



“Por un control fiscal efectivo y transparente”

INFORME FINAL DE LA VISITA FISCAL

SECTOR HÁBITAT Y SERVICIOS PÚBLICOS

METROVIVIENDA

PERIODO AUDITADO CONTRATO 176 DE 2008

PLAN DE AUDITORIA DISTRITAL PAD -2012
CICLO: III

BOGOTÁ D. C. DICIEMBRE DE 2012

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

VISITA FISCAL METROVIVIENDA

Contralor de Bogotá Diego Ardilla Medina

Contralor Auxiliar Ligia Inés Botero Mejía

Directora Sectorial Adriana del Pilar Guerra Martínez

Subdirectora de Fiscalización Vivienda María Adalgisa Cáceres Rayo

Asesor Jurídico Julián Darío Henao Cardona

Equipo Auditor Jaime Hernando Porras Rodríguez Líder

Auditores

Flor Marina Luengas Becerra

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
1. ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN	4
2 RESULTADOS OBTENIDOS	7
3. CONCLUSIONES	20
4. ANEXOS	22

1. ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

Con base en artículo 268 de la Constitución Política de Colombia y en cumplimiento del Artículo 3º de la Ley 610 de 2000, se solicitó información por parte del equipo auditor de la Contraloría de Bogotá ante Metrovivienda, a través de oficios, actas de visita fiscal y visita de campo, relacionada con el objeto de la visita fiscal, para “... la verificación jurídica, financiera y los productos y/o obras entregadas en el contrato 176 de 2008. Verificar el estado actual de dicho contrato y verificación de los informes de la supervisión y/o interventoría”.

Conforme a lo anterior se definió por parte del equipo auditor el plan de trabajo, con el fin de darle cumplimiento al objetivo de la visita fiscal relacionado con el contrato CDTO 176 de 2008, suscrito el 24 de diciembre de 2008, con el contratista Consorcio Urbanizar 2009 cuyo objeto es contratar la construcción de la segunda y tercera subetapa y obras complementarias de urbanismo de la ciudadela Nuevo Usme - Predio la Esperanza, así como la elaboración de los diseños de la avenida Caracas en la ciudadela Nuevo Usme por valor inicial de SEIS MIL SETESCIENTOS SESENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL QUINIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS M/C (\$6.763.843.534), con un plazo de 14 meses.

En la carpeta contentiva del contrato aparece el “ACTA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA CDTO-176-08” con fecha 16 de mayo de 2011, donde se evidencian modificaciones y suspensiones que terminó con un plazo de ejecución de veintinueve (29) meses desde la suscripción hasta su liquidación.

Es de señalar que el valor ejecutado final, según lo registra el acta de liquidación, fue de NUEVE MIL CIENTO SESENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS M/C (\$9.169.692.297); el contrato registro en su valor un incremento del 35.6% equivalente a DOS MIL CUATROCIENTOS CINCO MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL SETESCIENTOS SESENTA Y TRES PESOS M/C (\$2.405.848.763).

El predio La Esperanza está ubicado en localidad de Usme, y está constituido por seis (6) unidades denominadas superlotes; cinco (5) superlotes ya han sido vendidos por parte de Metrovivienda así: Dos (2) superlotes fueron vendidos a Colombia Humanitaria donde en la actualidad habitan familias que fueron víctimas de desplazamiento y ola invernal; dos (2) superlotes vendidos a la firma Consorcio Calle 26 en donde se adelantan obras de construcción, un superlote fue vendido a Constructora Bolívar que actualmente lo está construyendo y finalmente queda un

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

superlote pendiente por vender y el cual ha sido objeto de varias convocatorias, mecanismo que utiliza Metrovivienda para comercializar suelo habilitado.

Es de señalar que la Contraloría de Bogotá D.C, se pronunció en los informes de Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral Modalidad Regular de las vigencias 2010 y 2011, en los siguientes términos: 1) Vigencia 2010, se presentó el Hallazgo Administrativo, del Contrato CDTO176-08 Consorcio Urbanizar en el numeral 3.6.2.2, en donde se manifestaba que este contrato: “... La gestión del contrato, desde el acta de inicio del 9 de febrero de 2009, presentaron modificaciones en prorroga de ampliación de plazo y en adiciones, el cual en desarrollo del contrato inicial se generó un plan de contingencia (de mayores y menores valores de obra) sin cumplir con las obras contratadas en el plazo estipulado en el contrato.

Durante la ejecución del contrato, en los informes por parte del interventor “Universidad Distrital Francisco José de Caldas” y de las comunicaciones informa a Metrovivienda de sancionar y/o multar al contratista por el reiterado incumplimiento, para el cual Metrovivienda declara el incumplimiento parcial del contrato mediante Resolución 093 del 9 de septiembre de 2009, en el artículo segundo dice “...en consecuencia, para conminar al contratista al cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud del contrato CDTO176-08, se impone a cargo del CONSORCIO URBANIZAR 2009...” multa por \$42.9 millones, suma que será tomada de los saldos que Metrovivienda adeude al contratista, de la garantía constituida, o por jurisdicción coactiva.

Ante dicha resolución, la empresa informa que el consorcio presenta el recurso de reposición solicitando revocatoria y se encuentra en análisis para emitir el respectivo acto administrativo¹.

Además, el 16 de julio de 2010 se suscribe la cesión del contrato con la firma MSB SOLUTIONS S.A. con el objeto de pago de reajustes al contrato CDTO-176- 08, cuyo objeto es realizar los ajustes pendientes del contrato principal como es” contratar la construcción de la segunda y tercera subetapas y obras complementarias de urbanismo de ciudadela nuevo Usme-predio La Esperanza así como la elaboración de los diseños de la Avenida Caracas en la Ciudadela Nuevo Usme”.

2) Vigencia 2011, numeral 3.6.3, relacionado con el Contrato de Obra CDTO 176-08, el equipo auditor indicó “... en cuya ejecución se evidencian falencias en el proceso de planeación y en la gestión contractual que impactaron la eficiencia y eficacia de los recursos públicos involucrados en desarrollo de este contrato... y a la fecha, no se han aprobado los diseños de la Avenida Caracas, por parte de las entidades responsables como el IDU, Secretaría de Movilidad, Defensoría del Espacio Público y CODENSA. El valor del contrato inicialmente se calculó en la suma de \$6.763.843.534 y durante su ejecución presentó modificaciones por valor de \$2.078.377.135, para un total de \$8.842.220.669.

El 16 de marzo de 2011, METROVIVIENDA presentó ante la Cámara de Comercio demanda de reconvencción contra Vanegas y Garzón S.A. y Constructora Monserrate Ltda., integrantes del

¹ Con oficio radicado S-2012-002322 del 2012-11-16, suscrito por el Director Jurídico de Metrovivienda, dirigido al equipo auditor, por medio del cual nos informan que no ha sido contestado por la entidad, así: “...que no ha sido contestado el recurso de reposición interpuesto por la firma...”

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

consorcio, en razón a que en el acta de liquidación parcial se estableció que las salvedades expresadas tanto por el contratista como por METROVIVIENDA, se resolverían por una amigable composición, convocada por cualquiera de las partes en cuyo escrito se consignarían los argumentos y pruebas que se pretendieran hacer valer ante el amigable componedor integrado ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

El 31 de marzo de 2012, los amigables componedores emitieron la decisión, la cual se resume en la denegación de todas las pretensiones formuladas por el Consorcio Urbanizar 2009.

Con respecto a las pretensiones de METROVIVIENDA, solamente se accedió a la declaratoria de incumplimiento del contrato CDT0176-08 por parte del Consorcio Urbanizar 2009, es decir, negaron las pretensiones que buscaban el resarcimiento de los costos que se pagaron al nuevo contratista, por las obras pendientes y de mala calidad que estaban a cargo del Consorcio Urbanizar 2009. También negaron la pretensión que buscaba el reintegro de los costos que se pagaron por las reparaciones de obras que sufrieron deterioro posterior a su entrega y que estaban a cargo del citado consorcio.

En cuanto a las obras y actividades a cargo de la firma MSB Solutions S.A., Cesionario del contrato, tenemos que las obras fueron terminadas, quedando pendiente la aprobación de los diseños por parte del IDU, Secretaría de Movilidad, Departamento Administrativo del Espacio Público y de CODENSA. El valor pactado por los diseños fue de \$47.317.094, suma que no se desembolsará hasta tanto no se obtenga la respectiva aprobación de los diseños por parte de las entidades responsables”.

El equipo auditor en el informe de la vigencia 2011, manifestó: “... Como quiera que este contrato no se ha liquidado, se propone continuar el seguimiento especialmente a la liquidación final del mismo, así como las reclamaciones que ha propuesto METROVIVIENDA... Igualmente, es necesario realizar inspección técnica a las obras desarrolladas tanto por el contratista cedente como por el cesionario, para verificar la estabilidad de las mismas”. (Subrayado fuera de texto).

2. RESULTADOS OBTENIDOS

El día 29 de octubre de 2012, en la ejecución de la presente visita fiscal, el equipo auditor elaboró el acta de visita fiscal No1, y le preguntó a Metrovivienda ¿En qué estado se encuentra el contrato No. CDTO 176 de 2008?; al respecto la entidad da como respuesta:

“El contrato CDTO 176-08 cedido a la firma MSB SOLUTIONS S.A. fue liquidado con fecha 16 de mayo de 2011, y dado que al momento de la firma del acta de liquidación se encontraba pendiente la aprobación por parte de las entidades en los temas relacionados con el diseño de la Avenida Caracas en el predio la Esperanza de la Ciudadela Nuevo Usme, y teniendo en cuenta que se adeuda la suma de CURENTA Y SIETE MILLONES TRESCIENTOS DIECISIETE MIL NOVENTA Y CUATRO PESOS MONEDA CTE (\$47.317.094), este valor será cancelado una vez se tengan las respectivas aprobaciones emitidas por las diferentes entidades y ESP que a esta fecha se encuentran pendientes de su pronunciamiento respecto a los diseños realizados, precisando que estas entidades ya han revisado los diseños entregados en su primera instancia, emitiendo observaciones a los mismos, que a la fecha han sido solventadas por el Contratista y se está a la espera del aval y/o aprobación final de los mismos, así:

1. *SDM, aprobación de la señalización*
2. *IDU aprobación del diseño estructural del puente y del estudio geotécnico de la vía*
3. *SDP espacio público*
4. *CODENSA, aprobación de las redes eléctricas*
5. *EAAB, aprobación diseño hidráulico”*

De otra parte, mediante oficio radicado S-2012-002322 del 16 de noviembre de 2012, suscrito por el Director Jurídico de Metrovivienda dirigido al equipo auditor, manifiesta: *“1. Remito copia de la solicitud de audiencia de conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación con el fin de agotar la prejudicialidad obligatoria de ley antes de iniciar acciones judiciales contra el consorcio urbanizar”*

Con relación al Contrato Interadministrativo No. CDT0187-08 celebrado entre Metrovivienda y la Universidad Distrital Francisco José de Caldas suscrito el 29 de diciembre de 2008, por un valor inicial de \$508.597.950, con un plazo de ejecución de quince (15) meses, cuyo objeto es *“...realizar la Interventoría de la construcción de la segunda y tercera subetapa y obras complementarias de urbanismo de la Ciudadela Nuevo Usme -predio la Esperanza”*

Mediante Acta de Visita Fiscal N° 3, realizada por el equipo auditor el día 13 de noviembre de 2012, a la pregunta ¿En qué estado se encuentra el contrato de interventoría?, la entidad informa que: *“...el contrato CDTO 187-08 de interventoría se encuentra suspendido hasta el 19 de diciembre de 2012, según consta en el acta de suspensión No. 7... “.*

En el acta de suspensión No. 7, suscrita el 12 de mayo de 2012, se firma tanto por el representante legal de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas como

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

por el Gerente General de Metrovivienda, en la cual reza: “... con el objeto de suspender el Contrato CDTO 187-08 a partir del 19 de mayo de 2012 inclusive, dado que a la fecha de suspensión no se ha obtenido el 100% de la aprobación ante las diferentes entidades de servicios públicos, tanto en obra como en la componente de Diseños, específicamente con la empresa de ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ por el tema de póliza de estabilidad exigidas por esta entidad y del certificado de disposición de aguas lluvias al río Tunjuelito que emite la Secretaría Distrital de Ambiente.

De igual manera se presentaron retrasos en la aprobación de los diseños del tramo Avenida Caracas ya que la empresa interventora de la EAAB (TECNOCONSULTA) solicitó que se ajustaran los diseños de acuerdo con la normatividad vigente de la EAAB, proceso que está en curso.

Finalmente el Instituto de Desarrollo Urbano, requiere de la totalidad de los Diseños aprobados y paz y salvos de la obra, debidamente expedidos por a cada una de las entidades de Servicios Públicos, razón por la cual hasta no obtener el ciento por ciento de aprobaciones el IDU iniciará la última etapa de aprobación”.

2.1. ANTECEDENTES

Metrovivienda, según oficio con radicado S-2012-002255 de fecha 09/11/2012, dirigida al Dr. Orlando Sepúlveda Cely, en su calidad de representante del Consorcio Urbanizar 2009 y suscrito por el Dr. Nicolás Corso Salamanca obrando en calidad de Gerente General de Metrovivienda, hace las siguientes anotaciones de las cuales se retoma de éste lo pertinente, así:

El 24 de diciembre de 2008 Metrovivienda suscribió con el Consorcio Urbanizar 2009 el contrato de obra pública No.CDT0176-08 cuyo objeto fue "... /a construcción de la segunda y tercera subetapa y obras complementarias de urbanismo de la ciudadela Nuevo Usme - Predio La Esperanza, así como la elaboración de los diseños de la Avenida Caracas en la Ciudadela Nuevo Usme", por valor de SEIS MIL SETESCIENTOS SESENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL QUINIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS M/C (\$6.763.843.534).

La cláusula quinta del contrato en comento, pactó el pago de un anticipo equivalente al 30% por valor de DOS MIL VEINTINUEVE MILLONES CIENTO CINCUENTA Y TRES MIL SESENTA PESOS M/C (\$2.029.153.060), pagados en abril del 2009; este valor se amortizaría con los pagos de avance de obra respectivos, dinero públicos dados en calidad de préstamo y cuyos rendimientos deben ser reportados y entregados a Metrovivienda.

Debido a retrasos en la ejecución del contrato el Consorcio Urbanizar 2009 efectuó cesión del mismo a la firma MSB Solutions SA, a partir del 16 de julio de

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

2010, para lo cual se suscribió la respectiva acta de cesión del contrato y el consecuente inventario o corte parcial de avance de ejecución técnica y financiera del contrato hasta dicha fecha.

El contrato de cesión, suscrito el 16 de julio de 2010, establece en la cláusula segunda: *“La cesión realizada implica el cumplimiento por parte del CESIONARIO de todas las obligaciones derivadas del contrato así como el desarrollo de las actividades señaladas en el mismo, asumiendo las responsabilidades a su cargo”.*

La cláusula tercera establece: *“EL CEDENTE Y METROVIVIENDA asumen la obligación de suscribir a la firma de la presente cesión, el acta de liquidación parcial del contrato, la cual servirá de base para la estimación del saldo a favor del cedente, la determinación de las obras ejecutadas total o parcialmente por el cedente, el inventario y valoración de materiales dispuestos para su instalación, la determinación del saldo a favor de METROVIVIENDA por concepto de amortización del anticipo.”*

En el corte parcial, dentro del *“Balance económico”* el Consorcio Urbanizar 2009, aun debía amortizar por concepto de anticipo y a favor de Metrovivienda la suma de QUINIENTOS VEINTIUN MILLONES QUINIENTOS CUATRO MIL SETESCIENTOS DOS PESOS M/C (\$521.504.702), cifra esta validada por el contratista.

El valor entregado en anticipo fue amortizado en cada pago por parte de Metrovivienda, según el contrato. Sin embargo, teniendo en cuenta las dificultades que se presentaron durante la ejecución del contrato y la cesión del contrato que se produjo en el mes de julio de 2010, se generó una ruptura en la continuidad que se venía teniendo en torno a la amortización de dicho anticipo, de tal manera que el Consorcio Urbanizar 2009 no ha terminado de devolver a Metrovivienda la totalidad de los recursos que le fueron entregados en tal calidad, quedando un saldo pendiente de reintegro de CIENTO DIEZ Y SIETE MILLONES SETESCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL SETESCIENTOS DOS PESOS M/C (\$117.774.702).

Las partes, incluida obviamente Metrovivienda, en el acápite relativo a las salvedades a dicho corte parcial, no dejaron salvedad o constancia alguna con relación al mismo anticipo pendiente de amortizar. Esta situación contraviene lo normado en el artículo 6 de la Constitución Política, que a la letra dice: *“Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”* en concordancia con los artículos 34 a 48 de la Ley 734 de 2002 Código Único Disciplinario.

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

El escrito referido identificado CMU-PC-01-FM-01-V10 en la pagina 5 consigna: *“...Teniendo en cuenta que en el acta final de liquidación no se reflejó de manera puntual el asunto del anticipo pendiente de ser amortizado por parte del Consorcio Urbanizar 2009, la Administración debe buscar a través de acción contractual la declaración de nulidad del acto bilateral de Liquidación del contrato, basándose para ello en la Teoría del Error-como vicio de voluntad-; aspecto que se ha consolidado en el trámite de liquidación como se ha expuesto en los antecedentes citados...”*. Del texto presentado se evidencia que el Gerente General de Metrovivienda asume a nombre de la entidad la responsabilidad de no haber incluido el saldo pendiente del anticipo en el acta suscrita, por valor de CIENTO DIEZ Y SIETE MILLONES SETESCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL SETESCIENTOS DOS PESOS M/C (\$117.774.702).

De igual manera, esta visita fiscal evidencia que se suscribió una *“liquidación parcial”* en la cual el contratista Consorcio Urbanizar 2009, recibió el anticipo por valor de DOS MIL VEINTINUEVE MILLONES CIENTO CINCUENTA Y TRES MIL SESENTA PESOS M/C (\$2.029.153,060) y del total del mismo le faltó por amortizar la suma de CIENTO DIEZ Y SIETE MILLONES SETESCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL SETESCIENTOS DOS PESOS M/C (\$117.774.702).

La mencionada suma no es condonable por parte de una entidad pública al contratista. El hecho de no citarse en el acta de liquidación el anticipo pendiente, no debe entender que se ha perdonado, condonado o borrado.

2.2. LIQUIDACION PARCIAL:

Con ocasión de la cesión del contrato de obra No. CDT0176-08, en la cual el Consorcio Urbanizar 2009, identificado con el NIT 900256074-9, integrado por las Constructoras Monserrate Limitada y Vanegas y Garzón Limitada, cada uno con un porcentaje de participación del 50%, el cual se conformó mediante documento privado del 10 de octubre de 2008 en su calidad de CEDENTE, cede el contrato a la firma MSB Solutions SA, en su calidad de CESIONARIO y para el efecto suscriben el acta de liquidación parcial con fecha 16 de julio de 2010.

En dicha acta parcial de liquidación queda consignado en el numeral segundo el siguiente texto:

“METROVIVIENDA manifiesta que suscribe la presente acta con salvedades y se reserva el derecho de reclamar indemnización de perjuicios por los siguientes ítems:

Valores aproximados:

1. *Mayor permanencia en la obra por parte de la interventoría: \$650.000.000.*
2. *Mayores costos administrativos de METROVIVIENDA durante la ejecución de las obras: \$110.000.000.*

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

3. Obras mal ejecutadas: \$1.700.000.000.
4. Retrasos en la comercialización de las manzanas para la ejecución de programas de vivienda de interés social: \$2.500.000.000.
5. Cancelación impuesto predial de los terrenos que hacen parte de la Avenida Caracas cuyo retraso en la ejecución de las obras ha impedido su entrega al IDU : \$1.200.000 “

La auditoría considera que los valores aquí plasmados corresponden a reclamaciones por indemnización de perjuicios causados por el Contratista Urbanizar 2009 y que ascienden a la suma de CUATRO MIL NOVECIENTOS SESENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS (\$4.961.200.000), cifra esta que ha sido estimada por la misma administración de METROVIVIENDA.

De otra parte, la liquidación de los contratos conforme al artículo 60 de la Ley 80 de 1993, se refiere, es una única liquidación. Para este caso, se evidencia que este contrato tiene dos (2) actas de liquidación, así: 1) Acta de liquidación parcial del contrato de obra No. CDTO-176-08 del 16 de julio de 2010 y 2) Acta de liquidación del Contrato de obra CDTO-176-08 del 16 de mayo de 2011; se evidencia una contradicción a lo normado por la Ley 80 de 1993.

Es de señalar que Metrovivienda según oficio con radicado S-2012-002265 de fecha 09/11/2012, ha iniciado el trámite de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría General de la Nación para dirimir conflictos derivados del contrato CDTO-176-08 con el Consorcio Urbanizar, señalando en las pretensiones las siguientes:

- “1. Que se declare la NULIDAD del acta de liquidación final del contrato CDT0176-08 de fecha 16 de mayo de 2011 y como consecuencia se decrete la nulidad del acta parcial del 16 de julio de 2010 del mismo contrato.
2. Que se declare que existe un saldo a favor de Metrovivienda por concepto de anticipo no autorizado y como consecuencia de la anterior declaración, se ordene a los señores CONSTRUCTORA MONSERRATE LTDA y VANEGAS Y GARZÓN LTDA, miembros del Consorcio Urbanizar 2009 a efectuar la devolución de \$117.774.702, adeudados a Metrovivienda, lo cuales deber ser indexados o actualizados al momento de la sentencia.”

Se desprende entonces, que para Metrovivienda existen debilidades de carácter jurídico que conllevan a la entidad a solicitar la nulidad de las actas mencionadas; a esta auditoría, le llama la atención que Metrovivienda solicite ante el Ministerio Público la Nulidad de las actas, arriba mencionadas, cuando el artículo 19 de la Ley 640 de 2001, define que en la Conciliación Extrajudicial: “...Se podrán conciliar todas las materias que sean susceptibles de transacción desistimiento y conciliación, ante los conciliadores de centros de conciliación, ante los servidores públicos facultados para conciliar a los que se refiere la presente ley y ante los notarios”. Por esto, no se entiende como se solicita por Metrovivienda la **Nulidad** de estos actos administrativos, cuando el ente

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

competente es el órgano Jurisdiccional en lo Contencioso Administrativo, conforme a la Ley 1437 de 2011.

2.3. AMIGABLE COMPOSICION

En desarrollo del acta de visita fiscal No. 1 de 29 de octubre de 2012, se colocó a disposición de la Contraloría un total de tres (3) carpetas contentivas del proceso de amigable composición con un total de cuatrocientos noventa y siete (497) folios.

El contrato CDTO-176-08 señala en la cláusula *“DECIMA OCTAVA SOLUCION DIRECTA DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES: Las partes en aras de solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la ejecución del contrato, acudirán a los mecanismos de solución previstos en la Ley, tales como la conciliación, amigable composición y transacción.”*

Se observa que el texto de la cláusula decimo octava queda en términos generales y no particulariza la norma o normas para aplicar.

El artículo 68 de la Ley 80 de 1998, respecto a la utilización de mecanismos de solución directa de las controversias contractuales establece que *“Las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. Para tal efecto, al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en esta ley y a la conciliación, amigable composición y transacción.”*

En el artículo 130 de la Ley 446 de julio 7 de 1998, establece: *“DEFINICION. La amigable composición es un mecanismo de solución de conflictos, por medio del cual dos o más particulares delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de precisar, con fuerza vinculante para ellas, el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular. El amigable componedor podrá ser singular o plural.”* Subrayado fuera del texto; esta misma definición se reitera en el artículo 223 del Decreto 1818 de septiembre 7 de 1998.

De igual manera, el Concejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Magistrado Ponente Enrique José Arboleda Perdomo con fecha 13 de agosto de 2009, Radicado No. 1952 11001-03-06-000-2009-00033-00 “El contrato de concesión de servicio público. Modificaciones. La amigable Composición. Contrato de Concesión del Aeropuerto El Dorado”, ha manifestado lo siguiente:

“En consecuencia, la normas vigentes para 1994 establecían que las partes de una relación jurídica sustancial susceptible de transacción, estaban facultadas para acudir a la amigable composición, incluidas las entidades públicas, no sólo porque el legislador no distinguía la calidad

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

de las partes, sino porque así lo autorizaba la ley 80 de 1993.

Ello fue así hasta que entró en vigencia la ley 446 de 1998, el 8 de julio de 1998, pues derogó los artículos 47 a 54 del decreto 2279 de 1989 y el artículo 116 de la ley 23 de 1991, momento a partir del cual el mecanismo alternativo de solución de conflictos denominado amigable composición está regido por la ley 446.

Como se aprecia en el artículo 130 transcrito al comienzo de este capítulo, la celebración de un contrato o el pacto de una cláusula convencional que contenga la amigable composición, sólo es posible para los particulares, locución que en derecho colombiano excluye a las entidades estatales. Esta constatación tiene como consecuencia que el artículo 68 de la ley 80 de 1993 en tanto permitía que este tipo de entidades acudiera a tal institución se encuentra derogado parcialmente.

La Sala considera que la facultad que tienen las entidades estatales de transigir no es suficiente para permitirles acudir a la amigable composición, no sólo porque éste es un mecanismo de solución de conflictos autónomo, sino porque las competencias en el derecho público deben ser expresas, con mayor razón cuando está de por medio la defensa del interés y el patrimonio público envuelto en los conflictos que se generan con la contratación estatal.

A manera de discusión podría afirmarse que no se presenta tal derogatoria en virtud de la especialidad de la ley 80 de 1993, la cual es el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, la que primaría sobre la ley 446 de 1998. Sin embargo, ésta última es también especial en su materia, pues regula los mecanismos alternativos de solución de conflictos, y en particular el título III está dedicado a la amigable composición. Ante la especialidad de ambas normas, debe aplicarse la posterior, y por tanto la anterior debe entenderse derogada en cuanto a ese específico mecanismo. Subrayados por fuera del texto.

En el presente concepto el honorable Consejo de Estado, concluye “Para la sala es claro que no es posible acordar la amigable composición para solucionar conflictos en los que una entidad estatal sea parte”.

Respecto a la decisión de la “AMIGABLE COMPOSICION CONVOCADA POR CONSORCIO URBANIZAR 2009 (INTEGRADO POR VANEGAS Y GARZON S.A. Y CONSTRUCTORA MONSERRATE LTDA), PARA RESOLVER SUS DIFERENCIAS CON METROVIVIENDA”, es su Título III DECISION a la letra dice:

PRIMERO: Declarar la **FALTA DE COMPETENCIA** del Tribunal de Amigable Composición, por efectos de cosa juzgada, frente a la pretensión formulada en el numeral 21 del punto 1.1 de la Pretensión Primera, referida a 21 Costo de oportunidad perdida, por supresión de ítems rentables de la Convocatoria realizada por el CONSORCIO URBANIZAR 2009, por las razones expuestas en esta decisión.

SEGUNDO: DENEGAR las demás pretensiones formuladas por el Consorcio Urbanizar 2009 en su escrito de Convocatoria a esta amigable composición, por las razones establecidas en la presente decisión.

TERCERO: Declarar NO PROBADAS las EXCEPCIONES propuestas por METROVIVIENDA.

CUARTO: Declarar la **FALTA DE COMPETENCIA** por efecto de cosa juzgada frente a las pretensión (sic) formuladas en los numerales 2.1., “Perjuicios para la entidad por el no cumplimiento en la entrega de la obra en la fecha establecida, 2.1.2.- Daño emergente; 2.4 Perjuicios a Metrovivienda ocasionados por la reparación de las obras mal ejecutadas por parte del Consorcio Urbanizar 2009; 3.1. “Daños a terceros, al patrimonio público, 3.1.1 Reparación del camino del indio 4. “Costos administrativos no causados”, de la Pretensión Segunda, del escrito de “Reconvención” presentado por METROVIVIENDA, por las razones expuestas en esta decisión”

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

QUINTO: DECLARAR el incumplimiento del contrato CDTO 176-08 por parte del CONSORCIO URBANIZAR 2009 y, en consecuencia, que prospera la pretensión primera de la “Demanda de reconversión” de METROVIVIENDA.

SEXTO: DENEGAR las demás pretensiones formuladas por METROVIVIENDA en su escrito denominado “demanda de reconvención” presentado en esta convocatoria por las razones establecidas en la siguiente decisión.

SEPTIMO: Declarar NO PROBADAS las excepciones propuestas por el Consorcio urbanizar 2009, por las razones expuestas en el cuerpo de esta decisión.

OCTAVO: Por Secretaria notifíquese a los apoderados de las partes y al Ministerio Público”

Teniendo en cuenta lo anterior y precisando que la naturaleza jurídica de Metrovivienda se identifica como una Empresa Industrial y Comercial del Distrito Capital, con un patrimonio público del 100% en cabeza del Distrito Capital, y de acuerdo a lo expresado en la normatividad referida; con lo relacionado a **la amigable composición** realizada entre Metrovivienda y el Consorcio Urbanizar 2009, ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, estaría viciada de ilegalidad, toda vez que la norma que regula los mecanismos de solución de conflictos claramente establece la exclusión de las entidades estatales para acogerse a la figura jurídica de la amigable composición y, por lo tanto, todo lo actuado y fallado de manera particular en las pretensiones de Metrovivienda no tendrían validez presuntamente a la luz de las normas expuestas.

2.4. HALLAZGO ADMINISTRATIVO CON PRESUNTA INCIDENCIA DISCIPLINARIA Y FISCAL.

Sea lo primero decir que el artículo 3 de la Ley 610 de 2000 define la gestión fiscal en los siguientes términos: “...*Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales*”

En ese orden de ideas, la Contraloría de Bogotá D. C., en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, estima que se ha configurado un presunto daño al patrimonio público por valor de DOSCIENTOS TREINTA Y SEIS MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL CIENTO SETENTA PESOS M/C (\$236.456.170) discriminado de la siguiente manera:

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

**CUADRO 1
RESUMEN VALORES PRESUNTO HALLAZGO**

CONCEPTO		Cifras en pesos VALOR \$
PAGO HONORARIOS OFICIO S-2011-002554 DE 21/11/11	Honorarios dictamen pericial (Decisión No. 12)	40.532.565
PAGO HONORARIOS OFICIO I-2011-001281	Honorarios amigables componedores (Decisión No. 7)	35.190.041
VALOR POR COBRAR URBANIZAR 2009 (16/07/2010)	Valor anticipo no reconocido por Urbanizar 2009	117.774.702
MULTA DEJADA DE COBRAR	Resolución 093 de 09/09/09	42.958.862
TOTAL		236.456.170

Fuente; Información suministrada por Metrovivienda.

El citado Hallazgo Administrativo con presunta incidencia disciplinaria y fiscal cuenta con los siguientes componentes:

2.4.1. Valores cancelados por gastos con motivo de la Amigable Composición.

Según lo expuesto en el presente informe y con base en lo normado en la Ley 446 de 1998, y teniendo en cuenta el carácter público de Metrovivienda, el recurrir a una amigable composición le generó a Metrovivienda una serie de gastos para adelantar dichas gestiones:

**CUADRO 2
PAGOS CONCEPTO TRIBUNAL ARBITRAMENTO**

CONCEPTO		Cifras en pesos VALOR \$
PAGO HONORARIOS OFICIO S-2011-002554 DE 21/11/11	Honorarios dictamen pericial (Decisión No. 12)	40.532.565
PAGO HONORARIOS OFICIO I-2011-001281	Honorarios amigables componedores (Decisión No. 7)	35.190.041
TOTAL		75.722.606

Fuente: Oficio S-2011-002554 DE 21/11/11 y OFICIO I-2011-001281 de Metrovivienda.

De acuerdo con lo presentado en el cuadro precedente, se canceló por parte de Metrovivienda por concepto de honorarios de dictamen pericial un valor de CUARENTA MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y DOS MIL QUINIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS M/C (\$40.532.565), así como el pago por valor de TREINTA Y CINCO MILLONES CIENTO NOVENTA MIL CUARENTA Y UN PESOS M/C (\$35.190.041) por concepto de los honorarios a los amigables componedores. Se registra un presunto daño al patrimonio público por valor de

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

SETENTA Y CINCO MILLONES SETESCIENTOS VEINTIDOS MIL SEISCIENTOS SEIS PESOS M/C. (\$75.722.606).

2.4.2. Saldo pendiente anticipo.

Como se ha mencionado, en desarrollo del contrato CDTO-176-08, el Consorcio Urbanizar recibió por concepto de anticipo un 30% del valor del contrato equivalente a la suma de DOS MIL VEINTINUEVE MILLONES CIENTO CINCUENTA Y TRES MIL SESENTA PESOS M/C (\$2.029.153.060).

CUADRO 3 SALDO ANTICIPO

CONCEPTO		Cifras en pesos VALOR \$
VALOR POR COBRAR URBANIZAR 2009 (16/07/2010)	Valor anticipo no reconocido por Urbanizar	117.774.702
TOTAL		117.774.702

Fuente: Oficio Metrovivienda S-2012-002265 de fecha 09/11/2012

El anticipo lo descuenta Metrovivienda a partir de las actas de recibo de obra, quedando un saldo por amortizar de CIENTO DIEZ Y SIETE MILLONES SETESCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL SETESCIENTOS DOS PESOS M/C (\$117.774.702).

Teniendo en cuenta que el anticipo son recursos públicos entregados en calidad de préstamo, para ser ejecutados por el contratista, aparte de generar rendimientos, dineros que deben ser reintegrados a Metrovivienda, y ante la negativa de el Contratista de proceder a la devolución del valor cuestionado, se ratifica la tesis de identificar un hallazgo de carácter fiscal.

Para concretar lo citado, y de acuerdo con lo manifestado en el acta No. 5 del Comité de Conciliación de Metrovivienda celebrado el día 22 de octubre de 2012 se consigno en el aparte “ANALISIS JURIDICO” el siguiente texto que para mayor ilustración se transcribe: *“Ante la reiterada negativa del contratista del Consorcio Urbanizar de efectuar la devolución de los recursos entregados en calidad de anticipo aun adeudados a Metrovivienda, se pueden asumir dos vías jurídicas fundamentales, las cuales no son excluyentes y, por lo tanto, se podrá ejercer de manera simultánea. Estas vías jurídicas son: 1. El inicio de una acción contractual, basada en el C (sic). 2. Una acción penal por un presunto o posible peculado, puesto que el contratista realizo la administración de recursos públicos. En dicho sentido Metrovivienda, en caso de prosperar la acción deberá hacerse parte en el proceso penal en calidad de víctima y de tal manera procurar el reintegro de los recursos por parte del Contratista...”*

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

Teniendo en cuenta que en dicho comité de Metrovivienda supone un presunto peculado, corresponde la intervención de la Fiscalía General de la Nación para lo de su competencia.

El artículo 118, de la **Ley** 1474 Julio 12 de 2011 establece: *“Determinación de la culpabilidad en los procesos de responsabilidad fiscal. El grado de culpabilidad para establecer la existencia de responsabilidad fiscal será el dolo o la culpa grave. Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con dolo cuando por los mismos hechos haya sido condenado penalmente o sancionado disciplinariamente por la comisión de un delito o una falta disciplinaria imputados a ese título.”*

2.4.3. Multa Resolución 093 de 09/09/09

La imposición de la multa soportada en la Resolución 093 de 09/09/09 *“Por la cual se declara el incumplimiento parcial del contrato No. CDTO-176-08 y se impone una multa”* se realizó por la suma de CUARENTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y DOS PESOS M/C (\$42.958.862)

**CUADRO 4
MULTA RESOLUCIÓN 093 DE 09/09/09**

		Cifras en pesos
CONCEPTO		VALOR \$
MULTA DEJADA DE COBRAR	Resolución 093 de 09/09/09	42.958.862
TOTAL		42.958.862

Fuente: Resolución 093 de 09/09/09 Metrovivienda.

En los considerandos se hace referencia de manera reiterativa el atraso así:

“Que mediante comunicación del 13 de abril de 2009 nuevamente manifestó la interventoría al contratista la existencia de un atraso general del 5.132%... “

“Que mediante comunicación del 15 de mayo de 2009 la Dirección Técnica de Obras supervisora (sic) en METROVIVIENDA del contrato señaló que con corte al 1 de mayo de 2009 las actividades de obra deberían tener un avance del 12.04% según la programación presentada por el contratista aceptada por la Interventoría, sin embargo el avance ejecutado solo fue de 3.57% lo que significa un atraso de 8.47%”

“Que teniendo en cuenta de una parte que se ha evidenciado incumplimiento reiterado del contratista ante el retraso en la ejecución de las obras contratadas; y que de otra, no encontrando que las explicaciones dadas por el contratista constituyen causales exonerativas de responsabilidad, se declara el incumplimiento parcial del contrato y en consecuencia se impondrá la respectiva multa”

Con oficio S-2012-002322 de 16/11/2012 Metrovivienda manifiesta que: *“Respecto al Acto Administrativo en el cual se impone una multa a dicho Consorcio, luego divisados (sic) los archivos se encontró que no ha sido contestado el recurso de reposición interpuesto por la firma, en tal sentido se está preparando respuesta del mismo por exigencia del Código Contencioso*

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

Administrativo. Dentro de la contestación del recurso se aclara la obligatoriedad de imponer una multa o de desistir de la misma ante el cumplimiento del contrato y su objeto dentro del mismo.”

Se observa que luego de transcurridos MIL CIENTO SESENTA Y CUATRO (1.164) días, comprendidos entre la fecha de imposición de la multa y la respuesta referida de Metrovivienda, no se evidencia gestión por parte de la administración en procura, no solo de resolver los recursos interpuestos por el contratista sino por cobrar el dinero adeudado; también, se configura una conducta disciplinable toda vez que ha faltado diligencia y oportunidad para respetar el derecho al debido proceso, en cuanto al cumplimiento de términos, que acompañan al contratista, conforme al artículo 29 de la Constitución Política.

La imposición de la multa se motiva entre otras razones por el incumplimiento del contratista, sin embargo, al no hacerse efectiva las pólizas se estaría al frente de lo normado en el literal d) artículo 118 de la Ley **1474 Julio 12 de 2011 establece:** *“Cuando se haya incumplido la obligación de asegurar los bienes de la entidad o la de hacer exigibles las pólizas o garantías frente al acaecimiento de los siniestros o el incumplimiento de los contratos”* Es decir, se presume una responsabilidad por parte de Metrovivienda.

El artículo 6 de la Constitución Política y en concordancia con el artículo 27, de la Ley 734 de febrero 05 de 2002, por la cual se expide el Código Disciplinario Único señala; *“Acción y omisión. Las faltas disciplinarias se realizan por acción u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, o con ocasión de ellos, o por extralimitación de sus funciones. Cuando se tiene el deber jurídico de impedir un resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo.”* Subrayado por fuera del texto.

3. CONCLUSIONES

Una vez analizadas las respuestas suministradas a este ente de control mediante oficio con radicación S-2012-002495 de fecha 2012-12-11, conforme al hallazgo administrativo con presunta incidencia disciplinaria y fiscal se tiene como resultado lo siguiente:

1 - De acuerdo al análisis de la información del contrato CDTO 176-08 suscrito por Metrovivienda se evidencian deficiencias de tipo administrativo, detectadas en el informe preliminar, que se ratifican, y que tienen que ver con el acta parcial de liquidación suscrita dentro del proceso de cesión del Contrato, la cual no incluyó la totalidad de responsabilidades del cedente, que no fueron asumidas por el cesionario, situación permitida por Metrovivienda.

2 - La Contraloría de Bogotá, observa irregularidades de Metrovivienda al incumplir el texto del artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que es claro al no incluir a las entidades estatales como habilitadas para acceder al mecanismo de solución de conflictos denominado amigable composición, y se incurrió en gastos por este concepto por valor de SETENTA Y CINCO MILLONES SETESCIENTOS VEINTIDOS MIL SEISCIENTOS SEIS PESOS M/C (\$75.722.606).

3 - Existe un saldo por amortizar del anticipo por valor de CIENTO DIEZ Y SIETE MILLONES SETESCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL SETESCIENTOS DOS PESOS M/C (\$117.774.702), por parte del CEDENTE a favor de Metrovivienda, que no fue incluido en el acta parcial de liquidación y sobre las que no se evidencia el inicio de acción alguna en procura de su recuperación. Este valor se obtiene de la diferencia entre el anticipo entregado y el subtotal de amortizaciones a 31 de diciembre de 2011.

4 - No se ha cobrado una multa por valor de CUARENTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y DOS PESOS M/C (\$42.958.862).

5 - Se configura un hallazgo administrativo con presunta incidencia fiscal por valor de DOSCIENTOS TREINTA Y SEIS MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL CIENTO SETENTA PESOS M/C (\$236.456.170).

6 - La interventoría en varias oportunidades observó y comunicó a Metrovivienda que en el contrato de obra CDTO176-08, suscrito con el consorcio urbanizar 2009, presentaba atrasos en las obras, razón por la cual sugirió a Metrovivienda, aplicar

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

multa por incumplimiento al contratista, expidiéndose la Resolución No. 093 del 09 septiembre de 2009; a la fecha Metrovivienda no ha resuelto el recurso de reposición interpuesto por el contratista, desde Octubre de 2009. Esto es conforme al oficio dirigido al equipo auditor, radicado de Metrovivienda S-2012-002322 del 2012-11-16.

7 - Con relación al proceso de amigable composición a que ha hecho referencia el presente informe, la jurisprudencia no mantiene una unidad de criterio por las circunstancias de tiempo, modo y lugar y para que esta se tome como un precedente jurisprudencial es necesario que por lo mínimo se tengan tres pronunciamientos en el mismo sentido.

El presunto hallazgo **se mantiene** y se sustenta en la respuesta de la Cámara de Comercio en la cual desarrolla en varios puntos explicando que no son la entidad idónea y que no está clara la pretensión, por lo que existe una posible omisión o falta de cuidado para administrar los recursos de la entidad al someter a consideración de una entidad la cual no es la competente y erogar unos gastos que no tuvieron ningún resultado positivo o por lo menos coadyuvante dentro del proceso, por lo que dio lugar a un menoscabo de los recursos .

8 - Para los casos anteriormente citados, este ente de control efectuará los respectivos traslados a las instancias competentes, para poner en conocimiento dichas anomalías.

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

4. ANEXOS

ANEXO 4.1. HALLAZGOS DETECTADOS Y COMUNICADOS

TIPO DE HALLAZGO	CANTIDAD	VALOR	REFERENCIACION
ADMINISTRATIVOS	1	NA	2.4
FISCALES	1	\$236.456.170	2.4
DISCIPLINARIOS	1	NA	2.4
PENALES	-	NA	-

NA: No aplica.