

ANÁLISIS DEL INCUMPLIMIENTO DEL ESTATUTO CONTRACTUAL EN LA
ADJUDICACIÓN DE LA TRONCAL CALLE 26 DE LA FASE III DE TRANSMILENIO

FELIPE ACHURY RICAURTE

UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO
FACULTAD DE CIENCIA POLÍTICA Y GOBIERNO
BOGOTÁ D.C. 2011

“Análisis del incumplimiento del Estatuto Contractual en la adjudicación de la
Troncal Calle 26 de la Fase III de Transmilenio”

Investigación Diagnóstica con Propuesta de Solución

Presentada como requisito para optar al título de

Politólogo

En la Facultad de Ciencia Política y Gobierno

Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario

Presentada por:

Felipe Achury Ricaurte

Dirigida por:

Andrés de Zubiría Samper

Semestre II, 2011

CONTENIDO

| | Pág. |
|--|------|
| INTRODUCCIÓN | 1 |
| 1. DESCRIPCIÓN Y ANÁLISIS DE LOS HECHOS | 6 |
| 1.1 LA LICITACIÓN PÚBLICA Y LA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO | 7 |
| 1.2 EL REGISTRO ÚNICO DE PROPONENTES | 11 |
| 1.3 EL PROCESO DE CADUCIDAD Y LA CESIÓN TOTAL DEL CONTRATO | 14 |
| 1.4 REFLEXIONES | 18 |
| 2. EL PAPEL DE LA NORMATIVIDAD | 20 |
| 2.1 EL REGISTRO ÚNICO DE PROPONENTES | 20 |
| 2.2 EL PROCESO DE CADUCIDAD | 23 |
| 2.3 LA FORMULACIÓN Y APROPIACIÓN NORMATIVA | 25 |
| 3. CONCLUSIONES | 28 |
| 4. RECOMENDACIONES | 30 |
| 4.1 EL REGISTRO ÚNICO DE PROPONENTES | 31 |

| | |
|--|----|
| 4.2 LA DECLARATORIA DE CADUCIDAD | 32 |
| 4.3 LA FORMULACIÓN Y APROPIACIÓN NORMATIVA | 33 |
| BIBLIOGRAFÍA | |

INTRODUCCIÓN

El Estado nacional y territorial recurre a los particulares para construir las grandes obras de infraestructura. La adjudicación de estos contratos es un escenario donde convergen diversos contratistas con diferentes intereses sobre la gran cantidad de recursos públicos destinados a la construcción de dichas obras. Como han demostrado los cubrimientos a procesos judiciales y disciplinarios en Colombia, ciertos proponentes y entidades han llegado a recurrir a ciertas prácticas ilegales para modificar a su favor los resultados de la Licitación Pública. El espectro de estas actuaciones es amplio, aun así, se puede recurrir a un ejemplo reciente para caracterizar algunos problemas esenciales. Este caso resulta ser la adjudicación de parte de la Troncal Calle 26 de Transmilenio a la Unión Temporal Transvial; en este proceso contractual se presentaron una serie de situaciones que resultan pertinentes al momento de estudiar hechos comunes de corrupción en la contratación de grandes obras de infraestructura y es por esta razón que se ha seleccionado como objeto de esta Investigación.

Durante el siglo XX, Bogotá era una de las pocas capitales latinoamericanas que no contaba con un sistema de transporte masivo. En la administración de Enrique Peñalosa (1998-2001) se dio inicio a la construcción de Transmilenio. Este sistema comenzó con tres grandes troncales en la ciudad y durante los últimos diez años se han construido nuevos corredores para este sistema tipo Bus de Transporte Rápido. Este proyecto indica la obligación del Distrito y la Nación de proveer la infraestructura y mantenerla. La prestación del servicio y el recaudo está a cargo de empresas privadas de transporte.¹ La construcción y diseño de la infraestructura es responsabilidad del Instituto de Desarrollo Urbano (IDU); este es un establecimiento público descentralizado de orden Distrital destinado a ejecutar obras viales y de espacio público para el Desarrollo Urbano de la Capital.²

Desde el año 2005 se planeó una gran ampliación al sistema Transmilenio.

¹ Comparar Transmilenio S.A. Quiénes Somos-Reseña Histórica. Consulta electrónica.

² Comparar Instituto de Desarrollo Urbano. La Entidad. Consulta electrónica.

Denominada Fase III, comprendería la construcción de troncales en la Calle 26, Carrera 10 y Carrera Séptima. En 2007, el IDU abrió la Licitación Pública IDU-LP-DG-022-2007 para la construcción de las troncales de la Calle 26 y la Carrera 10. Las obras se dividieron en cinco grupos, ganando la adjudicación del Grupo IV la Unión Temporal Transvial.³ La Unión Temporal consiste en una forma de asociación de diferentes personas jurídicas para la ejecución de un contrato estatal. Se recurre a esta modalidad con el fin de cumplir con los requisitos financieros y técnicos para fortalecerse y tener la capacidad de contratar con el Estado. Al organizarse, sus integrantes no pierden individualidad jurídica ni tampoco crean una nueva persona jurídica;⁴ Transvial se encontraba constituida por las siguientes empresas: Tecnología e Ingeniera Avanzada S. A de C.V, Condux S.A de C.V, Megaproyectos S.A, Mainco S.A, Bitácora Soluciones Compañía Limitada y Translogistic S.A.; estas dos últimas empresas contaban con un porcentaje de participación de 35% y 34% respectivamente y eran las encargadas de la ejecución de las obras;⁵ además, hacían parte de un conglomerado de empresas pertenecientes a algunos miembros de la familia Nule que se dedicaban a la contratación con la Administración Pública.

Las obras designadas al Grupo IV iniciaron el 17 de Junio de 2008; cubren el trayecto desde la Carrera 19 hasta la Transversal 76 sobre la Calle 26. Con un presupuesto asignado de 315.580 millones de pesos. Para la preconstrucción y construcción de las obras, el IDU entregó a Transvial 81 mil millones de pesos como anticipo.⁶

A finales del año 2009, las obras presentaron retrasos y la firma interventora de la obra: Intercol, registraba diversas faltas en las obligaciones afectando gravemente el desarrollo del objeto contratado. Dicha firma interventora pidió al IDU

³ Comparar El Tiempo. “El Abecé de la Contratación Distrital, aviso pagado por la Administración Distrital”. Consulta electrónica.

⁴ Comparar Congreso de la República. “Ley 80 de 1993. Por el cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. República de Colombia, Bogotá, 1993.

⁵ Comparar Instituto de Desarrollo Urbano. “Acuerdo de Unión Temporal”. En: *Propuesta para la Licitación Pública IDU-LP-DG-022-2007. Proponente: Unión Temporal Transvial*. Bogotá D.C. 2007. pp. 223-231.

⁶ Comparar Alcaldía Mayor de Bogotá. “Transmilenio presenta un avance del 68%”. Consulta electrónica.

que se iniciara el proceso de caducidad (esta resulta ser una facultad discrecional de la entidad contratante) del contrato, argumentando la imposibilidad de Transvial para cumplir con la totalidad de las obras debido a su falta de recursos técnicos, financieros y humanos.⁷ Es importante tener en cuenta que en orden de contratar con el Estado, los proponentes de la Licitación Pública deben estar registrados en el Registro Único de Proponentes (RUP) de la Cámara de Comercio para establecer su naturaleza y su solidez financiera;⁸ la Ley 80 de 1993 establece que la entidad contratante no puede verificar directamente lo estipulado en el RUP suponiendo que esta información es veraz y confiable. Es importante resaltar que la Unión Temporal Transvial culpó al IDU por los retrasos afirmando que el contrato fue adjudicado sin contar los permisos de construcción, los diseños y la adquisición previa de los predios.

El proceso de caducidad fue iniciado y parecía ser el curso de acción más probable, pero esto fue descartado para dar paso a la cesión total del contrato a una firma recomendada por la misma Transvial; dejando atrás las sanciones e inhabilidades a las que se hubiera enfrentado esta Unión Temporal ante la declaratoria de caducidad del contrato por parte del Instituto de Desarrollo Urbano. La cesión total de las obras había sido rechazada por el IDU anteriormente, pero al cabo de unos días esta fue la opción elegida.

Teniendo en cuenta lo anterior, se aclara que esta Investigación Diagnostica estará dirigida al análisis de tres problemas principales dentro de este proceso contractual. En primer lugar, el IDU abrió la Licitación Pública y adjudicó los contratos sin contar con los diseños, permisos ni con la adquisición de los predios. Esto llevó a posteriores modificaciones en los contratos generando demoras en su ejecución. Segundo, la información consignada en el Registro Único de Proponentes no puede ser verificada directamente por la entidad y es plena prueba para las licitaciones con el Estado, haciendo difusa la información entre la radicación del RUP

⁷ Comparar Alcaldía Mayor de Bogotá. “Transmilenio presenta un avance del 68 por ciento”. 2011. Consulta electrónica.

⁸ Comparar Rodríguez, Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano. Bogotá: Editorial Temis, 2008. p. 446

y la adjudicación del contrato. Y tercero, la forma en que fue dejado de lado el proceso de caducidad del contrato que recomendó la firma interventora genera suspicacias, puesto que en cuestión de un mes el IDU aceptó la cesión total del contrato a una firma propuesta por Transvial habiendo rechazado con anterioridad esta opción y existiendo causales de caducidad, en este caso no se puede descartar la existencia de diversas presiones, sobornos o intimidaciones; además, resulta difícil caracterizar o identificar situaciones estándar para declarar la caducidad de un contrato puesto que esta es una facultad discrecional de la entidad ante el incumplimiento por parte del contratista que afecten de manera grave y directa la ejecución del contrato.

El análisis de estos tres problemas se hará considerando un concepto amplio de corrupción que sobrepase las barreras de una definición unidimensional que solo considere el incumplimiento de la Ley. Es pertinente considerar los intereses de los diferentes actores y sus interacciones para lograr comprender sus motivaciones al momento de actuar en contra de la normatividad. Además, se tendrá en cuenta la interpretación del fenómeno de la corrupción desde una perspectiva de apropiación de la norma y su formulación que resultará esencial al momento de plantear una propuesta de solución adecuada y completa para el entorno normativo y cultural en el que se presentaron los hechos. Estos problemas serán tratados también desde un importante marco normativo que caracterizará el entorno en el cual se desarrolló el contrato.

Por último, esta Investigación Diagnostica con Propuesta Solución se hará en tres partes. La primera parte contará con el contraste de los acontecimientos y situaciones que se presentaron en este proceso contractual con la normatividad vigente con el fin de caracterizar los hechos ilegales; identificando también los diferentes actores e intereses (variables) en juego con nociones propias de la realidad nacional para construir escenarios y comportamientos hipotéticos, muy plausibles, que llevaron al incumplimiento de la Ley con el fin de entender las diferentes motivaciones de los involucrados. En la segunda parte se buscará identificar los aspectos del Estatuto Contractual que resultan ineficaces para regular las situaciones

ilegales que se presentaron en este proceso contractual; además de aquellas regulaciones que dan paso a interpretaciones ambiguas que pueden ser usadas para apoyar el comportamiento de los corruptos. Estas dos primeras partes constituirán un diagnóstico que logrará captar la complejidad del problema, formulado a partir del análisis de las diferentes situaciones y actores involucrados, además del contraste de estos comportamientos con la normatividad en materia de contratos y de la inserción de este caso en una problemática nacional. Al contar con este diagnóstico se puede dar paso a la formulación de una serie de recomendaciones para optimizar el Estatuto Contractual para dotarlo de herramientas con el fin de combatir los hechos de corrupción que han caracterizado a la adjudicación de la Troncal Calle 26 de la Fase III de Transmilenio.

1. DESCRIPCIÓN Y ANÁLISIS DE LOS HECHOS

Para el análisis de los tres problemas que se identificaron en este proceso licitatorio y alrededor de los cuales gira esta investigación es necesario tener en cuenta el concepto de corrupción planteado por Stephen D. Morris quien establece que la corrupción es un acto racional que promueve los intereses privados de sus participantes. Este acto racional está relacionado con la infracción que implica la violación de alguna obligación por parte del decisor; esta última noción, según lo planteado por John Rawls, no solo está ligada a la estipulación normativa de las mismas, sino al hecho de que un empleado público está obligado respecto a sus conciudadanos con quienes coopera en la gestión de una sociedad democrática al existir una serie de promesas o acuerdos tácitos respecto a esto.⁹ Es necesario considerar que la actividad corrupta requiere la intervención de una o más personas aparte del decisor. Es una infracción participativa en la que una de las partes intenta influenciar el comportamiento de la otra a través de promesas, amenazas o prestaciones no contempladas en la normatividad.¹⁰ El objetivo que persigue este tipo de influencia es la obtención de un beneficio o una ganancia para las partes que participan en el acto de corrupción, puesto que representa una fuente adicional de ingresos o beneficios para los involucrados.

En el caso del agente corrupto, los beneficios son generalmente de índole económica, aun así, no se puede pasar por alto que dichos beneficios consistan en otro tipo de gratificaciones no directamente expresados en dinero. La persona que resulta destinataria del acto o actividad corrupta, puede tener intereses económicos o busca obtener algo para lo cual tiene derecho de acuerdo al sistema normativo pero que, debido a la violación de una obligación por parte del decisor, es solo sostenible a través de un acto de corrupción.¹¹ El soborno resulta ser un tipo fundamental de

⁹ Comparar Laporta, Francisco. La Corrupción Política. 1997. p. 47.

¹⁰ Comparar Laporta. La Corrupción Política. p. 43.

¹¹ Comparar Laporta. La Corrupción Política. p. 45.

corrupción. El sobornante lo hace para obtener un bien personal solo obtenible a través de la violación de una obligación del decisor. Cuando esta conducta se generaliza, se convierte en una especie de sobresueldo o sobregratificación del decisor.

A continuación se caracterizarán y analizarán los tres problemas identificados en el proceso licitatorio en un esfuerzo de captar su complejidad aplicando las nociones conceptuales sobre corrupción descritas anteriormente.

1.1. LA LICITACIÓN PÚBLICA Y LA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO

En el momento en que la firma interventora reportó las faltas a las obligaciones del contrato y el retraso de aproximadamente 20% en la construcción de las obras, los representantes de la Unión Temporal Transvial explicaron que dichos retrasos se debían a las diferentes adiciones y modificaciones que se habían hecho a los contratos con el fin de que los contratistas se hicieran cargo de la culminación de los diseños de las troncales; además de los obstáculos que representaba la adquisición de los predios necesarios para la construcción de la troncal de Transmilenio. Cabe aclarar que las firmas consultoras contratadas con anterioridad por el IDU para realizar los diseños no habían completado su trabajo cuando la Licitación Pública fue abierta ni cuando el contrato fue adjudicado. Este hecho en sí mismo constituye una falta inicial al Estatuto Contractual; el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 establece las etapas y reglas bajo las cuales se debe llevar a cabo una Licitación Pública y la primera de estas fases consiste en la realización de un estudio previo por parte de la entidad contratante, antes de la apertura de la Licitación Pública, sobre la oportunidad y conveniencia del Contrato y en los casos que lo requieran dicho estudio debe contar con los diseños y los planos necesarios.¹²

¹²Comparar Congreso de la Republica. “Ley 80 de 1993. Por el cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. Bogotá, 1993.

Es difícil establecer cuál fue la dinámica real detrás de esta situación pero si es posible identificar los actores y tener fuertes indicios sobre sus intereses para establecer el escenario en el cual se desarrollaron los hechos; para lograrlo se tendrán en cuenta testimonios de los involucrados y evidencias que se han presentado en el proceso judicial actualmente en curso, todo esto disponible gracias al extenso cubrimiento de diversos medios de comunicación al tratarse de un escándalo de corrupción que afectó gravemente al Distrito. Ahora bien, los actores serán clasificados en actores directos e indirectos de acuerdo a su grado de influencia en este proceso contractual. En este caso, los actores directos serán los representantes de la Unión Temporal Transvial, la entonces directora del Instituto de Desarrollo Urbano; Liliana Pardo y el director jurídico de esta misma entidad en aquella época; Inocencio Meléndez. Los actores indirectos resultan menos evidentes y su participación ha sido develada en el proceso judicial del llamado “carrusel de contratación”; estos son el ex representante a la Cámara Germán Olano y los hermanos Iván y Samuel Moreno Rojas.

Se puede pensar que la apertura de la Licitación Pública y la adjudicación del contrato sin contar con los diseños y la adquisición de los predios responden a una serie de presiones sobre y desde el IDU para iniciar la construcción de las obras. El tramo de las troncales sobre las que Transvial ganó la licitación contaba con un presupuesto asignado de 315.580 millones de pesos y un gran anticipo que llegó a ser de 81.000 millones de pesos. Estas grandes sumas de dinero llegaron a representar una fuerte motivación para los contratistas que decidieron influenciar el comportamiento de los decisores directos, Liliana Pardo e Inocencio Meléndez, para conseguir su objetivo. Pardo y Meléndez no solo estaban en la capacidad de rechazar otras propuestas ni de acelerar el proceso de adjudicación, sino de modificar los Pliegos de Condiciones del Contrato con el fin de ajustarlos de acuerdo a las características de la Unión Temporal Transvial y la propuesta con la que aplicaron al proceso licitatorio; para que esto hubiera sido necesario, es evidente que dicha unión temporal no contaba con los recursos financieros, técnicos ni humanos para ejecutar

un contrato de dicha magnitud confirmando el eventual reporte de la firma interventora.

Según las declaraciones de Mauricio Galofre, mano derecha de los Nule, Inocencio Meléndez gestionó los cambios al Pliego de Condiciones para que los requisitos solicitados en materia de experiencia en obtención de financiación se acomodaran a lo que presentaría Transvial. Dichas modificaciones fueron buscadas para efectos de esta investigación y se descubrió que la experiencia en obtención de financiación o cupo de crédito fue alterada mediante el Adendo No. 2 del 10 de octubre de 2007 firmado por la entonces directora general del IDU; Liliana Pardo Gaona.¹³ Dichas modificaciones fueron contrastadas con lo presentado por Transvial en materia de experiencia en obtención de financiación confirmando que la propuesta se acomodó a los requisitos exigidos por el IDU en el adendo al Pliego de Condiciones. Es importante resaltar como las modificaciones al cupo de crédito dejan abierta la posibilidad para que un proponente invoque la experiencia de su matriz para cumplir con los requisitos exigidos creando así una responsabilidad solidaria; en la propuesta de Transvial, MNV S.A (empresa perteneciente a los Nule) certificó su experiencia de obtención de crédito en calidad de matriz de Translogistic S.A asumiendo la responsabilidad solidaria no solo con esta sociedad sino con todos los integrantes de la Unión Temporal.¹⁴ Según el testimonio de Galofre ante la Fiscalía, la anterior certificación fue falsificada;¹⁵ esto deja en evidencia la falta de recursos financieros con los que contaba Transvial para ejecutar el contrato.

De acuerdo a las declaraciones de algunos miembros de la familia Nule, Inocencio Meléndez y Liliana Pardo pidieron a estos contratistas aproximadamente 4.500 millones de pesos para que el proceso licitatorio y la adjudicación del contrato estuvieran a su favor. Según Miguel Nule, se alcanzaron a entregar 200 millones de

¹³ Comparar Instituto de Desarrollo Urbano. “Adendo No. 2 Mediante el cual se informa a los proponentes acerca de las modificaciones al Pliego de Condiciones de la Licitación Pública IDU-LP-DG-022_2007”. Bogotá D.C. 10 de Octubre de 2007.

¹⁴ Comparar Instituto de Desarrollo Urbano. “Propuesta para la Licitación Publica IDU-LP-DG-022-2007. Proponente: Unión Temporal Transvial” Experiencia en Obtención de Financiación: Declaración bajo la gravedad de juramento que la experiencia corresponde exactamente a la financiación. MNV S.A. p. 415.

¹⁵ Comparar El Espectador. “Ventilador de Nule en la Fiscalía”. Consulta electrónica.

pesos en efectivo, un apartamento de 700 millones de pesos y una camioneta; de acuerdo a lo declarado por Nule ante funcionarios de la Fiscalía General, las pretensiones económicas de Pardo y Meléndez tuvieron que ser aceptadas, de lo contrario, el curso del proceso de adjudicación hubiera sido diferente al existir más contratistas dispuestos a pagar grandes sumas de dinero para ganarlo.¹⁶

El papel de los actores indirectos resulta menos evidente puesto que su injerencia en los procesos licitatorios no está contemplada en el Estatuto Contractual. Este es el caso de los hermanos Moreno y el ex representante Germán Olano. Según las declaraciones de la familia Nule, Iván Moreno Rojas, senador de la Republica por el Polo Democrático y Samuel Moreno, entonces candidato a la Alcaldía Mayor, recibieron sobornos por medio de Germán Olano para evitar que la licitación del Grupo IV se declarara desierta y para que fuera Transvial el contratista que resultara adjudicatario. Se puede resaltar que el papel de estos actores indirectos se limita a la práctica de diversas presiones y a la promesa de futuras ayudas como nombramientos en altos puestos en la administración pública o simple apoyo político. Este tipo de beneficios pueden resultar atractivos para personajes como Liliana Pardo que ha ocupado varios cargos en la administración pública gracias a su cercanía a miembros prominentes del Partido Conservador desde el inicio de la presidencia de Andrés Pastrana; esta cercanía le permitió construir relaciones beneficiosas con futuros miembros del gabinete del Alcalde Mayor Luis Eduardo Garzón (2004-2008) y así entrar en la administración distrital. Aunque este tipo de prácticas son comunes y no han sido tipificadas como ilegales, resultan ser una importante motivación para alguien que desea ascender en su carrera y cometer ciertos hechos ilegales para asegurarse de ello.

Teniendo en cuenta lo anterior se puede afirmar que existió una promoción de los intereses privados para la cual fue necesaria una violación de las obligaciones por parte del decisor o agente corrupto. Los intereses privados están representados por lo perseguido por la Unión Temporal Transvial de la cual hacían parte dos empresas de los hermanos Nule. Los agentes corruptos son varios y se pueden dividir

¹⁶ Comparar El Espectador. “Ventilador de Nule en la Fiscalía”. 2011. Consulta electrónica.

en directos e indirectos. Los agentes directos son aquellos que como parte de la administración distrital estaban involucrados legalmente en el proceso licitatorio, estos son la entonces directora del IDU, Liliana Pardo y su ex director jurídico, Inocencio Meléndez. Los agentes indirectos como el ex representante Germán Olano y los hermanos Moreno solo podían ejercer su influencia a través de métodos como presiones y promesas de algún tipo de gratificación a los agentes directos. Los agentes corruptos podían recibir beneficios económicos y favores no expresados en dinero o bienes materiales como apoyo político o acceso a altos cargos de la administración pública; estos beneficios no están contemplados en la normatividad y la actuación de un funcionario público bajo la influencia de una motivación económica y/o material es ilegal.

Es claro que el destinatario de los hechos de corrupción fue la Unión Temporal Transvial; bajo la aplicación estricta del Estatuto Contractual esta Unión Temporal era elegible para participar en una Licitación Pública, el problema se presentó al momento de reunir los requisitos necesarios para aplicar a la licitación por el Grupo IV de la Fase III de Transmilenio, puesto que dicha unión temporal no resultaba adecuada para la ejecución de obras de tal magnitud; y es por esto que fue necesario recurrir a la entrega de diversos beneficios a los agentes de la administración pública con el fin de lograr modificar los Pliegos de Condiciones de la licitación para que se acomodaran a las características de Transvial y poder asegurar la adjudicación del contrato.

1.2. EL REGISTRO ÚNICO DE PROPONENTES

El Registro Único de Proponentes contiene la información de quienes aspiran a celebrar contratos con las entidades estatales, de conformidad con el Artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, mediante la calificación y clasificación que cada interesado realiza al momento de su inscripción, renovación o actualización, aportando la documentación exigida que luego será objeto de verificación.

Las cámaras de comercio llevan el registro único de proponentes. En él se

certifican las condiciones de experiencia, capacidad jurídica, financiera y de organización del proponente así como su calificación y clasificación. La certificación expedida por la cámara de comercio es plena prueba de la calificación y clasificación del proponente y de los requisitos habilitantes que en ella constan. En consecuencia, las entidades estatales no pueden solicitar información que se haya verificado en el registro único de proponentes, por lo que deben verificar únicamente la que no conste en el mismo.¹⁷

Es necesario aclarar que en el momento en que fue abierta la Licitación Pública y el contrato fue adjudicado, la reglamentación vigente la establecía el Decreto 856 de 1994 modificado por los Decretos 92 de 1998, 393 de 2002 y el Decreto 2763 de 2005; para efectos de esta investigación se tendrán en cuenta solamente los RUP de Bitácora Soluciones Compañía Limitada y Translogistic S.A que contaban con el 69% de participación en la unión temporal y tenían a su cargo la ejecución de las obras.^{18 19} No se hace necesario mencionar las diferentes cifras y datos certificados por la Cámara de Comercio de Bogotá al momento de expedir estos documentos de inscripción, clasificación y calificación de las dos empresas, sino la posterior imposibilidad de dichas compañías de cumplir con las obras del Grupo IV de la Fase III de Transmilenio.

Como ya se ha mencionado, la firma interventora de la obra, Intercol, culpó a la insuficiencia de los recursos técnicos, financieros y humanos de las empresas constructoras por los retrasos en los trabajos en la calle 26. Tanto Bitácora como Translogistic S.A habían sido clasificadas por la Cámara de Comercio como constructoras con especialidad en grandes obras de infraestructura como sistemas de

¹⁷Comparar Departamento Nacional de Planeación. “Decreto 1464 de 2010, Por el cual se reglamenta parcialmente la ley 1150 de 2007 en relación con la verificación de las condiciones de los proponentes y su acreditación para el Registro Único de Proponentes a cargo de las Cámaras de Comercio y se dictan otras disposiciones. Capítulo II: Registro Único de Proponentes. Artículo 3: *Objeto del registro*”. 2010.

¹⁸Comparar Instituto de Desarrollo Urbano. “Propuesta para la Licitación Publica IDU-LP-DG-022-2007. Proponente: Unión Temporal Transvial”. 2007

¹⁹El Decreto 856 de 1994 establecía en el Artículo 4 que cada uno de los miembros partícipes en una unión temporal debían estar inscritos, calificados y clasificados en el registro de proponentes.

transporte y de comunicación, obras complementarias, entre otras;²⁰ además, el RUP de ambas empresas mostraba cifras favorables respecto al patrimonio y la capacidad máxima de contratación, sin mencionar un puntaje adecuado a la experiencia, capacidad técnica y financiera, que le permitían cumplir con los requisitos para participar en la Licitación Pública IDU-LP-DG-022-2007.

Es inevitable que, luego de los reportes de la interventoría y los evidentes atrasos, la veracidad y efectividad de las certificaciones de la Cámara de Comercio se pongan en duda. En orden de clasificar y calificar a un proponente, las cámaras de comercio someten los documentos suministrados a una verificación para expedir certificaciones confiables que brinden información completa a la entidad contratante que, por disposiciones legales, no puede verificar directamente lo estipulado en el RUP. Entonces se puede deducir que la información que consta en el Registro Único de Proponentes de estas dos empresas no corresponde a la realidad, puesto que de haber sido veraz no hubiera habido problemas tan graves en la ejecución de las obras.

La anterior afirmación corresponde a una explicación básica de este problema cuyo espectro no cubre la existencia de posibles movilizaciones de capitales, sobornos y falsificación de documentos por parte de los proponentes. En primer lugar, no resulta descabellado considerar la movilización de capitales dentro del llamado grupo Nule para suplir los requisitos de patrimonio de las empresas que pertenecían a esta familia. Es decir, un mismo capital podría figurar como patrimonio de dos o más empresas distorsionando totalmente el objetivo del Registro Único de Proponentes al convertirse en un certificado de información fraudulenta; además, se convertiría en una herramienta de los proponentes corruptos para tener acceso ilegal a los recursos públicos gestionados por la entidad contratante.

Como ya se vio antes, los propietarios de Bitácora y Translogistics y sus colaboradores aceptaron que recurrieron a la falsificación de documentos para cumplir con los requisitos de cupo de crédito que exigía el Pliego de Condiciones de

²⁰ Comparar Instituto de Desarrollo Urbano. “Certificado de Inscripción, Clasificación y Calificación en el Registro Único de Proponentes. Bitácora Soluciones Compañía Limitada y Translogistics S.A.”. En: *Propuesta para la Licitación Pública IDU-LP-DG-022-2007. Proponente: Unión Temporal Transvial*. Bogotá D.C. 2007.

la licitación, no resultaría extraño que también hayan hecho uso de documentos falsos con cifras artificiales para inscribirse en Registro Único de Proponentes.

Las cámaras de comercio, como cualquier organización integrada por seres humanos, están formadas por individuos susceptibles a sobornos o gratificaciones ilegales. En algún punto del proceso de inscripción para el RUP, la verificación documental y la expedición del certificado de clasificación y calificación se pueden encontrar agentes corruptos que puedan facilitar la inclusión de documentos fraudulentos sin verificación alguna. La negligencia e ineficiencia también pueden ser un factor en contra la expedición de un documento confiable; por simple incompetencia la comprobación de la información presentada por el proponente puede ser realizada superficialmente o no efectuada en absoluto.

Se puede concluir que el problema radica tanto en la confiabilidad y legalidad del proponente como en la integridad y eficiencia del funcionario de las cámaras de comercio. La falsificación de documentos y cifras resultan ser un gran peligro para las entidades estatales que deben confiar en la información suministrada en el RUP al momento de considerar un contratista potencial al que se le confiaran recursos públicos para ejecutar el objeto contratado.

1.3 EL PROCESO DE CADUCIDAD Y LA CESIÓN TOTAL DEL CONTRATO

A finales del año 2009, se presentó un estancamiento en las obras. En los primeros días de enero de 2010, la firma interventora Intercol registró aproximadamente 40 faltas en las obligaciones afectando gravemente el desarrollo de la construcción que había avanzado solamente el 16 % del 34 % previsto para dicha fecha. Además, el Grupo IV contaba con un gran reto de ingeniería: las excavaciones y la construcción del deprimido en el sector del Concejo Distrital.²¹ Entonces, la firma interventora señaló que Transvial no contaba con los recursos técnicos, financieros y humanos y

²¹Comparar Instituto de Desarrollo Urbano. “Pliego de Condiciones Definitivo, Licitación Pública No. IDU-LP-DG-022-2007, Capítulo 4: Descripción y Alcance del Proceso. Grupo IV”. Bogotá D.C. 26 de Septiembre de 2007. p.57

esto llevó a la parálisis en las obras. Teniendo esto como argumento, el 20 de enero de 2010, Intercol pidió al IDU el inicio del proceso de caducidad del Contrato firmado con Transvial.²²

El artículo 18 de la Ley 80 de 1993 establece que la entidad contratante por medio de acto administrativo debidamente motivado puede dar por terminado el contrato y ordenará la liquidación en el estado en el que se encuentre, esto si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato. De declararse la caducidad, no habrá lugar para la indemnización para el contratista quien se hará acreedor a sanciones e inhabilidades. También es importante considerar que este artículo también se refiere a la posibilidad que tiene la entidad de abstenerse a declarar la caducidad y de implementar las medidas de control e intervención necesarias que garanticen la ejecución del objeto contratado.²³

El 26 de enero de 2010, el IDU, en uso de sus facultades legales, pide a la aseguradora de la Unión Temporal Transvial (Segurexpo) que presente alternativas de solución a la crisis generada por el incumplimiento del contratista. Transvial y su aseguradora propusieron las siguientes soluciones: cesión parcial de los porcentajes de participación de Transvial a un tercero, cesión total del contrato a terceros propuestos por el contratista y su aseguradora; por último, mantener el contrato celebrado con Transvial y potenciarlo generando el desembolso de más dineros públicos por parte del IDU. Ninguna de estas alternativas fueron consideradas por el Instituto de Desarrollo Urbano, que decidió iniciar el proceso de caducidad.

El 5 de febrero de 2010, una empresa llamada Conalvias S.A presentó una propuesta para aceptar la cesión total del contrato. Esta propuesta fue solicitada por la misma Unión Temporal Transvial y analizada por Segurexpo. Es la aseguradora quien propone al IDU la cesión total del contrato a Conalvias S.A argumentando sus condiciones *inmejorables* para hacerse cargo de las obras. Los representantes legales

²² Comparar El Tiempo. “El Abecé de la Contratación Distrital, aviso pagado por la Administración Distrital”. 2011. Consulta electrónica.

²³ Comparar Congreso de la Republica. “Ley 80 de 1993. Por el cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. 1993.

de la Unión Temporal Transvial y Conalvias S.A acuerdan entre ellos la cesión del contrato. Finalmente, el IDU autoriza la cesión total del contrato y el 19 de Febrero de 2010 Conalvias S.A toma posesión de las obras.

Aunque la anterior controversia se desarrolló en el curso de algunas semanas, se pueden identificar dos etapas en la que sucedieron los hechos. En primer lugar, la negativa del IDU de aceptar las opciones presentadas por Transvial y su aseguradora y su decisión de iniciar el proceso de caducidad del contrato del Grupo IV. Esta negativa no solo respondía al escándalo mediático que se había generado en torno al incumplimiento en las obras sino a la presión de los actores indirectos cuyos sobornos no habían sido pagados en su totalidad y exigían más dinero. Según declaraciones de Miguel Nule ante la Fiscalía, los hermanos Moreno y el ex contralor distrital Moralesrussi extorsionaron a los Nule amenazándolos con influir en el inicio del proceso de caducidad del contrato en el IDU. Mientras esto pasaba, en el Instituto de Desarrollo Urbano, la Dirección Técnica de Construcciones no adelantaba de forma oportuna la imposición de multas a los contratistas ante el incumplimiento de las metas en las obras;²⁴ esta demora es evidencia de las presiones de Pardo y Meléndez para evitar que se hiciera evidente la falta de recursos financieros de Transvial para ejecutar el contrato, además, para asegurar los dineros y los bienes del soborno. Ante esta situación, los Nule realizaron diversas grabaciones para contar con material comprometedor tanto de funcionarios del distrito como de los actores indirectos tal como lo afirmó Miguel Nule y su mano derecha Mauricio Galofre; fue grabado el ex representante Germán Olano para confirmar no solo su participación en los hechos sino la del entonces contralor distrital. Inocencio Meléndez también fue grabado por los Nule cuando el IDU parecía poner en marcha el proceso de caducidad del contrato lo cual amenazaba con sanciones e inhabilidades a las empresas parte de la Unión Temporal Transvial.

Al tener estas pruebas en sus manos, los Nule estaban en la capacidad de modificar la situación a su favor y es por esto que, en cuestión de días, la caducidad

²⁴ Comparar Procuraduría General de la Nación. “Pliego de Cargos por Irregularidades en la Fase III de TM”. Consulta electrónica.

fue dejada de lado abriendo paso a la consideración de la cesión total del contrato. Conalvias S.A presentó una propuesta para que se le fuera adjudicado el contrato a través del procedimiento de cesión total, esta propuesta fue solicitada por Transvial y analizada por su aseguradora y luego recomendada al Instituto de Desarrollo Urbano; en comunicación escrita al IDU, Segurexpo afirma lo siguiente: “(...) Es así como hemos ponderado las posibilidades de quienes serían cesionarios, todos ellos con calificaciones, ejemplares pero algunos con dificultades de ofrecer la continuación de la obra de manera inmediata (...) luego de este juicioso análisis y rigurosa valoración, en nuestra calidad de aseguradores, le sugerimos respetuosamente considerar como alternativa a la firma Conalvias S.A., toda vez que además de tener inmejorables calificaciones, está dispuesta a aceptar la cesión total del contrato y retomar la ejecución de la obra en forma inmediata”²⁵. Finalmente, el Instituto de Desarrollo Urbano autoriza la cesión total del contrato a Conalvias tomando posesión de las obras el 19 de febrero de 2010.

Un mes más tarde, la firma interventora informó al IDU que, de los más de 81 mil millones de pesos de anticipo, la Unión Temporal Transvial pudo entregar soportes de su inversión en las obras de \$12.995.762.078, sin que se pudieran legalizar \$72.796.165.316. Es decir, la UT Transvial pudo justificar el gasto de casi 13 mil millones de pesos en el objeto contratado pero no estuvo en la capacidad de establecer el uso y destino de los 72 mil millones restantes del anticipo.

El 18 de julio de 2010, el IDU declaró la ocurrencia del siniestro de buen manejo y correcta inversión del anticipo por un valor de \$69.245.234.154. En octubre de 2010, por medio de la aseguradora, el IDU recuperó los dineros del anticipo. Pero esto no significa que la Unión Temporal Transvial no deba responder por este dinero y su mala utilización. Pues, al recibir el anticipo, Transvial se convirtió en administrador de recursos públicos y esta Unión Temporal estaba obligada a invertirlos en las obras. Por ende, el 17 de diciembre de 2010, el IDU formuló una denuncia penal ante la Fiscalía General de la Nación en contra de la Unión Temporal

²⁵ Ver El Tiempo. “El Abecé de la Contratación Distrital, aviso pagado por la Administración Distrital”. 2011. Consulta electrónica.

Transvial por el inapropiado manejo y administración de los recursos del anticipo, y de esta forma, incurriendo en el delito de peculado por apropiación.²⁶

Los retrasos en las obras reportados por la interventoría y el uso incorrecto del anticipo entregado por el IDU constituían faltas graves a las obligaciones a cargo de Transvial que afectaban de manera grave y directa la ejecución del contrato y por ende eran causales de la declaratoria de caducidad. Como se puede ver en la minuta del contrato, la caducidad era considerada ante el incumplimiento de las obligaciones del contratista²⁷ entre las que se encuentra: “Cumplir cabalmente y en los plazos previstos con las obligaciones a su cargo durante las etapas de preconstrucción, construcción y mantenimiento”²⁸. Pero como se vio anteriormente, una serie de presiones de todas las partes alteró este curso de la acción y se optó por la cesión total del contrato. Estas presiones responden a la promoción de los intereses privados tanto de las decisiones en el Instituto de Desarrollo Urbano que no deseaban perder las gratificaciones ilegales ofrecidas por los contratistas; de la Unión Temporal Transvial al no querer ser sujeto de las inhabilidades y sanciones previstas por la ley luego de la declaratoria de caducidad, sin mencionar los procesos judiciales que surgirían posteriormente relacionados con el manejo del anticipo y las irregularidades en el proceso licitatorio; finalmente, los actores indirectos que deseaban asegurar los dineros y bienes de los sobornos otorgados para influir en el proceso contractual a favor de Transvial.

1.4 REFLEXIONES

La caracterización de los hechos ilegales que se presentaron en el proceso licitatorio del Grupo IV de la Fase III de Transmilenio, a partir de las nociones sobre la corrupción mencionadas al principio de este capítulo, han permitido abarcar el

²⁶ Comparar El Tiempo. “El Abecé de la Contratación Distrital, aviso pagado por la Administración Distrital”. 2011. Consulta electrónica.

²⁷ Comparar Instituto de Desarrollo Urbano. “Licitación Pública IDU-LP-DG-022-2007, Minuta del Contrato, Clausula 16: Caducidad”. Bogotá D.C. 2007. pp. 37-38.

²⁸ Ver Instituto de Desarrollo Urbano. “Licitación Pública IDU-LP-DG-022-2007, Minuta del Contrato, Clausula 5: Obligaciones Principales del Contratista”. 2007. pp. 17-19.

problema como una situación compleja. Dicha complejidad está representada por la gran variedad de dinámicas entre los actores. Cada uno de los actores influyó en el proceso de adjudicación del contrato de acuerdo a sus intereses particulares. En el caso de los funcionarios públicos, su posición en la Administración definió los grados de influencia y en función de esto se determinaron los sobornos y gratificaciones ilegales que les brindaron los contratistas.

El papel de los actores indirectos resulta menos evidente puesto que no se encuentran involucrados de forma explícita en la adjudicación de contratos en el marco del Instituto de Desarrollo Urbano. La naturaleza de sus presiones sobre el IDU estuvieron condicionadas por su cargo, conexiones y posición en la vida política distrital y nacional. Los contratistas decidieron intervenir de forma ilegal en el proceso contractual usando la influencia de Germán Olano, los hermanos Moreno y Miguel Ángel Moralesrussi teniendo certeza en que su gestión sería útil para asegurar la adjudicación del contrato y el desembolso de los fondos públicos que conlleva.

Al ofrecer gratificaciones y sobornos, no solamente en grandes sumas de dinero sino en favores políticos, los contratistas (por si solos y por medio de las presiones de los actores indirectos) lograron encauzar a su favor la Licitación Pública al punto que el contrato les fue adjudicado; luego, cuando se presentaron los retrasos en la construcción de la troncal de la Calle 26 y la interventoría sugirió la declaratoria de caducidad, pudieron impedirla logrando que el Instituto de Desarrollo Urbano aceptara la cesión total de las obras, de esta forma evitaron que las empresas que integraban la Unión Temporal Transvial se vieran sometidas a diversas sanciones e inhabilidades.

2. EL PAPEL DE LA NORMATIVIDAD

Luego de haber analizado los tres problemas que esta investigación ha identificado como determinantes en el proceso licitatorio de la Fase III de Transmilenio, se hace necesario explicar los aspectos del Estatuto Contractual que resultaron ineficaces al momento de regular los comportamientos de los actores en este proceso de adjudicación. Dichos aspectos serán tratados en tres partes; en primer lugar, lo riesgoso que resulta suponer como absolutamente confiable la información consignada en el Registro Único de Proponentes y la imposibilidad de la entidad pública contratante de corroborar dicha información. En segundo lugar, la ambigüedad de las estipulaciones legales al momento de caracterizar las causales de caducidad de un contrato y que esta resulte una facultad discrecional de la entidad que se puede descartar a voluntad de los decisores contratantes. Por último, se tendrán en cuenta los problemas respecto a la formulación y apropiación normativa por parte de los funcionarios que resultan constantes en las situaciones descritas en este proyecto.

2.1 EL REGISTRO ÚNICO DE PROPONENTES

La Ley 1150 del 16 de Julio de 2007 establece en el primer inciso del Artículo 6: *De la Verificación de las Condiciones de los Proponentes* que la calificación y clasificación del proponente certificada por la cámara de comercio es plena prueba ante las entidades estatales y por ende estas no pueden exigir a los proponentes documentación que haya sido utilizada en la inscripción del RUP.²⁹ Como se puede ver en el capítulo anterior, la información consignada en el Registro Único de Proponentes no brindó las garantías necesarias para asegurar la correcta ejecución del contrato; esto fue parte de una serie de hechos que afectaban gravemente la transparencia del proceso licitatorio, como por ejemplo, la modificación de los

²⁹ Comparar Congreso de la República. “Ley 1150 de 2007, por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.” Bogotá D.C. 2007.

pliegos de condiciones para que se acomodaran a la propuesta de Unión Temporal Transvial.

Sin importar que en la entidad contratante haya agentes corruptos o no, el RUP con información falsa y cifras arregladas representa una gran amenaza para los recursos públicos. Es necesario hacer énfasis en los riesgos que representan las interacciones ilícitas entre proponentes corruptos y empleados susceptibles de sobornos y gratificaciones en las cámaras de comercio. Dichas interacciones desembocan en la certificación de calificaciones y clasificaciones sustentadas en información fraudulenta. Si en el marco de un proceso licitatorio un contratista potencial presenta un Registro Único de Proponentes que no se ajusta a la realidad, los recursos de la entidad contratante estarían propensos a caer en manos de empresarios corruptos que han recurrido a prácticas ilegales para aplicar y posiblemente ganar la Licitación Pública.

Si dentro de la misma entidad surgen sospechas sobre un proponente específico, la información que certifica el RUP no puede ser verificada directamente para corroborar su veracidad, sino, se puede suspender el proceso de selección e impugnar ante la cámara de comercio la clasificación y calificación del inscrito. Las cámaras de comercio cuentan con un periodo de treinta días para tomar una decisión respecto al proponente; de cumplirse dicho periodo y no haya una disposición por parte de la cámara de comercio, la entidad contratante debe reanudar el proceso de selección con la información certificada en el Registro Único de Proponentes inicialmente. De llegarse a encontrar graves inconsistencias en la información del inscrito, las cámaras de comercio deben cancelar la inscripción en el RUP y el proponente se verá enfrentado a una inhabilidad de cinco años para contratar con la Administración Pública. Para que la entidad pueda hacer la impugnación de la clasificación y calificación del proponente debe entregar pruebas documentales que sustenten el uso de esta facultad, dichas pruebas pueden ser solamente las siguientes:

- El mismo documento que fue aportado por el proponente como soporte documental, pero con un contenido diferente.
- Un acto administrativo en firme que contradiga el contenido de alguno de los documentos de soporte aportados por el proponente.

- Una sentencia ejecutoriada que contradiga el contenido de alguno de los documentos de soporte aportados por el proponente.³⁰

Las herramientas con las cuales la Ley dota a las entidades estatales para realizar la impugnación del certificado de calificación y clasificación ante las cámaras de comercio son insuficientes; resultan útiles para detectar errores no muy graves de la verificación documental y no inconsistencias de fondo en la información presentada por el proponente. En primer lugar, si la entidad estatal contratante tiene acceso a un documento usado en la inscripción del RUP, cuya información es diferente a aquel presentado por el proponente ante la cámara de comercio, sería producto del azar o de una investigación clandestina puesto que la entidad no se encuentra facultada para exigir directamente al proponente información que haya sido utilizada para la certificación de clasificación y calificación; además, de haber presentado documentos con información fraudulenta, el proponente corrupto no escatimaría esfuerzos para esconder las evidencias de la falsificación dificultando su hallazgo.

En segundo lugar, de existir actos administrativos o sentencias que contradigan el contenido de algún documento de soporte presentado por el proponente, las incongruencias serían descubiertas en el momento de la verificación documental en las cámaras de comercio; además, en este escenario no sería muy fructífero el esfuerzo por esconder irregularidades que pueden ser fácilmente encontradas y que se pueden tratar más de accidentes o descuidos que de actos de corrupción.

Otro gran problema radica en que al realizar la impugnación, la cámara de comercio cuenta con treinta días para cotejar las pruebas presentadas por la entidad y la información radicada por los proponentes y luego tomar una decisión. Aun así, la Ley contempla que de cumplirse los treinta días y aun no se ha llegado a una determinación, la entidad debe reanudar el proceso de selección. Si hubo falsificación

³⁰ Ver Departamento Nacional de Planeación. “Decreto 1464 de 2010, Por el cual se reglamenta parcialmente la ley 1150 de 2007 en relación con la verificación de las condiciones de los proponentes y su acreditación para el Registro Único de Proponentes a cargo de las Cámaras de Comercio y se dictan otras disposiciones, Título III: Procedimientos de Impugnación. Artículo 5: Impugnaciones Presentadas por Entidades Estatales”. 2010.

en los documentos y esta no fue descubierta en la verificación lo más probable es que exista algún empleado corrupto dentro de la cámara de comercio que haya facilitado su inclusión en el certificado de clasificación y calificación; de ser así y luego de la impugnación, dicho empleado se encargaría de esconder las irregularidades en la información haciendo poco probable la formulación de una decisión acertada por parte de la cámara de comercio. Entonces, la entidad no tendría más remedio que aceptar al proponente corrupto y reanudar el proceso de selección donde este podría resultar elegido.

Se ha hecho una breve explicación de lo superficiales que resultan las herramientas que brinda la Ley 1150 de 2007 a las entidades estatales al momento de actuar frente a incongruencias e inconsistencias en la información presentada por el proponente en el RUP. Resultan insuficientes porque están dirigidas solamente a encontrar falencias en la verificación documental y no en la información en sí; sin mencionar lo riesgoso que resulta que sean las mismas cámaras de comercio quienes se encarguen de investigar las razones de la impugnación y de llegar a una decisión, puesto que de haber habido falsificación en los documentos de soporte, dicha información habrá sido incluida en el certificado de calificación y clasificación con la ayuda de agentes corruptos dentro de las mismas cámaras de comercio.

2.2 EL PROCESO DE CADUCIDAD

Como se mencionó anteriormente, la Ley 80 de 1993 establece que la entidad contratante puede dar por terminado el contrato si se presenta alguno de los hechos constitutivos del incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista que afecten de manera grave y directa la ejecución del contrato. Si es declarada la caducidad, el contratista se verá enfrentado a sanciones e inhabilidades. La Ley también faculta a la entidad para implementar las medidas de control necesarias para asegurar la ejecución del contrato así se deba dejar de lado la declaratoria de

caducidad.³¹ En el caso del proceso contractual del cual se ocupa esta investigación, la caducidad era contemplada ante el incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista consignadas en la minuta del contrato; de acuerdo al reporte de la firma interventora, los atrasos en la ejecución de las obras constituyen un hecho constitutivo de incumplimiento de dichas obligaciones y por lo tanto una causal para la declaratoria de caducidad. Como ya se sabe, el Instituto de Desarrollo Urbano optó por la cesión total del contrato descartando la declaratoria de caducidad, de esta forma, los participantes de la Unión Temporal Transvial no hubieran tenido que enfrentarse a las sanciones e inhabilidades que implica la caducidad.

Se pueden identificar dos problemas esenciales en la forma en que las estipulaciones legales abordan la declaratoria de caducidad. En primer lugar, resulta ambiguo que la caducidad pueda ser declarada por la entidad ante incumplimientos por parte del contratista que afecten de forma grave y directa el contrato. Se entiende que la gravedad del incumplimiento está relacionada con el objeto mismo del contrato pero resulta difícil establecer para un tercero, ajeno a la entidad contratante y al contratista, cual es una situación que amerita la declaratoria de caducidad; la Ley 80 de 1993 deja espacios para la interpretación subjetiva de los acontecimientos al momento de analizar los incumplimientos. Dicha subjetividad puede ser una amenaza si el decisor ha sido objeto de sobornos o gratificaciones por parte del contratista que debe ser sancionado; de ser así, la declaratoria de caducidad puede ser descartada a favor de un curso de acción menos drástico y es en este momento donde se evidencia el segundo problema.

Al facultar a la entidad contratante para no solo abstenerse de declarar caducidad sino para que adopte las medidas de control e intervención necesarias, entre estas la cesión del contrato, se está dejando la decisión en manos de agentes estatales que pueden estar corruptos; de estarlo, la determinación a la que llegue la entidad será aquella que beneficie más al contratista que estará haciendo presión para que la caducidad no sea declarada. Esto representa un gran riesgo puesto que, al no

³¹ Comparar Congreso de la Republica. “Ley 80 de 1993. Por el cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. 1993.

llegar a la caducidad del contrato, el contratista corrupto no se verá sujeto a las sanciones e inhabilidades a las que debería enfrentarse. En el futuro, dicho contratista estaría en la capacidad de presentarse a diversas licitaciones públicas amenazando el buen manejo de los recursos públicos de diversas entidades.

Se puede concluir que la subjetividad a la que dan paso las disposiciones legales es una amenaza para la formulación de decisiones acertadas en materia de declaratoria de caducidad y más aún si la entidad contratante en el marco de la cual se genera la controversia contractual se encuentra encabezada o integrada por agentes corruptos que puedan afectar de forma determinante el curso de acción. Además, la ambigüedad de las regulaciones se convierten en espacios donde los corruptos pueden realizar sus actividades irregulares y así perseguir sus propios intereses en medio de un aparente cumplimiento de la ley; los hechos presentados en este contexto resultan difíciles de identificar y castigar puesto que los corruptos estarían en la capacidad de sustentar sus acciones en el marco normativo sin importar su naturaleza irregular. Por ejemplo, el descarte de la declaratoria de caducidad y la cesión total del contrato en la controversia del Grupo IV de la Fase III de Transmilenio fueron hechas a pesar de que los contratistas habían incurrido en incumplimiento a las obligaciones que afectaron de manera grave y directa la ejecución de las obras; aún así, los agentes corruptos del IDU pueden justificar su decisión en lo estipulado por el Artículo 18 de la Ley 80 de 1993.

2.3 LA FORMULACIÓN Y APROPIACIÓN NORMATIVA

Como se mencionó en el primer capítulo, la violación de las obligaciones por parte del decisor está ligada tanto a su estipulación normativa, como al hecho de que un empleado público está obligado respecto a sus conciudadanos con quienes coopera en la gestión de una sociedad democrática al existir una serie de promesas (expectativa respecto al cumplimiento de la normatividad) o acuerdos tácitos al respecto.

De acuerdo a lo anterior, se puede afirmar que la corrupción va mas allá del incumplimiento de la norma, también consiste en un acto de deslealtad o traición

hacia el sistema normativo; Esto está relacionado con la calidad ética del mismo. Dicha calidad ética es conferida por los principios y reglas de un sistema moral o ética.³² Esto es pertinente en la medida que el sistema moral tiene relación con la formulación misma de la normatividad y también de su aplicación, es decir, de la ejecución y asimilación de las obligaciones.

En el caso particular del que se encarga esta Investigación, los decisores se encontraban vinculados al Instituto de Desarrollo Urbano en donde desempeñaban cargos determinantes en los procesos contractuales; al no ser conscientes de la importancia e influencia de su gestión sobre el presupuesto distrital y la movilidad de la ciudad, los agentes corruptos usaron su posición para satisfacer sus propios intereses sin considerar las consecuencias de sus acciones sobre la Administración y los ciudadanos.

La Ley 80 de 1993 establece, de acuerdo a la Constitución Política, una serie de principios generales sobre los cuales debe girar la actividad contractual de la Administración Pública, estos se encuentran en el Artículo 23 de dicha ley: *“Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa.”*^{33 34} En este Artículo fueron plasmados principios básicos cuyo cumplimiento aseguraría el buen curso de cualquier proceso contractual; pero dicho cumplimiento está condicionado por la compatibilidad entre el sistema moral que establece de forma explícita la normatividad y aquel bajo el cual actúa el agente de la Administración. Si no existe un buen nivel de compatibilidad surgen problemas tales como los que ya han sido descritos. Sería de esperar que un funcionario público realice sus funciones de forma objetiva y adopte para sí los principios estipulados por la Ley; esto sería lo más

³² Comparar Laporta, La Corrupción Política. p. 45.

³³ Ver Congreso de la Republica. “Ley 80 de 1993. Por el cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. 1993.

³⁴ Los postulados que rigen la función administrativa se encuentran en el Capítulo II, Artículo 3 de la Ley 489 de 1998. Estos son: buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia.

coherente si se tiene en cuenta que el sistema normativo ha sido construido en el mismo entorno cultural en el cual se debe aplicar.

El problema radica en que las partes dogmáticas de la Constitución Política y de la Ley no son vistas como importantes y las estipulaciones normativas son solamente asimiladas como un indicador de la estructura de un Estado, un manual de funciones técnicas para la Administración Pública y una herramienta de control institucional donde se encuentran caracterizados los hechos ilegales y se establecen sus castigos. Si solo se tiene en cuenta la parte práctica de la Ley y no se enlaza con los principios generales del Estado, los hechos de corrupción son solamente vistos como la violación material de una norma específica y no como un acto de traición a la normatividad y a la construcción institucional que la creo sustentada en las dinámicas propias de procesos democráticos de representación; esto permite a los agentes corruptos llevar a cabo sus acciones ilegales y encubrirlas sin ser conscientes de su responsabilidad ante la sociedad en general. La raíz del problema se encuentra en la percepción que gran parte de las personas tienen de la Ley; es vista como una limitación para ciertos comportamientos cuya violación se puede justificar o por lo menos aceptar al ser producto de instituciones corruptas integradas por personas alejadas de la realidad nacional cuya principal motivación es el beneficio propio; es decir, no existe una noción de bien general en el ejercicio de la Administración Pública ni en el imaginario de la población.

Se puede concluir que el problema se encuentra en la asimilación de las normas y de los principios sobre los cuales han sido construidas; la corrupción en el Estado ha restado credibilidad, ante los ojos de los ciudadanos, a las disposiciones legales que produce la institucionalidad lo que al mismo tiempo incentiva los hechos ilegales en la Administración; la noción de bien general se ha extinguido del imaginario de las personas y esto desdibuja la responsabilidad ante los recursos públicos y su uso adecuado, puesto que son vistos como grandes cantidades de dinero a los cuales se puede acceder por medio de agentes corruptos sin importar las consecuencias para la comunidad.

3. CONCLUSIONES

Los problemas que se presentaron en el proceso contractual del Grupo IV de la Fase III de Transmilenio no fueron causados solamente por el actuar de contratistas y funcionarios corruptos. El Estatuto Contractual resulta insuficiente en el momento de regular comportamientos irregulares que pueden presentarse en los procesos de inscripción del Registro Único de Proponentes y de su presentación a la entidad contratante en el marco de una Licitación Pública; también en las condiciones bajo las cuales se puede y se debe declarar la caducidad del contrato. Además, es evidente que ha habido dificultades en la apropiación, por parte del funcionario, del sistema moral que establece la normatividad y del componente dogmático de las obligaciones.

La entidad contratante encuentra limitaciones legales al momento de corroborar la información consignada en el Registro Único de Proponentes; las cámaras de comercio son las únicas facultadas por la Ley para realizar la inscripción del proponente en el RUP, verificar los documentos presentados e investigar al proponente si la entidad contratante impugna el certificado de clasificación y calificación. Dicha impugnación solo puede ser hecha bajo el sustento de pruebas superficiales que no brindan evidencia fehaciente de actos de corrupción ni de inconsistencias graves en la información.

La Ley 80 de 1993 deja espacio a la subjetividad a la hora de establecer las situaciones bajo las cuales se debe declarar la caducidad de un contrato estatal. Dicha facultad reside en la entidad contratante que, como se ha visto, puede estar compuesta por agentes corruptos en puestos determinantes que pueden ceder ante presiones y sobornos para optar por la alternativa que más convenga al contratista sin importar la evidencia material que confirme la existencia de faltas graves que afecten de forma directa la ejecución del contrato.

Por último, no existe un buen grado de compatibilidad entre los principios dogmáticos bajo los cuales han sido formuladas las normas y el sistema de valores de los funcionarios que deben cumplirlas. Estos problemas en la apropiación de las obligaciones han permitido que los agentes corruptos (dentro y fuera de la

Administración) busquen por medio de actos ilegales acceso a los recursos públicos para su beneficio personal.

4. RECOMENDACIONES

Como se pudo ver, los problemas del proceso licitatorio del Grupo IV de la Fase III de Transmilenio fueron resultado tanto del actuar de contratistas y funcionarios corruptos como de la imposibilidad de la normatividad de regular comportamientos ilegales. Todo esto sucedió en medio de la incompatibilidad entre el sistema de valores que establece la norma y aquel bajo el cual actúa el funcionario público diariamente; esto altera la asimilación de sus obligaciones, de lo determinante que resulta su actuar en la Administración y de lo dañino que resulta para los recursos públicos si la satisfacción de los intereses privados prima sobre aquella del interés general. A continuación se propondrán una serie de recomendaciones orientadas a optimizar el Estatuto Contractual para combatir los hechos de corrupción descritos inicialmente. La propuesta de solución que busca plantear esta Investigación estará formulada en el marco de la normatividad vigente y de los procedimientos establecidos para los procesos contractuales cuya modalidad de adjudicación sea la de Licitación Pública y de forma más específica en contratos de obra de gran cuantía; es importante evitar una inflación normativa que solo dará paso a confusiones al momento de la aplicación.

Antes que nada es necesario aclarar que ninguna de las soluciones propuestas para los problemas de corrupción es ni será definitiva. Durante el desarrollo de este trabajo de Investigación fue evidente que los seres humanos estamos expuestos a ceder bajo la influencia de personas que buscan modificar nuestro comportamiento a partir de sobornos y gratificaciones; cuando esta debilidad humana se suma a la gran cantidad de recursos públicos que manejan las entidades estatales o distritales es una receta para el desastre. Para evitarlo, la Constitución y las leyes han tratado de regular diversos comportamientos no solo con reglas procedimentales sino con una serie de principios que rigen la acción misma del Estado. Muchos funcionarios del Estado han adoptado dichos principios y desempeñan su función de acuerdo a la Ley conscientes de su responsabilidad hacia la institucionalidad democrática; pero otros, como se ha visto, usan sus cargos e

influencia en la Administración Pública para su beneficio personal. Todo esto responde a la construcción cultural en la que nos desenvolvemos, donde el cumplimiento de las disposiciones legales es una opción más que una obligación y donde se hace necesario que los legisladores creen normas basados en la desconfianza ante la gran capacidad inventiva de las personas para burlar las leyes. Las recomendaciones que se plantearan a continuación responden al anterior supuesto porque su implantación podría ser inmediata y se ajustan a la realidad que vivimos; tratan de alejarse de la formulación de cambios culturales profundos cuya realización tomaría varias generaciones y una continuidad de décadas en las ideologías de Gobierno.

4.1. EL REGISTRO ÚNICO DE PROPONENTES

Respecto al Registro Único de Proponentes se recomienda que al momento de calificar y clasificar a un posible proponente para un proceso licitatorio de un contrato de obra de gran cuantía se tenga en cuenta lo siguiente:

- Que el proponente ponga en conocimiento de la Cámara de Comercio el proceso licitatorio al cual desea aplicar y que se verifique su experiencia por lo menos en dos contratos similares con reportes óptimos de las interventorías. De no poseer experiencia en la construcción de grandes obras de infraestructura, el proponente debe haber participado en la ejecución de por lo menos cinco contratos de obra de menor cuantía con reportes óptimos de las interventorías.
- Que el proponente sea capaz de probar la posesión previa del capital con el cual se sustenta financieramente por un periodo de dos años antes de la aplicación al proceso licitatorio y de su inscripción al RUP. Además, el representante legal de la empresa debe haber asumido dicha responsabilidad por un periodo mínimo de un año con el fin de sustentar estabilidad jurídica y empresarial.
- De presentarse sustento de la capacidad de crédito, experiencia y financiación por medio de una casa matriz, tanto el proponente como la matriz deben hacer parte de un grupo empresarial registrado ante la Superintendencia de

Sociedades con personería jurídica y representante legal. La matriz debe haber proveído dicho sustento en por lo menos dos contratos de obra de gran cuantía o cinco de menor cuantía.

- La entidad contratante debe estar en la capacidad de requerir en cualquier momento los documentos usados para la inscripción del RUP. La interventoría también lo podrá hacer por medio de la entidad. De descubrirse falsedad documental, la entidad debe pedir la impugnación del Registro Único de Proponentes y se dará paso a la declaratoria de caducidad del contrato.

Las anteriores recomendaciones tienen como objetivo establecer un filtro eficaz para asegurarle a la entidad que los proponentes que se presenten a los procesos licitatorios son los más experimentados y confiables en materias relacionadas al objeto a contratar.

4.2 LA DECLARATORIA DE CADUCIDAD

Como se ha mencionado anteriormente, la declaratoria de caducidad es una facultad discrecional de la entidad contratante; la normatividad no establece situaciones estándar bajo las cuales se deba adoptar. Las siguientes situaciones serán causales de caducidad de un contrato de obra de gran cuantía:

- Al estar la entidad facultada para requerir en cualquier momento los documentos usados en la inscripción del RUP, esta podrá demostrar que el proponente incurrió en falsedad documental para cumplir con los requisitos exigidos por el Pliego de Condiciones y que por ende no cuenta con los recursos necesarios para la correcta ejecución de la obra, de ser así, se debe proceder con la declaratoria de caducidad del contrato.

- Si la interventoría de la obra reporta atrasos de 10% en la ejecución de la misma y dichos retrasos responden a faltas cometidas por el contratista, la entidad debe proceder con la declaratoria de caducidad del contrato. Debe haber mínima tolerancia ante los retrasos causados por incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista puesto que de presentarse serían evidencia de la irresponsabilidad del

contratista y de la ausencia de los recursos necesarios para la correcta ejecución del contrato.

- Si la entidad contratante entregó un anticipo a los contratistas y estos últimos incurren en mal uso de estos dineros, el reporte de la interventoría y la evidencia de dichos malos manejos deben ser razones por las cuales deba declararse la caducidad del contrato.

- Si el contratista trata de alterar a su favor las decisiones de la entidad contratante en el desarrollo del contrato o se prueba que hizo uso de tácticas ilegales para influenciar el comportamiento de los decisores y lograr que el contrato le fuera adjudicado, se debe declarar la caducidad del contrato y se deben investigar a los funcionarios y contratistas involucrados, de ser hallados culpables deben enfrentar las sanciones e inhabilidades dispuestas por la ley.

Estas cuatro propuestas tratan de brindar un marco básico para establecer las situaciones que ameritan la declaratoria de caducidad. La ley ha dejado espacio para la subjetividad en este aspecto y ha sido perjudicial para el cumplimiento de la ley como se vio en el análisis del proceso contractual del Grupo IV de la Fase III de Transmilenio.

4.3 LA FORMULACION Y APROPIACION NORMATIVA

La Constitución y las leyes establecen una serie de principios básicos bajo los cuales deben desarrollarse las actuaciones de la Administración Pública y la contratación estatal. Para que los funcionarios de las diferentes estatales y distritales actúen a partir de estos principios deben, antes de todo, ser conscientes de las responsabilidades de su cargo y las de la entidad en la que laboran en el marco de la institucionalidad. La aplicación y asimilación de los componentes dogmáticos de las normas están condicionados a la función procedimental que cumple cada entidad, por ejemplo, el principio de responsabilidad, establecido por la Ley 80 de 1993, tendrá diferentes significados tanto en el Instituto de Desarrollo Urbano como en el Instituto Distrital de Recreación y Deporte; ambos son de carácter Distrital bajo la aplicación nacional

del Estatuto Contractual pero con objetivos completamente diferentes.

El Instituto de Desarrollo Urbano tiene a su cargo la gestión de grandes cantidades de dinero para ejecutar las obras viales y de espacio público de la ciudad. Los funcionarios que componen el IDU y sobre todo aquellos sobre los que recae el poder de decisión tienen una gran responsabilidad con el Distrito, sus recursos y ciudadanos; el desconocimiento de dicha responsabilidad lleva a que se presenten actos de corrupción como los que han sido descritos anteriormente. Los problemas van más allá de la entidad e involucran los lineamientos administrativos de la Alcaldía Mayor, pues es el Alcalde quien nombra al Director General del IDU. Para que en las entidades del Distrito se puedan evitar de cierta forma problemas como los que sucedieron en el marco del Instituto de Desarrollo Urbano, la Alcaldía Mayor debe seguir una línea de gobierno responsable con el ciudadano y sus recursos; de esta forma se pondrán en cargos determinantes a personas con la capacidad de seguir estos lineamientos y de poder implantarlos en la entidad que encabezan.

Esto llevaría al impulso de los principios dogmáticos legales y constitucionales en cada entidad con el fin de lograr una apropiación prácticamente personalizada de las normas y las obligaciones. De ser así, cada funcionario en cada uno de los cargos podría ser consciente de sus deberes y de su compromiso en la maquinaria democrática que integra, dificultando la influencia de terceras personas que busquen condicionar su actuar en función de la satisfacción de intereses privados a través del uso de herramientas institucionales

Es claro que la voluntad política resulta esencial puesto que la iniciativa debe venir desde los puestos más altos de la Administración, cuya mayoría es de elección popular. Pero de lograrse o por lo menos de intentarse se estaría dando un cambio significativo en la forma de gestionar recursos públicos. El entorno que brinda la construcción institucional del Estado es un ámbito de propagación efectivo para los ideales que pretenden establecer los lineamientos aquí propuestos, puesto que se extiende por todo el territorio y todos los ciudadanos interactuamos con la Administración Pública en diferentes circunstancias; además, los funcionarios hacen parte de diferentes círculos sociales que a su vez representan infinito número de

interacciones. Aunque los cambios más efectivos se darían con una reestructuración del sistema de valores de la sociedad, no hay razones para pensar que una modificación en la forma en que se asimilan las obligaciones legales y se gestionan los recursos del Estado no lleven a una transformación significativa en la forma en que es administrado el país.

BIBLIOGRAFÍA

Klitgaard, Robert. *Controlando la Corrupción*. Londres: University of California Pres, Ltd., 1990.

Laporta, Francisco. *La Corrupción Política*. Madrid: Alianza Editorial, 1997.

Palacio Hincapié, Juan Ángel. *La Contratación de las Entidades Estatales*. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2010.

Penagos, Gustavo. *Derecho Administrativo*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1994.

Rodríguez Rodríguez, Libardo. *Derecho Administrativo General y Colombiano*. Bogotá: Editorial Temis, 2008.

_____. *Estructura del Poder Público en Colombia*. Bogotá: Editorial Temis, 2006.

Capítulos o artículos en libro

Garzón Valdés, Ernesto. “Acerca del Concepto de Corrupción”. En Laporta, Francisco. *La Corrupción Política*. Madrid: Alianza Editorial, 1997.

Otros documentos

Alcaldía Mayor de Bogotá. “Transmilenio presenta un avance del 68%”. Consulta Realizada en abril de 2011. Disponible en la página Web: http://www.bogota.gov.co/portel/libreria/php/x_frame_detalle.php?id=44638

Congreso de la República. “Ley 1150 de 2007, por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.” Bogotá D.C. 2007.

_____. “Ley 489 de 1998, por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.” Bogotá D.C. 1998.

_____. “Ley 80 de 1993. Por el cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública” República de Colombia, Bogotá D.C, 1993.

Departamento Nacional de Planeación. “Decreto 1464 de 2010, Por el cual se reglamenta parcialmente la ley 1150 de 2007 en relación con la verificación de las condiciones de los proponentes y su acreditación para el Registro Único de Proponentes a cargo de las Cámaras de Comercio y se dictan otras disposiciones.”. Bogotá D.C. 2010.

El Espectador. “Ventilador de Nule en la Fiscalía”. Consulta realizada en abril de 2011. Disponible en la página Web: <http://www.elespectador.com.co/noticias/investigacion/articulo-249125-ventilador-de-nule-fiscalia>

El Tiempo. “El Abecé de la Contratación Distrital, aviso pagado por la Administración Distrital”. Disponible en la página Web: http://www.eltiempo.com/publirreportaje/ARTICULO-WEB_NEW_NOTA_INTERIOR-9044562.html.

Instituto de Desarrollo Urbano de Bogotá. *Página Oficial*. Consulta realizada en abril de 2011. Disponible en la página Web: http://www.idu.gov.co/web/guest/entidad_home

. “Adendo No.2 mediante el cual se informa a los proponentes acerca de las modificaciones al Pliego de Condiciones de la Licitación Pública IDU-LP-DG-022_2007.” Bogotá D.C. 10 de Octubre de 2007.

. “Pliego de Condiciones Definitivo, Licitación Pública No. IDU-LP-DG-022-2007”. Bogotá D.C. 26 de Septiembre de 2007.

. “Propuesta para la Licitación Pública IDU-LP-DG-022-2007. Proponente: Unión Temporal Transvial” Acuerdo de Unión Temporal. pp 223-231. Bogotá D.C. 2007.

. ”Licitación Pública IDU-LP-DG-022-2007, Minuta del Contrato. Bogotá D.C. 2007.

Presidencia de la República. “Decreto 856 de 1994, por el cual se reglamenta el funcionamiento del registro de proponentes en las Cámaras de Comercio” Bogotá D.C. 1994.

Procuraduría General de la Nación. “Pliego de Cargos por Irregularidades en la Fase III de TM.” Consulta realizada en Octubre de 2011. Disponible en la página Web: http://www.procuraduria.gov.co/html/noticias_2010/noticias_752.htm

República de Colombia. *Constitución Política de 1991*.

Transmilenio S.A. *Página Oficial*. Consulta realizada en abril de 2011. Disponible en la página Web: http://www.transmilenio.gov.co/WebSite/Contenido.aspx?ID=TransmilenioSA_QuienesSomos_ResenaHistorica