

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

INFORME FINAL VISITA FISCAL

DIRECCIÓN SECTOR MOVILIDAD

UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y
MANTENIMIENTO VIAL - UMV

VIGENCIA: 2013

Elaboró:
JORGE LAVERDE ENCISO
JUAN PABLO CANTE SORIANO

Aprobó: JULIAN DARIO HENAO CARDONA Director Sectorial

Febrero 25 de 2014

TABLA DE CONTENIDO

1. CARTA DE CONCLUSIONES
2. RESULTADOS OBTENIDOS.

1. CARTA DE CONCLUSIONES

Doctora

MARIA GILMA GOMEZ SANCHEZ

Representante legal

Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial

Ciudad

Asunto: Carta de Conclusiones

La Contraloría de Bogotá, con fundamento en los artículos 267 y 272 de la Constitución Política y el Decreto 1421 de 1993, practicó visita fiscal a la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial vigencia 2013, a través de la evaluación de los principios de economía, eficiencia y eficacia con que administró los recursos puestos a su disposición y los resultados de su gestión en el área actividad o proceso examinado.

Es responsabilidad de la administración el contenido de la información suministrada por la entidad y analizada por la Contraloría de Bogotá D.C. La responsabilidad de la Contraloría consiste en producir un Informe de visita fiscal que contenga el concepto sobre el examen practicado.

La evaluación se llevó a cabo de acuerdo con normas de auditoría generalmente aceptadas, con políticas y procedimientos de auditoría establecidos por la Contraloría, consecuentes con las de general aceptación; por lo tanto, requirió acorde con ellas, de planeación y ejecución del trabajo de manera que el examen proporcione una base razonable para fundamentar nuestro concepto.

La auditoría incluyó el examen, sobre la base de pruebas selectivas, de las evidencias y documentos que soportan la actividad auditada y el cumplimiento de las disposiciones legales; los estudios y análisis se encuentran debidamente documentados en papeles de trabajo, los cuales reposan en los archivos de la Contraloría de Bogotá D.C.

CONCEPTO SOBRE EL ANÁLISIS EFECTUADO

La Contraloría de Bogotá D.C. como resultado de la auditoría adelantada, conceptúa que la gestión en la actividad o asunto auditado, no cumple con los principios evaluados de eficiencia, eficacia y economía.

Se procedió a realizar evaluación al proceso precontractual y contractual que conllevo a la firma de contrato de ciencia y tecnología No. 638 de 2013 realizado el día 27 de diciembre de 2013, por un valor de \$11.822.552.148 (incluido IVA) con la firma Green Patcher Colombia SAS, con un plazo de ejecución de seis (6) meses y/o hasta agotar presupuesto oficial.

En el momento de la evaluación al mencionado contrato el mismo no contaba con ningún tipo erogaciones tales como, anticipos o desembolsos, debido a que a la fecha no existe acta de inicio, toda vez que no se han expedido las pólizas que permitan dar inicio a la ejecución del contrato.

PLAN DE MEJORAMIENTO

La Entidad debe ajustar el plan de mejoramiento que se encuentra ejecutando, con acciones y metas que permitan solucionar las deficiencias comunicadas durante el proceso auditor y que se describen en el informe. El Plan de Mejoramiento ajustado debe ser entregado dentro de los términos establecidos por la Contraloría de Bogotá D.C.

Dicho plan de mejoramiento debe contener las acciones y metas que se implementarán por parte de la Entidad, las cuales deberán responder a cada una de las debilidades detectadas y comunicadas por el equipo auditor, el cronograma para su implementación y los responsables de su desarrollo.

Atentamente,



JULIAN DARIO HENAO CARDONA
Director Técnico Sectorial Movilidad

2. RESULTADOS OBTENIDOS.

Como resultado de la evaluación realizada al proceso de contratación que condujo a la firma de contrato de ciencia y tecnología 638 de 2013, el grupo auditor delegado para adelantar esta visita fiscal encontró que se presentó una observación con presunta incidencia disciplinaria y penal, el cual se desarrolla a continuación:

2.1. Hallazgo administrativo con presunta incidencia disciplinaria y penal, toda vez que la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial procedió a realizar una contratación directa a un contrato de obra aduciendo que se trataba de un contrato de ciencia y tecnología, así mismo el contratista presentó unos precios superior del m³ de mezcla aplicada con respecto a los valores reportados por la UMV para trabajos de parcheo.

En primer lugar, en relación a la normatividad aplicable a los contratos estatales, tal y como lo dispone el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, los contratos que celebren las entidades estatales “se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley”. Por lo tanto, los contratos estatales se regirán por el Código de Comercio y el Código Civil salvo lo particularmente regulado por la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios vigentes.

Del mismo modo, el Código Civil en el artículo 1501 regula los elementos esenciales, naturales y accidentales de los contratos, señalando:

*“Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. **Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente**; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales”* (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Así mismo, el inciso primero del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 dispone:

“Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza”.

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

A su vez, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 dota de disciplina jurídica específica al contrato de obra de la siguiente forma:

“Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago”.

De conformidad con lo anterior, es elemento esencial constitutivo de todo contrato de obra pública la construcción, mantenimiento, instalación y/o la realización de cualquier trabajo material sobre bienes inmuebles, es decir, es de la esencia la elaboración o realización de un bien determinado, de manera tal que el contratista se obliga frente a la entidad contratante a elaborar dicho bien con las características que se hayan establecido en el contrato, y este último se obliga a pagar la retribución pactada a favor del contratista, independientemente de la modalidad de ejecución y pago.

Así, para efectos que un acuerdo de voluntades se constituya realmente en un contrato de obra, es requisito sine qua non que la declaración de voluntad emitida por las partes comprenda el elemento esencial de materializar o realizar un trabajo material, ya sea de construcción, mantenimiento o instalación a cargo del contratista, de tal forma que la responsabilidad de este último consista en el cumplimiento de la entrega de una obra ejecutada o terminada como producto final.

Además, en virtud de la celebración de un contrato de obra, el contratista asume la obligación principal y específica de elaborar, construir o ejecutar la obra convenida en su integridad, según las especificaciones que se hubieran establecido en el contrato. En efecto, la obra es un bien creado por la actividad o labor desempeñada por el contratista, la cual constituye la causa de contratación en aras de satisfacer la necesidad de construir, reparar o instalar el bien pretendido por la administración. En consecuencia, la responsabilidad del contratista gravita en la entrega final y completa de un trabajo material u obra pretendida por la entidad contratante, contrario sensu, si el contrato no tiene por objeto la ejecución de una obra o trabajo material, estaríamos analizando una modalidad contractual distinta de la regulada en el numeral 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

En el caso en concreto, el mal nominado contrato de ciencia y tecnología No. 638 de 2013 es sustancialmente un contrato de obra, toda vez que cumple con los elementos esenciales anteriormente descritos que cuenta con nominación y tipicidad legal en la pluricitada ley por las siguientes razones:

A. En la propuesta presentada por la empresa Green Patcher se estableció:

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

- “
1. *Tipo de Obra Pública:* *Contrato de Obra Pública a Precios Unitarios y Tiempo Determinado para la prestación de servicios de mantenimiento y reparcho de calles, avenidas, carreteras de la ciudad de Bogotá, D.C.....*
 2. *Volumen de Obra.* *Aplicación de 15.684 metros cúbicos de mezcla asfáltica en frío aplicada por presión neumática en las calles y avenidas, principales, secundarias y terciarias de la Municipalidad de Bogotá, D.C.*
 3. *Precio Unitario por Metro Cubico:* *Seiscientos Cuarenta y Nueve Mil Ochocientos Veinticuatro Pesos (\$649,824) por metro cubico... “*

Como se puede observar, es responsabilidad del contratista realizar actividades para la prestación de servicios de mantenimiento y reparcho de calles, avenidas, carreteras de la ciudad de Bogotá, D.C, responsabilidad esta que quedó constituida en la minuta del contrato cuando en la cláusula primera “.. APLICAR LA TECNOLOGIA DE PARCHEO POR INYECCION A PRESION NEUMATICA PARA ACCIONES DE MOVILIDAD EN LA MALLA VIAL DE LA CIUDAD DE BOGOTA D.C.”, de conformidad con los estudios previos y la propuesta presentada, documentos que forman parte integral del presente contrato...”. (Subrayado fuera de texto).

Complemento de lo anterior se observa en los “ESTUDIOS PREVIOS CONTRATACIÓN DIRECTA” que en el numeral “2.1.1 Especificaciones técnicas aplicables. Realizar parcheo por inyección a presión neumática..” (Subrayado fuera de texto), actividad esta que corresponde a un contrato de obra.

Conforme a lo anterior, el mismo objeto es claro y evidente al determinar que la responsabilidad de ejecutar las actividades materiales de mantenimiento es del contratista.

- B. En los “ESTUDIOS PREVIOS CONTRATACIÓN DIRECTA” en el numeral 6, artículo 2 del Acuerdo 11 de 2010, expedido por el Consejo Directivo de la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, se establece “6. Fomentar la investigación científica y tecnológica en materia de mantenimiento y rehabilitación de malla vial”, entendiéndose como Investigación científica el nombre general que recibe, el largo y complejo proceso en el cual, los avances científicos son el resultado de

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

la aplicación del método científico para resolver problemas o tratar de explicar determinadas observaciones. Existe también la investigación tecnológica, que emplea el conocimiento científico para el desarrollo de “*tecnologías blandas o duras*”¹, definición esta que no se refleja en el objeto ni en las actividades a realizar por parte del contratista.

El Decreto 591 de 1991 en su artículo 2 define: “*Para los efectos del presente decreto entiéndase por actividades científicas y tecnológicas, las siguientes:... 5. Transferencia tecnológica que comprende la negociación, apropiación, desagregación, asimilación, adaptación y aplicación de nuevas tecnologías nacionales o extranjeras.*” (Subrayado fuera de texto), por lo tanto se debe cumplir con todas las acciones a que hace referencia el citado artículo, y que se encuentran subrayados, no obstante en la contratación del equipo que realizara las actividades de aplicación de mezcla asfáltica en frío no se cumple con todos los postulados citados.

Lo anterior se corrobora en que la maquinaria para la aplicación de la técnica de inyección para parcheo, se viene utilizando en otros países hace más de una década, por lo tanto no es ninguna tecnología nueva, a nivel mundial se pueden encontrar diferentes marcas y equipos que se convierten en alternativas viables para atender de manera eficiente la reparación de capas de rodadura en pavimentos.²

En la siguiente tabla se resume la información básica para algunos de los equipos que utilizan la técnica de inyección para parcheo/bacheo (se les denomina genéricamente como máquinas bacheadoras o unidades de bacheo) disponibles a nivel internacional:

**CUADRO 1
RELACION DE MARCAS DE EQUIPOS DE INYECCION NEUMATICA**

Marca de Equipo	País de Origen	Rendimiento
Schwarze Industries	USA	No reporta, garantiza compactación del 55%
Bergkamp, Pavement preervation solutions	USA	No reporta, incluye equipo accesorio de limpieza y compactación
Python Manufacturing	Canada	Tapa un agujero medio en 2 minutos, incluye fabricación de mezcla, extendido y compactación.

¹ <http://es.wikipedia.org/wiki/Investigaci%C3%B3n>

² Informe Actividades de Parcheo y Bacheo. Instituto de Desarrollo Urbano IDU. Agosto de 2013

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

Marca de Equipo	País de Origen	Rendimiento
Jetpatcher	UK	2.4 m3 por hora
Speedcrafts Pothole Repairing Machine	India	Area de trabajo 100m2
Crafco	USA	7 Toneladas de asfalto/hora, alcance de trabajo 118 m2. Disponibilidad en Colombia

Fuente Informe Actividades de parcheo y bacheo IDU. Agosto 2013

La tecnología de inyección no es utilizada en Colombia, sin embargo, se identifican entidades con Cámara de Comercio para la venta y distribución de equipos de inyección (ej. Grúas y Equipos SAS). Uno de los equipos objeto del análisis de mercado, no es integrado al vehículo automotor pero se adecua a manera de tráiler. Su costo en Bogotá es de US\$110.000 más impuestos de importación y toma entre 4 a 6 semanas para estar en el sitio una vez firmada orden de compra.³

- C. En los “ESTUDIOS PREVIOS CONTRATACIÓN DIRECTA” realizados el día 26 de diciembre de 2013, un (1) día antes de la firma del contrato 638 de 2013, se hace alusión a “En documento del 18 de noviembre de 2013, Green Patcher Colombia S.A.S. presenta sus servicios indicando que se trata del servicio de reparcho y mantenimiento de calles “mediante el uso único y exclusivo de la tecnología de reparación de pavimentos a través de la aplicación de mezcla asfáltica en frio inyectada por presión neumática conocida como “Velocity Patching”. Agrega el documento que la empresa Green Patcher es la licenciataria en exclusiva de los derechos de propiedad intelectual, industrial y derechos de autor.”, afirmaciones estas que carecen de legitimidad porque la técnica de inyección neumática no es de uso único y exclusivo de esta firma, porque como lo hemos mencionado anteriormente esta tecnología se viene aplicando a nivel mundial desde hace más de una década y se encuentran en el mercado diferentes marcas y equipos que realizan la actividad de inyección de mezcla asfáltica a presión neumática.

Con respecto a que poseen la licenciatura en exclusividad de los derechos de propiedad intelectual, industrial y derechos de autor, se desvirtúa en el documento presentado el día 26 de diciembre de 2013 por el abogado especialista en propiedad intelectual, Dr. Juan David Castro Garcia, en donde plasma “2. En relación con la condición de oferente único. En relación con la información que ha suministrado, hasta el día de hoy, la sociedad Green Patcher Colombia en relación con los derechos de propiedad

³ Informe Actividades de Parcheo y Bacheo. Instituto de Desarrollo Urbano IDU. Agosto de 2013

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

intelectual de los cuales dispone Velocity UK se concluye que, al no ser titular de derechos exclusivos de propiedad intelectual necesarios para proveer el servicio relativo al contrato en cuestión, no sería posible considerar a GPC como oferente único dentro del tenor del artículo 3.4.2.4.1. del decreto 734 de 2012”.

- D. Otro aspecto relevante para desvirtuar la naturaleza del contrato objeto de estudio, es la modalidad de pago regulada en el párrafo segundo, cláusula sexta de la minuta de contrato "PAGO DEL VALOR DEL CONTRATO: La UAERMV pagara al CONTRATISTA el valor de este contrato de acuerdo con la aplicación de mezcla asfáltica fría por m3 compactado. FORMA DE PAGO._Previa programación del Plan Anual de Caja (PAC), se cancelara mensualmente por periodo vencido y m3 compactado recibido a satisfacción,...", aunque nuestro sistema normativo consagra libertad contractual para acordar la modalidad de ejecución y pago en los contratos de obra; verbigracia, precios unitarios, precio global fijo, administración delegada, concesión de obra pública o llave en mano; la remuneración o contraprestación del contratista versa sobre prestaciones de mantenimiento y/o realización de un trabajo material, en este caso, párrafo citado adopta como modalidad de pago el m3 de mezcla compactada.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el Concepto 1439 del 18 de julio 2002 C.P. Maria Elena Giraldo Gómez, en relación a la modalidad de pago precios unitarios en la obra pública, señala:

“(...) En cambio por precios unitarios, es aquel contrato en el cual se pacta el valor de las diferentes unidades primarias de obra que deben realizarse, tales como el metro cúbico de remoción o movimiento de tierras, el metro cuadrado de muros, el metro lineal de instalación de tubería, etc., calculando cuánto vale la ejecución de cada una de estas y el costo directo total del contrato, será el resultado de multiplicar los precios unitarios por las cantidades de obra ejecutadas y de sumar todos los ítems necesarios para dicha ejecución”.

En virtud de lo anterior, independientemente de la libertad en la modalidad del pago en un contrato de obra pública, los precios unitarios básicos retribuyen la ejecución de unidades primarias de obra requeridas, lo cual aclara que sustancialmente la firma Green Patcher responde por obligaciones propias de un contrato de obra.

En ese orden de ideas, una vez explicados los argumentos jurídicos por los cuales la Contraloría de Bogotá D.C. considera que el contrato No. 638 de 2013 es de

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

obra, procederemos a determinar la naturaleza del mismo, toda vez que se constituye en un punto medular para nuestra presunta observación.

El Código Civil en el artículo 1618 y 1621 prescriben dos reglas de suma importancia para la interpretación de los contratos: i) La prevalencia de la intención de los contratantes sobre lo literal de las palabras ii) La interpretación de los contratos deberá sujetarse a la que mejor cuadre con la naturaleza del contrato. En consecuencia, para determinar la naturaleza material y no formal del contrato No.638 de 2013, es necesario analizar los elementos esenciales del mismo, a fin de precisar los verdaderos efectos vinculantes del contenido de sus obligaciones y sus consecuencias jurídicas.

Ahora bien, si el elemento esencial es la prestación de servicios de mantenimiento y reparcho de calles, de la ciudad de Bogotá D.C. mediante la utilización del método aplicación de mezcla en frío por inyección a presión neumática, y tal como lo establece el artículo 109 del Acuerdo 257 de 2006, el objeto de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL – UMV es programar y ejecutar las obras necesarias para garantizar rehabilitación y el mantenimiento periódico de la malla vial del Distrito Capital, por consiguiente, el contrato No. 638 de 2013 es un contrato de obra para desarrollar actividades relacionadas con el funcionamiento de la entidad contratante, el cual cuenta con nominación y tipicidad legal autónoma en el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

En síntesis, para la Contraloría Distrital el contrato No. 638 de 2013 material o sustancialmente es un contrato de obra cuyo objeto, alcance, régimen obligacional y actividades ejecutadas por el contratista, se adecuan a la definición legal prevista en el numeral 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

En lo concerniente al precio estimado en la página 4 del *“CONCEPTO SOBRE CONTRATACION POR CIENCIA Y TECNOLOGIA”*, emitido por el abogado Ernesto Matallana Camacho el día 26 de diciembre de 2013, hace referencia a *“Este tipo de intervención tiene un costo aproximado por metro cuadrado de \$72.528 para la UAERMV y de \$91.711 para el IDU, esto es un costo aproximado por metro cubico de \$964.622 para la UAERMV y \$1.192.243 para el IDU”*, cifras estas que entraremos a continuación a desvirtuar.

En este punto es conveniente aclarar que las actividades que realizara la firma Green Patcher Colombia SAS consiste en parcheo, tal como quedó establecido en la propuesta presentada por esta firma y en los estudios previos, así mismo la definición que se hace en la sección 571-13 de la especificación técnica de parcheo mecanizado, documento expedido por el IDU mediante Resolución No. 3243 de diciembre 18 de 2013, que especifica *“Describir el proceso de reparación de pequeñas áreas fracturadas de las carpetas asfálticas (parcheo), empleando equipos, maquinas bacheadoras/parcheadoras o unidades de parcheo. La reparación de la carpeta asfáltica se realiza usando mezclas*

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

asfálticas en frío o en caliente.”, en este documento también se especifica que esta actividad corresponde únicamente a las intervenciones superficiales que buscan garantizar la movilidad. Corroborando la anterior en los estudios previos se indica que cuando se realice bacheo el contratista cobrara el m3 de mezcla asfáltica en baches intervenidos “OBLIGACIONES ESPECIFICAS....17. Indicar en el reporte los m3 compactados sobre huecos que requieran intervenciones adicionales a la reparación de la carpeta asfáltica (Intervención o reparación de la base o subbase).”.

Por lo anterior se realizó el comparativo de los precios que estableció la UAERMV y el IDU para actividades de parcheo, que son las que realizara el contratista, encontrando lo siguiente:

**CUADRO 2
PRECIOS COMPARATIVOS M3 DE PARCHEO**

Entidad	Actividad	Unidad	Precio M3 Parcheo	Concepto Matallana Abogados
IDU	Parcheo en pavimento flexible m3 con MDC-2	M3	\$671.414,60 Valor Total	\$1.192.243
UAERMV	Mezcla Asfáltica MDC-2 (Incluye suministro, transporte, extendida mecánica y compactación.)	M3	\$491.331,00 Valor Total Costo Directo	\$964.622

Fuente: Acta de visita fiscal contrato 638 de 2013. Visor Precios Unitarios-Enero 2014 IDU

Si comparamos los precios observados en la matriz anterior, con los reportados por el contratista en la propuesta que corresponden a \$743.795 por m3, se evidencia que esta cifra se encuentra por encima de los cálculos técnicos realizados por las entidades del Distrito antes mencionadas, no obstante a pesar de que el estudio SHRP-H-385 “Innovative Materials Development and Testing. VVolume 2:Pothole Repair” es más económico el parcheo mediante el método de inyección. De lo expuesto se concluye que una vez se realice el primer pago al contratista por la aplicación del m3 de mezclas asfálticas en frío por inyección neumática se podría ocasionar un detrimento al patrimonio del Distrito Capital.

De otra parte, se observó una total improvisación y deficiente planeación, en razón a que en los “ESTUDIOS PREVIOS CONTRATACION DIRECTA” se acepta el concepto emitido por el ingeniero civil especialista en vías, que realizó el día 31 de octubre observación de las pruebas de aplicación de mezcla asfáltica en frío por inyección neumática en el batallón de artillería General Francisco Landazabal Reyes, sin haber seguido un proceso científico y/o tecnológico. Igualmente no se realizó ninguna medición ni previa ni posterior de volúmenes.⁴

⁴ Acta de visita fiscal contrato 638 de 2013 realizada el día 5 de febrero de 2013

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

Así mismo se contrató una firma que fue constituida el día 05 de junio de 2013 con un capital social efectivamente pagado de tan solo de \$5.000.000⁵ para ejecutar un contrato por valor de \$11.822.552.148, colocando en riesgo los recursos de la entidad, al día de hoy no se ha empezado la ejecución del contrato (cuarenta y ocho días después de firmado el contrato 638 de 2013).

Efectuando una revisión sistemática del marco constitucional, legal, reglamentario, jurisprudencial y doctrinal de la Contratación Pública en Colombia, es pertinente señalar los principios que a juicio de la Contraloría de Bogotá D.C. fueron abiertamente vulnerados por la celebración del Contrato de Ciencia y Tecnología 638 de 2013.

Por ende, en primer lugar, enunciaremos los principios, su fundamento constitucional, legal e incidencia en todo procedimiento administrativo contractual. Posteriormente, procederemos a su aplicación en el caso en concreto.

La Constitución Política de 1991 en su artículo 209, consagra los principios de la función administrativa de la siguiente forma:

“La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.

Los anteriores principios, son pilares fundamentales que rigen el ejercicio de la función administrativa, entendida como la actividad desplegada por el Estado para satisfacer o proveer necesidades públicas o generales, tutelando y garantizando el interés público. A su vez, es pertinente precisar que todo procedimiento contractual adelantado por las entidades públicas, constituye un ejercicio de la función pública administrativa, la cual está regida por los principios anteriormente reseñados. Para efectos de nuestra observación, revisten de medular importancia los siguientes:

⁵ Certificado de Capacidad Financiera de la firma Green Patcher Colombia SAS. Certificado Cámara de Comercio de Bogotá del 24 de diciembre de 2013

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

1) Principio de Economía

El principio de Economía de consagración constitucional⁶ y legal⁷, es un principio orientador cuya finalidad radica en;

“(...) asegurar la eficiencia de la Administración en la actividad contractual, traducida en lograr los máximos resultados, utilizando el menor tiempo y la menor cantidad de recursos con los menores costos para el presupuesto estatal”⁸.

Así mismo, el numeral 4º del artículo 25 de la Ley 80 de 1992 prescribe “Los trámites se adelantarán con austeridad de tiempo, medios y gastos y se impedirán las dilaciones y los retardos en la ejecución del contrato”.

En efecto, el principio de economía en la actividad contractual tutela el propósito de planeación económica, financiera presupuestal en todo contrato estatal. Por ello, la entidad pública en los estudios previos debe estructurar cálculos ajustados y aterrizados a la realidad de mercado, sobre valores económicos razonables que remuneren la actividad del contratista, y justifiquen la relación costo – beneficio.

En relación a lo anterior, los estudios previos deben estructurar económica y financieramente el contrato a celebrar, soportado en estudios serios y juiciosos que reflejen el costo real del servicio, obra o bien que se pretende contratar. Así las cosas, las entidades públicas deben elaborar estudios económicos confiables para proyectar el costo financiero del contrato, dicho valor debe obedecer a variables económicas ponderadas, y no a factores de índole subjetiva carentes de soporte técnico.

2) Principio de Planeación

Si bien es cierto, el principio de Planeación no goza de consagración legal expresa, tal y como lo señala el Consejo de Estado en retirada jurisprudencia, constituye un pilar fundamental en la actividad contractual de la Administración, consagrado en los numerales 6º, 7º, 12º, 13 y 14º del artículo 25; el numeral 1º y 2º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

Del mismo modo, la trascendental importancia del principio de planeación en la etapa pre-contractual, radica en sus determinantes implicaciones en las etapas contractual y post-contractual. Así, la única vía para cumplir con los cometidos

⁶ Constitución Política, artículo 209.

⁷ Ley 80 de 1993, artículo 25.

⁸ Consejo de Estado, Sentencia 29 de agosto de 2007, Expediente 15324, Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez.

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

estatales pretendidos, responden a un estudio juicioso, planeado y presupuestado del objeto a contratar.

En síntesis, la Administración, previamente de tomar la decisión de adelantar un mecanismo de selección del contratista (independientemente que sea por contratación directa o licitación pública), debe determinar los costos y valores a precios proporcionales y equitativos, identificando un cálculo razonable y sopesado de las obligaciones que deberá asumir mediante el contrato estatal.

3) Principio de Responsabilidad

El artículo 90 de la Constitución Política consagra la responsabilidad patrimonial de la Administración derivada del ejercicio de la actividad contractual pública, de la siguiente forma:

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.

En virtud de lo anterior, si de las acciones de los servidores públicos o sus contratistas, se originan daños, son llamados a responder por el detrimento o menoscabo causado al erario público. Al respecto, en desarrollo del anterior principio Constitucional, los artículos 1, 3, 4, 5, 6 y 7 de la Ley 610 de 2000 regulan los elementos de la responsabilidad en la gestión fiscal. El numeral 7 artículo 3° de la Ley 1437 de 2011 consagra “(...) las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias por sus decisiones, omisiones o extralimitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos”. Lo anterior, sin perjuicio de la responsabilidad de tipo disciplinario regulada en el numeral 1, 2], 15 y 21 del artículo 34 y el numeral 1 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002.

4) Principio de Transparencia (Art. 24 L80/93)

De conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado⁹, la principal aplicación de este principio radica en la modalidad de selección del contratista independientemente del particular mecanismo adelantado; verbigracia, licitación pública, selección abreviada, contratación directa, concurso de méritos o mínima cuantía. Por ende, toda entidad pública debe constituir los referidos procedimientos administrativos contractuales sobre las bases de igualdad respecto de todos los oferentes (Num 5 lit a); la objetividad, neutralidad y claridad de la

⁹ Consejo de Estado, Sentencia de 29 de agosto de 2007, Exp.15324, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas (Num 5 lit b) y la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la Administración.

Del mismo modo, el legislador consagró expresamente en el artículo 24 de nuestro Estatuto de Contratación Estatal el principio de transparencia, erigiéndolo como un pilar fundamental en la etapa precontractual para la escogencia del contratista. Por lo tanto, el referido principio cobra medular importancia al momento de seleccionar directamente al contratista.

Al respecto el Consejo de Estado precisó:

“La obligatoria observancia del principio de transparencia, en modo alguno podría considerarse exclusiva del procedimiento administrativo de la licitación, toda vez que el mismo también está llamado a irradiar sus efectos sobre cualquier actuación que se cumpla en orden a realizar la selección del contratista por parte de una entidad estatal, incluyendo, claro está, los casos autorizados para contratar de manera directa, de tal suerte que la violación de sus reglas, aún en estos eventos, viciará la validez del respectivo procedimiento de contratación y aun del contrato mismo”¹⁰ (Negrilla y subrayado fuera de texto).

En ese orden de ideas, la Contraloría de Bogotá D.C. considera que las actividades para la ejecución del contrato de ciencia y tecnología 638 de 2013, no cumplía con los eventos consagrados en el artículo 2° del Decreto Ley 591 de 1991, toda vez que no se relacionan con la obtención de nuevos conocimientos utilizando la observación y la investigación, así mismo no se evidencia la forma en que se apropiara, desagregara y asimilara la tecnología aplicada, incurriendo de esta forma con la prohibición de la selección del proceso de contratación correspondiente que por regla general le corresponde a la licitación pública.

¹⁰ Ibidem.