualmente, se pactó que vencido el periodo de adecuación se daría inicio a la etapa de operación plena del servicio de patios, la que tendría una duración de siete (7) años y ocho (8) meses, que incluye el cumplimiento de todas las actividades con la infraestructura y demás aspectos técnicos a que se obligó el concesionario.

Conforme lo evidenció esta Contraloría, la SDM mediante Acta de fecha 31 de diciembre de 2007, procedió a la entrega al concesionario de los inmuebles que a su turno había recibido para su uso provisional de parte del IDU, con ocasión del Convenio de Cooperación No. 018 de 2003.

Evaluated el contrato de concesión en los aspectos relacionados con la infraestructura que el concesionario tenía la obligación de implementar en el periodo de adecuación y dentro del término de no más de cuatro meses a partir de la suscripción del acta de inicio del 1º de enero de 2008, se detectó que pasados aproximadamente siete años de la celebración del señalado instrumento de gestión, el contratista no ha dado cumplimiento a la ejecución de las adecuaciones de infraestructura comprometidas contractualmente, ***“(…)dada la imposibilidad para obtener la licencia de construcción por la connotación de afectación vial que tienen los predios donde vienen funcionando los patios para la inmovilización de vehículos”***, conforme lo manifiesta la misma SDM, mediante el oficio SDM-DSC-79385- 2014 del 19 de junio de 2014. (Cursivas y negritas fuera de texto).

Así las cosas, no resulta comprensible que no siendo viable la ejecución de las aludidas adecuaciones de infraestructura en los señalados predios de propiedad del IDU y entregados de manera temporal a la SDM, se haya procedido a estipular la obligación de ejecutarlas por parte del concesionario, con la correspondiente afectación del patrimonio público como lo vamos a ver en el acápite pertinente.

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

De ahí, que los referidos hechos dan cuenta de la flagrante vulneración del principio de planeación previsto en los numerales 6, 7, 12 y 14 y 1 y 2 de los artículos 25 y 30 de la Ley 80 de 1993, respectivamente, con las modificaciones introducidas por el artículo 87 del Estatuto Anticorrupción, adoptado mediante la Ley 1474 de 2011, el que de manera expresa ordena que cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto.

Lo cierto señor Alcalde es que, a pesar que las referidas obras de adecuación de infraestructura, no han sido ejecutadas después de aproximadamente siete años, por parte del concesionario y en atención a la razón expuesta por la SDM, a que anteriormente hicimos alusión, se tiene que el concesionario durante este lapso ha operado el servicio de inmovilización contractualmente pactado, lo que le ha permitido recibir el porcentaje del ingreso bruto por concepto de los servicios de grúas y de patios para los vehículos particulares que han sido objeto de la imposición de sanciones como la de inmovilización prevista en el Código Nacional de Tránsito, sin que a su turno el Distrito haya recibido las señaladas obras, las cuales están afectas al contrato y hacen parte de la REVERSIÓN pactada en la CLÁUSULA VIGÉSIMA OCTAVA.

2.2 El Distrito viene cancelando al concesionario el porcentaje de la remuneración pactado sobre el ingreso bruto por la prestación del servicio de inmovilización, que actualmente es del 60.5%; no obstante, el contratista después de aproximadamente siete años de operación de la concesión no implementó la infraestructura en los patios de vehículos prevista en el numeral 3.10.1.3 del Reglamento.

La CLÁUSULA SÉPTIMA, relativa a LA REMUNERACIÓN DEL CONCESIONARIO, estableció que *la remuneración al concesionario corresponde al porcentaje señalado, correspondiente al 62% sobre el ingreso bruto por la prestación del servicio de inmovilización de los vehículos particulares y del servicio de grúas, precisando que este valor cubre todos los costos del servicio directos e indirectos, prestaciones sociales y todos los demás gastos inherentes al cumplimiento satisfactorio del objeto contractual, inclusive los imprevistos, gastos de administración, impuestos y utilidades del contratista.*

Mediante OTROSÍ No. 5 del 18 de marzo de 2010, fue modificado el porcentaje de la remuneración al contratista sobre el ingreso bruto por la prestación del servicio de inmovilización y de grúas, del 62% al 60.5%.

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

Ahora bien, según el numeral 4º del artículo 32 de la ley 80 de 1993, son Contratos de Concesión:

(...) los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.
(Negrillas y subrayas nuestro).

Así las cosas, si en la CLÁUSULA SÉPTIMA se pactó que el porcentaje de la remuneración correspondiente al 62%, actualmente el 60.5% sobre el ingreso bruto por la prestación de los servicios de inmovilización y de grúas, el que cubre todos los gastos directos, indirectos e inherentes al cumplimiento satisfactorio del objeto contractual, se tiene que en criterio de este Organismo de Control, en la remuneración que se le viene reconociendo al contratista está implícito el valor correspondiente a la infraestructura que éste debía implementar en el período de adecuación, correspondiente a los cuatro primeros meses del plazo de la concesión, a lo que no se dio cumplimiento, muy a pesar que el reglamento de la concesión da cuenta que se trata de una infraestructura removible para garantizar su traslado en la eventualidad que requiera ser instalada en un sitio diferente (Literal g. del numeral 3.10.1.3).

Luego, si del porcentaje de la remuneración cancelada al contratista hace parte el valor de las señaladas obras de adecuación, fijado en el OTROSÍ No. 4 del 12 de junio de 2009, en cuantía aproximada de \$411 millones; se tiene que de no llegarse a ejecutar las mismas, al terminar el plazo de ejecución del contrato el concesionario no dispondría de la infraestructura a que está obligado a revertir o restituir a la SDM, conforme expresamente lo dispone la cláusula VIGÉSIMA OCTAVA relativa a la REVERSIÓN.

De ahí, que en esta oportunidad se haga uso de la función de advertencia, con el propósito que la Administración adopte medidas efectivas tendientes a garantizar que los dineros correspondientes a la señalada infraestructura sean reconocidos y/o

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

restituidos al Distrito Capital, en atención a que no sólo el concesionario no la implementó, sino que la SDM con posterioridad al inicio del contrato dio cuenta que no era viable su desarrollo en los inmuebles entregados al contratista para la prestación de los servicios de inmovilización y de grúas pactados.

2.3 Resulta seriamente cuestionable que la implementación de unas obras que tenían apenas el carácter de removibles para garantizar su traslado a un sitio diferente, no se hayan ejecutado durante los primeros cuatro meses del plazo del contrato y la Administración durante aproximadamente siete años que lleva la operación de la concesión se ha limitado a extender indefinidamente dicho período y a modificar el contrato no menos de seis veces, en relación con el asunto en estudio.

En efecto, la SDM durante la ejecución del contrato ha efectuado las siguientes modificaciones, en lo que respecta al tema del período de adecuación y la entrega del predio en el que se implementaría la infraestructura prevista en el Pliego de Condiciones, el Reglamento y la Propuesta Técnica, veamos:

- OTROSÍ No. 1 del 30 de abril de 2008, mediante el cual se amplió el plazo del período de adecuación hasta el 31 de agosto de 2008.
- OTROSÍ No. 2 del 29 de agosto de 2008, mediante el cual se amplió el plazo del período de adecuación hasta el 31 de diciembre de 2008.
- OTROSÍ No. 3 del 30 de diciembre de 2008, mediante el cual se amplió el plazo del período de adecuación hasta el 15 de junio de 2009.
- OTROSÍ No. 4 del 12 de junio de 2009, mediante el cual de una parte se amplió el plazo del período de adecuación hasta el 30 de diciembre de 2010 y de otra, se estableció el término de 14 meses a la SDM para que gestionara a cualquier título el lote de terreno en donde debe operar el patio y tramitar la licencia de construcción para que el concesionario implemente las obras de infraestructura para la atención de los usuarios y se señaló que el valor de las inversiones por las mismas debe ser de \$411.055.127.
- OTROSÍ No. 5 del 18 de marzo de 2010, mediante el cual se redujo el porcentaje de la remuneración del 62% al 60.5% sobre el ingreso bruto por la prestación del servicio de inmovilización y de grúas a cargo del concesionario.

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

- OTROSÍ No. 6 del 27 de octubre de 2010, con el cual se extendió el plazo límite hasta 12 meses antes de la fecha de terminación de ejecución del contrato de concesión para la entrega del predio por parte de la SDM y estableció que el término para la adecuación de las obras por parte del concesionario se acuerde una vez la entidad haga entrega del predio.

Lo ocurrido en el presente caso, da cuenta de la improvisación y falta de planeación en el proceso contractual de la SDM, dado que como quedó anteriormente expuesto la entidad debía contar con los estudios que le permitieran establecer la viabilidad del proyecto; por lo que no resulta comprensible que haya procedido a la suscripción del contrato de concesión y allí se señalara la obligación de la implementación de una infraestructura y a renglón seguido, esto es, cuatro meses después de su inicio, considerara que la solución era la ampliación del término del período de adecuación contractualmente previsto, más aún cuando desde la celebración con el IDU del Convenio de Cooperación No. 018 de 2003, lo cual tuvo lugar cuatro años antes a la suscripción de la concesión, conocía que los inmuebles entregados al concesionario eran bienes de uso público adquiridos por el IDU para la Avenida longitudinal de Occidente- ALO.

Es seriamente preocupante, que pasados siete años de la operación de la concesión, la Administración ante la situación presentada de no implementación de la infraestructura por parte del concesionario que conforme a los términos contractuales tenía que ejecutar durante los primeros cuatro meses para luego pasar al período de operación, por las razones aducidas por la SDM, no se ocupe de buscar soluciones con las cuales finalmente se garantice al Distrito que el valor de la infraestructura pactado de \$411.055 millones le sean revertidos y/o pagados.

Lo anterior, con mayor razón si se tiene en cuenta que el plazo de ejecución del contrato está ad portas de terminar y que en las condiciones que hoy presentan los predios entregados al contratista durante estos siete años han permitido operar la concesión para la prestación de los servicios de inmovilización de vehículos particulares y de grúas pactados; hechos que ponen de presente que la implementación de las señaladas obras, en estricto sentido, no se requerían para el desarrollo de la concesión y que en perjuicio de los intereses del Distrito el valor de las mismas si se le ha reconocido al concesionario vía tarifa, por lo que lo obligado es que éste le revierta al mismo tales recursos, habida cuenta que de no ser así en los términos del artículo 6º de la Ley 610 de 2000, eventualmente estaríamos ante la ocurrencia de un daño patrimonial.

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

No resulta comprensible que la solución dada por la Administración sea la reiterada modificación del contrato, sólo para ampliar el plazo para la entrega del predio al límite que en el OTROSÍ No. 6, se estableció ***que el término para la adecuación de las obras por parte del concesionario se acordará una vez la entidad haga entrega del predio***, olvidando que el plazo de la concesión está próximo a terminar y que la Administración no puede, para subsanar su incumplimiento, perseguir que la solución sea continuar con la ejecución del contrato para permitirle al concesionario que finalmente implemente las obras que tenían lugar al inicio de la concesión.

En estos términos hacemos extensivas las presentes reflexiones, con el fin que la Administración en vez de limitarse a seguir por el camino de las continuas modificaciones al contrato, logre asegurar el pago de la implementación de la aludida infraestructura cuyo valor ha venido cancelando vía tarifa al concesionario, sin que a la fecha, se hubiesen ejecutado las mismas.

Debemos tener presente que el daño patrimonial no consiste solamente *“en que se hayan perdido recursos”* sino que en los términos que lo precisa el artículo 3º de la Ley 80 de 1993¹, los recursos públicos deben emplearse en conseguir los fines estatales, esto es, que las obras produzcan un beneficio social real, que los dineros no se despilfaren y no sean mal invertidos, como quiera que conforme lo señala el concepto², ***“(…) Creemos que esta segunda posición es la que debe primar puesto que los recursos públicos, a diferencia de los privados, tienen exclusivamente un fin social: servir a la comunidad. Por lo tanto, de nada le sirve al Estado o a la comunidad tener invertidos recursos en obras que jamás serán aprovechadas o tendrán utilidad alguna.”*** (Negritas fuera de texto).

Y en el caso que ocupa nuestra atención, suficientemente probado está que una infraestructura que debía entregarse durante los primeros cuatro meses, es decir, en el período de adecuación estipulado, después de siete años de operación de la concesión y ad portas de concluir el plazo de ejecución de la misma no se ha dado cumplimiento a tal obligación; de ahí, que no puede pensarse que los dineros destinados a las mismas hayan prestado el beneficio social real esperado con su pago al contratista vía tarifa reconocida a título de remuneración.

En estos términos se exhorta a la Administración para que garantice el reconocimiento al Distrito del importe de la implementación de la mencionada infraestructura y de esta manera no ciña su cumplimiento a la tardía entrega del predio en la que resulte viable su ejecución, más aún cuando está por terminar el

¹ “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.

² No. 0070 A del 5 de diciembre de 2000, emitido por la Contraloría General de la República.

"Por un control fiscal efectivo y transparente"

plazo del contrato y que la concesión resultado de la citada licitación está operando en los predios inicialmente entregados al contratista.

No sobra traer a colación que, con la expedición de la Ley 610 de 2000, es cierto que a las Contralorías les corresponde determinar y derivar responsabilidad con ocasión del daño emergente y en virtud del lucro cesante, lo que implica que se debe proceder al análisis de los hechos "(...) **para examinar si el Estado ha realizado desembolsos que de otra forma no habría tenido que hacer o ha dejado de percibir recursos que de otra forma hubiese percibido. En la medida en que se presente cualquiera de las dos situaciones podemos decir que se ha causado un daño patrimonial al Estado.**"³ (Negrillas fuera de texto).

En razón de las consideraciones anteriormente expuestas, respetando la plena autonomía que tiene la Administración para la toma de decisiones, este Organismo de Control pone en su conocimiento, para los fines pertinentes, los referidos hechos, sin perjuicio de las acciones que puedan derivarse de nuestra acción fiscalizadora, frente a aquellas situaciones que a la fecha pudieren encontrarse consolidadas, conforme lo autoriza expresamente el numeral 4º del artículo 5º del Acuerdo Distrital 519 de 2012.

De no estar de acuerdo con lo afirmado, de manera respetuosa le solicito indicar las razones mencionando las evidencias y demás pruebas en las que se apoye.

Dicha información, así como las acciones que implementará la SDM para conjurar los señalados riesgos, deberán ser puestas en conocimiento de esta Contraloría a más tardar dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la presente comunicación.

Cordialmente,



DIEGO ARDILA MEDINA
Contralor de Bogotá D.C.

Proyectó: José Luis León Álvarez, Gerente.
Revisó: Luz Stella Higuera Fandiño, Subdirectora Fiscalización de Movilidad.
Aprobó: Julián Darío Henao Cardona, Director Sector Movilidad.
Revisó y ajustó: Ana Benilda Ramírez Bonilla, Asesora.

³ Expresado en el precitado concepto.