

Contraloría de Bogotá D.C. Folios: 10 Anexos: No
Radicación#2-2016-08750 Fecha 2016-05-12 14:11 PRO 768038
Tercero: (ATM034408) ALCALDIA MAYOR DE BOGOTÁ
Dependencia: DESPACHO DEL CONTRALOR
Tip Doc: Oficio (SALIDA) Numero: 10000-10924



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

"Por un control fiscal efectivo y transparente"

80000

Doctor
ENRIQUE PEÑALOSA LONDOÑO
Alcalde Mayor de Bogotá D.C.
Carrera 8ª No. 10-65
Código Postal 111711
Bogotá D.C.

 Alcaldía Mayor de Bogotá
Secretaría General
Rad. No.: 1-2016-22665
Fecha: 12/05/2016 14:56:24
Destino: DIR. JURIDICA

Copia: N/A
Anexos: N/A



ASUNTO: Pronunciamento relacionado con los serios riesgos de pérdida de los recursos públicos que por valor de \$3.400 Millones la Secretaría Distrital de Movilidad desembolsó, con ocasión del llamado Contrato de Concesión No. 1042 de 2015, suscrito con la Unión Temporal BiciBogotá, para la implementación del Sistema de Bicicletas Públicas – SBP, en atención al incumplimiento grave de las obligaciones por parte del contratista quien no ha procedido a consignar en el patrimonio autónomo constituido para el efecto, la suma a que se comprometió de \$2.655 Millones. Contrato que no garantiza los intereses patrimoniales del Distrito Capital, por cuanto la remuneración no corresponde a un porcentaje sobre la operación del mencionado sistema, sino apenas el 35% de los ingresos que por publicidad llegue a obtener el contratista; lo que no se ajusta a la naturaleza del negocio jurídico celebrado. No obstante, el Distrito Capital no ha tomado las decisiones que en derecho corresponden frente a dicho incumplimiento.

Respetado señor Alcalde Mayor:

La Contraloría de Bogotá D. C., en ejercicio de la función pública de Control Fiscal, prevista en la Constitución y la Ley¹, considera necesario pronunciarse conforme lo autoriza de manera expresa el Artículo 45, numeral 15 del Acuerdo 519 de 2012, al igual que el Estatuto Anticorrupción adoptado mediante la Ley 1474 de 2011, entre otras normativas; con el exclusivo propósito de dar a conocer a su Despacho, las serias irregularidades que se vienen presentando en la ejecución del llamado Contrato de Concesión 1042 de 2015, suscrito entre la

¹ Constitución Política de Colombia, Ley 42 de 1993, Ley 610 de 2000, Ley 1474 de 2011, Decreto 1421 de 1993 y Acuerdo Distrital 519 de 2012, entre otras normativas.

Secretaría Distrital de Movilidad y la Unión Temporal BiciBogotá, como quiera que a la fecha, la ciudad está lejos de contar con el proyectado Sistema de Bicicletas Públicas - SBP; dados los recurrentes incumplimientos por parte del concesionario desde antes del inicio de la ejecución del contrato.

1. ANTECEDENTES

El Sistema de Bicicletas Públicas - SBP, es el conjunto organizado de infraestructura, equipos y operaciones logísticas para facilitar a los ciclo usuarios de Bogotá, su movilización o desplazamiento por la ciudad utilizando bicicletas de uso público. Tiene como objetivo promover el uso de la bicicleta como un mecanismo alternativo de transporte

El Plan Maestro de Movilidad, adoptado mediante Decreto 319 de 2006, definió el objeto y alcance del denominado Sistema Integrado de Transporte Público “SITP”, al que corresponde garantizar los derechos de los ciudadanos al ambiente sano, al trabajo, a la dignidad humana y a la circulación libre por el territorio, mediante la generación de un sistema de transporte público de pasajeros organizado eficiente y sostenible para el perímetro urbano de la ciudad de Bogotá.

A su turno, el Plan de Desarrollo “Bogotá Humana” 2012 – 2016 (Acuerdo 489 de 2012), en su artículo 28 establece, que el programa de Movilidad Humana “*dará prioridad en el siguiente orden: a las y los peatones, las y los ciclistas, al transporte masivo sobre el vehículo particular (...)*” y de igual forma dispone, que se promoverán “*medios más sostenibles como caminar o desplazarse en bicicleta*”; concretamente establece como una de las metas de gestión del programa: “*implementar un sistema de bicicletas públicas en el marco del SITP*”

2. RAZONES QUE AMERITAN EL PRONUNCIAMIENTO

La Dirección Sector Movilidad en cumplimiento del PAD 2016, practica Auditoría de Regularidad ante la Secretaría Distrital de Movilidad – SDM, en la que está siendo evaluado el Contrato de Concesión No. 1042 de 2015, suscrito con la Unión Temporal BiciBogotá; en virtud de lo cual adicional a los reiterados incumplimientos por parte del contratista, se pactó una irrisoria participación del Distrito por concepto de los denominados ingresos colaterales, veamos:

2.1. El modelo económico con base en el cual se estructuró el esquema financiero de la Concesión 1042 de 2015, no permite al Distrito percibir

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

ingresos durante la operación del Sistema de Bicicletas Públicas SBP, en atención a que solamente obtendrá una escasa participación del 35%, derivada de los ingresos colaterales que por publicidad obtenga el contratista; lo que significa que la contraprestación que obtendría el Distrito, no se compadece con los importantes recursos públicos que el mismo ha desembolsado por valor de \$3.400 Millones.

La Secretaría Distrital de Movilidad en el numeral 2.3 del Pliego de Condiciones, correspondiente a la Licitación Pública SDM-LP-026-2014, propuso como contraprestación lo siguiente:

CONTRAPRESTACIÓN DEL CONCESIONARIO	CONTRAPRESTACIÓN DE LA SDM
Obtener ingresos provenientes de los ingresos operacionales: (i) pago por parte de los usuarios; por membresía y uso extendido, (ii) no operacionales; publicidad y/o patrocinio.	Participación en ingresos colaterales (producidos por la publicidad, patrocinios y otras explotaciones). Determinada en un 35% en la oferta presentada por el proponente.

Fuente: Pliego de Condiciones, numeral 2.3 – Forma de Pago, pág. 7.

Conforme al Pliego de Condiciones, la remuneración que obtendría el Distrito Capital, corresponde a la explotación colateral, entendida ésta como la que se obtiene por publicidad y/o patrocinio en la infraestructura y bienes del sistema; lo que pone de presente que la Secretaría Distrital de Movilidad, no percibiría recursos provenientes de los ingresos operacionales; de los cuales se deriva el mayor porcentaje cuando el sistema llegue a su punto de equilibrio económico, como es lo esperado en un Contrato de Concesión.

En criterio de esta Contraloría, los términos en que fue prevista la contraprestación del Distrito Capital, en el señalado negocio jurídico, corresponde al irrisorio porcentaje del 35% sobre los denominados ingresos “colaterales”, sobre una actividad que no es la principal de la referida concesión, como lo es la explotación del uso de la bicicleta, sino proveniente de actividades secundarias como en efecto lo son la publicidad y el patrocinio; las que son una mera expectativa; prueba de ello es que dicho porcentaje no lo contempló el contratista en su propuesta financiera, dado que ni siquiera incluyó estos ingresos adicionales; quedando indeterminado el posible valor de los mismos.

Peor aún, la Secretaría Distrital de Movilidad en los pliegos de la licitación, no determinó un porcentaje respecto a su participación en la concesión, sino que quedó al arbitrio de los proponentes la fijación del mismo en la participación de los ingresos colaterales.



“Por un control fiscal efectivo y transparente”

La experiencia enseña que la explotación colateral de una infraestructura o sistema cualquiera, depende en gran medida de las condiciones del mercado y de la pericia que pueda o no tener un concesionario para celebrar contratos de publicidad u otro tipo de promoción, y el presente caso, en los pliegos no se evidencia el nexo entre la proyección de la demanda y los posibles ingresos por explotación colateral; por lo que no está garantizada la contraprestación del Distrito en el señalado acto negocial.

Así las cosas, llama la atención por parte de este Organismo de Control, que mientras el Distrito que aportó la suma de \$3.400 Millones, únicamente obtenga una retribución del 35% de los esperados ingresos “colaterales” (publicidad y/o patrocinio), mientras que el concesionario quien debía aportar inicialmente \$2.655 Millones, perciba el 100% de los ingresos operacionales, adicional a lo cual el 65% de los ingresos colaterales.

2.2 Llama la atención que el objeto social de la empresa Cartagüeña de Aseo E.S.P., integrante de la Unión Temporal BiciBogotá, precisamente fue ampliado cinco (5) días antes del cierre del referido proceso licitatorio.

Según conoció esta Contraloría, el objeto social de uno de los integrantes de la Unión Temporal BiciBogotá, la empresa vallecaucana Cartagüeña de Aseo ESP, estaba relacionado con temas asociados a la “(...) *prestación de servicio público de aseo, recolección tratamiento y aprovechamiento de residuos, barrido de vías, poda de árboles*”², entre otras.

Sin embargo, dicha empresa, con fecha 7 de noviembre de 2014, es decir, cinco días antes del cierre de la licitación, registró ante la Cámara de Comercio una actividad adicional a su objeto social principal, correspondiente a “*la implementación, operación, y/o ejecución del sistema de bicicletas públicas; tecnología; publicidad, actividades financieras promoción, producción y/o prestación de bienes y servicios*”; actividad que resultó ser idéntica al objeto de la Licitación Pública³ SDM-LP-026-2014.

2.3 La Secretaría Distrital de Movilidad procedió a suscribir el acta de inicio, sin que hubiesen sido previamente validadas las hojas de vida de los miembros del equipo de trabajo, por parte de la interventoría; asimismo, el concesionario no presentó dentro de los 15 días siguientes a la señalada acta, el Programa de Trabajo Detallado; lo que generó la

² Certificado existencia y Representación Legal-Cámara de Comercio de Cartago.exp.2014/11/11.

³ Pliego de Condiciones.

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

imposición de una multa por valor de \$41,9 Millones; sin que en la práctica se haya dado inicio a la ejecución del contrato, a pesar de haber sido suscrito el mismo desde hace aproximadamente un año.

La Cláusula 10 del Contrato 1042 de 2015, estableció como una obligación para el concesionario, presentar antes de la suscripción del acta de inicio las hojas de vida de los miembros del equipo de trabajo. Aunque el concesionario las presentó, las mismas no cumplían a juicio del interventor, con la experiencia e idoneidad exigidas; razón por la cual fueron rechazadas. No obstante, la Secretaría Distrital de Movilidad, de manera irregular, procedió con fecha 5 de octubre de 2015 a suscribir el acta de inicio.

Igualmente, el concesionario no presentó dentro de los 15 días siguientes a la firma del acta de inicio, a que alude la precitada cláusula, el programa de trabajo detallado a que estaba obligado; lo que tuvo lugar el 17 de noviembre de 2015, y sin los requisitos exigidos; por lo que la interventoría procedió a su rechazo.

Hechos que dieron lugar a la imposición de una multa por valor de \$41,9 Millones, mediante la Resolución 41 del 21 de diciembre de 2015, la que a la fecha no ha sido pagada; con el agravante que siete meses después de suscrita el acta de inicio, el concesionario no cuenta con el requerido equipo de trabajo y el programa de trabajo detallado, requeridos para el inicio de la implementación del proyecto; por lo que es viable afirmar que el mismo no presenta ningún avance.

2.4 Existen serias contradicciones en el contenido del pliego de condiciones, la propuesta y el Contrato de Concesión, en lo que respecta a la duración de la Etapa de Implementación del mismo, como quiera que se habla de 36 y 42 meses; lo que eventualmente puede generar conflictos entre las partes.

Ciertamente, el pliego de condiciones estableció las siguientes 8 zonas y 2 fases de implementación y operación, veamos:

Fase de Implementación	Nº Zona	Zonas a implementar	Meses de ejecución
1	1	Centro Internacional-Chapinero - Chico- Candelaria (chapinero)	18 meses a partir del acta de inicio
1	2	Kennedy	24 meses a partir de la fecha de Inicio
2	3	Polo	

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

Fase de Implementación	Nº Zona	Zonas a implementar	Meses de ejecución
2	4	Los Alcázares	De 1 a 3 zonas de expansión propuestas 12 meses una vez implementada la zona 2
2	5	Galerías	
2	6	Teusaquillo	
2	7	Santa Bárbara	
2	8	Usaquén	De 4 a 6 zonas de expansión propuestas 18 meses una vez implementada la zona 2.

Fuente: Tabla 1 zonas de implementación del SBP. Anexo Técnico N° 1. Adición de la columna 1 Contraloría.

Conforme lo muestra el anterior cuadro, el proponente tenía hasta 42 meses para implementar las zonas, siendo la zona 1 y 2, requisito indispensable de todo oferente, y de la zona 3 a la 8, el plazo dependía del número de zonas a implementar.

La Unión Temporal BiciBogotá ofertó la implementación de 4 a 6 zonas de expansión, adicionales a la zona 1 y 2; por lo que el término de implementación debía ser 42 meses, según la alternativa planteada en los pliegos.

Es así como revisado el señalado contrato, se tiene que en la Cláusula 1, numerales 1.7 y 1.8, se estableció un tiempo máximo para el inicio de la operación de 36 meses, contados a partir de la firma del acta de inicio para la totalidad de las zonas propuestas por el oferente, en tanto que Cláusula 4 respecto de la etapa de implementación estableció que *“el plazo de la concesión es del término de la etapa de implementación total de las zonas propuestas por el concesionario, más 6 años de operación”*⁴; es decir, para el caso que nos ocupa, la propuesta de BiciBogotá consistía en implementar de 4 a 6 zonas de expansión adicionales a la zonas 1 y 2; por lo que el término de la implementación es de 42 meses.

Contradicciones que pueden dar lugar a diferentes criterios interpretativos en materia de la duración de la etapa de implementación, si es de 36 meses según el pliego y el contrato ó si es de 42 meses según la propuesta; lo que incide en la determinación del plazo de la concesión e impide el ejercicio oportuno de los poderes de control y dirección del contrato por parte de la Administración.

2.5 A pesar que el concesionario se comprometió a depositar en el patrimonio autónomo constituido para el efecto la suma de \$2.655

⁴ Contrato de Concesión No. 20151042 Cláusula 4.



“Por un control fiscal efectivo y transparente”

Millones, se tiene que a la fecha sólo ha consignado \$90 Millones, correspondientes al 3.4%, del valor total de la obligación; hechos que generaron la imposición de una segunda multa en cuantía de \$413,7 Millones; lo que informa del incumplimiento grave del contrato, y que el concesionario BiciBogotá se encuentra incurso en una tercera causal de incumplimiento; lo que da lugar a la caducidad del instrumento de gestión, conforme lo señalan los términos contractuales pactados.

De acuerdo con lo establecido con la Cláusula 17 del contrato, el concesionario tenía las siguientes obligaciones financieras: (i) transferir al patrimonio autónomo constituido la suma de \$1.593 Millones a más tardar, noventa (90) días calendario después de la fecha de suscripción del acta de inicio; es decir, hasta el 03 de Enero de 2016, y (ii) un término de hasta 180 días calendario después de la fecha de suscripción del acta de inicio para igualmente transferir \$1.062 Millones para un total de \$2.655 Millones. Sin embargo, a la fecha el concesionario sólo ha consignado \$90 Millones, que equivalen al 3.4%, respecto del valor total de la obligación.

Es así como con ocasión del incumplimiento de la obligación de transferir los señalados \$1.593 Millones, la Secretaría Distrital de Movilidad mediante la Resolución 02 del 21 de enero de 2016, impuso multa al concesionario por la suma de \$413,6 Millones, la que no ha sido pagada.

En tanto que con relación al incumplimiento de transferir los \$1.062 Millones, la mencionada Secretaría no ha procedido a la imposición de la correspondiente multa.

No hay duda que el incumplimiento de las obligaciones financieras precisadas en la Cláusula 17, de acuerdo con lo establecido en el contrato, y sin perjuicio de la imposición de las multas a que haya lugar, se califica como grave, y la Administración podría válidamente declarar la caducidad del mismo.

Adicional a lo anterior, la Cláusula 18 establece como plazo para obtener el cierre financiero, 120 días contados desde la fecha de suscripción del acta de inicio; plazo que venció el 5 de febrero de 2016; fecha desde la cual han transcurrido más de 60 días sin que se cuente con el mismo; incumplimiento que contractualmente es considerado grave, y al tenor de dicha Cláusula, la Secretaría Distrital de Movilidad “(...) podrá declarar la caducidad del presente contrato.”



2.6 No resulta comprensible que la Secretaría Distrital de Movilidad haya procedido con fecha 28 de diciembre de 2015 a transferir anticipadamente al referido patrimonio autónomo \$3.400 Millones; cuando contractualmente (Cláusula 13) tenía que hacerlo 22 meses después, esto es en octubre de 2017. Lo anterior, con mayor razón cuando conocía que el concesionario no había cumplido con las obligaciones esenciales para el inicio de la etapa de implementación del proyecto; hechos por los que le había sido impuesta la aludida multa de \$41.9 Millones.

En efecto, la Cláusula 13 del Contrato de Concesión 1042 establece:

“(...) La contraprestación económica a cargo de la Secretaría Distrital de Movilidad corresponderá a TRES MIL CUATROSCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$3.400.00.000) de conformidad con la propuesta del concesionario(...) (...) suma que para todos los efectos será cancelada a favor de la entidad fiduciaria quien a su vez entregará al concesionario cuando se configuren alguna de las siguientes condiciones:

- a. Con la implementación del 100% de la zonas 1 y 2.*
- b. Si la implementación de la zona se hace de forma gradual se hará entrega del 70% de la contraprestación una vez entrada en operación la totalidad de la zona 1 y 30% una vez entrada en operación la totalidad de la zona 2.*
- c. En caso de que el concesionario opte por realizar la operación parcial de la zona 1, el 70% correspondiente a dicha zona se pagará de la siguiente manera: 60% una vez iniciado el sistema de operación parcial y el 40% restante una vez entrada la operación la zona 1 en su totalidad. En caso de que el CONCESIONARIO opte por realizar la operación parcial de la zona 2, la contraprestación correspondiente a dicha zona se pagará de la siguiente manera: 60% una vez iniciada la zona en operación parcial y el 40% restante una vez entrada en operación la zona 2 en su totalidad. (...)”*

No obstante, sin encontrarse el contrato en su etapa de implementación y sin haberse configurado ninguna de las alternativas descritas en la Cláusula 13; es decir, sin que el concesionario hubiese implementado las zonas según su oferta, la entidad con fecha 28 de diciembre de 2015 transfirió anticipadamente la suma de \$3.400 millones, correspondiente a la contraprestación económica a su cargo; dineros que actualmente son manejados en una Fiducia con el Banco Colpatria; sin que a la fecha cumplan con la finalidad social real esperada.



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

Lo cierto, es que la entrega de los señalados recursos distritales solamente podía realizarse al concesionario, una vez éste hubiese implementado las zonas descritas conforme a alguna de las alternativas pactadas; situación que no se dio.

Así las cosas, llama la atención que la Administración Distrital se haya esmerado por transferir de manera anticipada el monto de la contraprestación económica a su cargo, sin que de un lado la obligación estuviese causada y de otro, se estuviesen presentando graves incumplimiento por parte del concesionario; con lo que tampoco se logró la implementación del proyecto.

En razón a la situación fáctica anteriormente descrita, debemos tener presente que el daño patrimonial no consiste solamente *“en que se hayan perdido recursos”* sino que en los términos que lo precisa el artículo 3º de la Ley 80 de 1993⁵, los recursos públicos deben emplearse en conseguir los fines estatales, esto es, que las obras produzcan un beneficio social real, que los dineros no se despilfarren y no sean mal invertidos, como quiera que conforme lo señala el concepto⁶, ***“(…) Creemos que esta segunda posición es la que debe primar puesto que los recursos públicos, a diferencia de los privados, tienen exclusivamente un fin social: servir a la comunidad. Por lo tanto, de nada le sirve al Estado o a la comunidad tener invertidos recursos en obras que jamás serán aprovechadas o tendrán utilidad alguna.”*** (Negrillas fuera de texto).

Ahora bien, con la expedición de la Ley 610 de 2000, ciertamente a las Contralorías les corresponde determinar y derivar responsabilidad con ocasión del daño emergente y en virtud del lucro cesante, lo que implica que se debe proceder al análisis de los hechos ***“(…) para examinar si el Estado ha realizado desembolsos que de otra forma no habría tenido que hacer o ha dejado de percibir recursos que de otra forma hubiese percibido. En la medida en que se presente cualquiera de las dos situaciones podemos decir que se ha causado un daño patrimonial al Estado.”***⁷ (Negrillas fuera de texto).

Así las cosas, respetando la plena autonomía que tiene la Administración en la toma de decisiones, pongo en conocimiento los aludidos hechos para los fines que su Despacho considere pertinentes; con la precisión que la comunicación, a través de este medio, de los resultados de la evaluación del señalado tema, no implica una intervención en la Administración, menos aún cuando el presente documento no tiene un carácter vinculante, sino el exclusivo propósito de coadyuvar al mejoramiento de la gestión administrativa; lo cual redunda en la

⁵ “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.

⁶ No. 0070 A del 5 de diciembre de 2000, emitido por la Contraloría General de la República.

⁷ Expresado en el precitado concepto.

"Por un control fiscal efectivo y transparente"

calidad de vida de los habitantes de la ciudad, fin último del ejercicio de la competencia asignada a este Organismo de Control Fiscal.

Lo anterior, sin perjuicio de las acciones que puedan derivarse del ejercicio de nuestra acción fiscalizadora, con respecto a aquellas situaciones consolidadas.

De conformidad con lo afirmado por la Corte Constitucional en la Sentencia C—103 del pasado 11 de marzo de 2015, al igual que en lo normado en los artículos 209, 268, núm. 6° y 269 Constitucional, entre otras disposiciones, remítase copia de este documento a la Oficina de Control Interno de la Secretaría Distrital de Movilidad, para los asuntos de su competencia.

Cordial saludo,


LIGIA INÉS BOTERO MEJÍA
Contralora de Bogotá D.C. (E)

Proyectó:	Diana Carolina Rodríguez Castro y Olga Lucía Reyes Hernández.
Revisó:	Angela Beatriz Rojas Pinto, Subdirectora de Fiscalización Movilidad.
Aprobó:	Fabio Andrés Polanía Zenner, Director Técnico de Movilidad.
Revisión y ajustes:	Ana Benilda Ramírez Bonilla, Asesora.