



<https://doi.org/10.21501/23394536.3110>

VIOLACIÓN DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES EN EL CONTRATO No. 638 DE 2013

VIOLATION OF CONSTITUTIONAL AND LEGAL PRINCIPLES IN CONTRACT No. 638 OF 2013

Rodrigo Giraldo Quintero Valencia*, Elkin Octavio Giraldo Valencia**

Recibido: agosto 15 de 2017 – **Aprobado:** septiembre 20 de 2017 – **Publicado:** enero 16 de 2018

Artículo de Investigación¹

Forma de citar este artículo en APA: Giraldo Quintero Valencia, R., y Giraldo Valencia, E. O. (enero-junio, 2018). Violación de principios constitucionales y legales en el contrato No. 638 de 2013. *Summa Juris*, 6(1), pp. 159-182.
DOI: <https://doi.org/10.21501/23394536.3110>

“No existe tiranía peor que la ejercida a la sombra de las Leyes
y con apariencia de justicia”

Montesquieu

Resumen

El objetivo de la investigación, se enmarca en determinar los principios de la contratación estatal violados en el contrato No. 638 de 2013. Por tanto, este estudio investigativo es de tipo cualitativo, con método hermenéutico y el enfoque empleado es descriptivo analítico. En consecuencia, se busca en la interpretación del contrato estatal de la máquina tapahuecos de Bogotá, permitir identificar y descomponer las partes o elementos del fenómeno y así observar sus causas, la naturaleza y los efectos. En la dinámica del diseño metodológico se realizó una triangulación teórica jurídica (constitucional, jurisprudencial y normativa), partiendo de fuentes bibliográficas y web gráficas

¹ Este artículo de investigación es resultado del proyecto de investigación, denominado principios de la contratación estatal en el régimen jurídico colombiano. Universidad Católica Luis Amigó. Manizales, Caldas, Colombia, el cual se desarrolló durante los meses de junio 2016 y junio de 2017.

* Doctorado en Derecho, Universidad de Buenos Aires. Maestría en Derecho, Universidad de Manizales. Especialización en Derecho Constitucional, Universidad Externado de Colombia. Abogado. Universidad de Manizales, Docente e investigador: Universidad de Manizales, Universidad de Caldas, Universidad Católica Luis Amigó-Manizales. Correo electrónico rodrigo.giraldoquintero@hotmail.com

** Abogado, Universidad Católica Luis Amigó. Miembro y monitor del Semillero de investigación “El derecho de la contratación Estatal”. Manizales, Caldas, Colombia. Correo electrónico elkin.giraldoabogado@gmail.com.



de normas constitucionales, legales, reglamentarias, jurisprudencia de las Altas Cortes, doctrina especializada en contratación estatal e informes proferidos en la actuación administrativa por parte de los órganos de control fiscal. Se empleó la recolección de datos documentales, que proporcionaron diversas interpretaciones en los análisis de los principios violentados en la contratación estatal. La investigación, se concluye determinando que en el contrato No. 638 de 2013, fueron violados los principios de planeación, eficacia, eficiencia, economía, publicidad y los principios constitucionales y fundamentales de la prevalencia del interés general, los fines esenciales del Estado en conexidad con el derecho fundamental de igualdad.

Palabras clave

Contrato estatal; mantenimiento vial; violación; principios constitucionales; principios legales y no reglados.

Abstract

The purpose of this research was to find the principles of contracting in contract n. ° 638 of 2013. The study is qualitative, the hermeneutic method, the approach used is analytical descriptive in the interpretation of the state contract of the fill holes machine of Bogotá, identify and decompose the parts or elements of the phenomenon and thus observe its causes, the nature and the effects. In the dynamics of the methodological design a legal theoretical triangulation was carried out (constitutional, jurisprudential and normative), starting from bibliographic and graphic web sources of the constitutional, legal, regulatory norms, jurisprudence of the High Courts, specialized doctrine in the contracting of goods and reports proffered in The administrative action by the fiscal control bodies. The data collection was used from different sources, which provided diverse interpretations in the analysis of the violated principles of State contracting, through bibliographic cards, reading cards, analytical summaries and documentary analysis. The investigation concluded that the contracts No. 638 of 2013 violated the principles of planning, effectiveness, efficiency, economy, publicity and the constitutional and fundamental principles of the prevalence of the general interest, the essential purposes of the State in connection with the right fundamental equality.

Keywords

State Contract; Road Maintenance; Violation; Constitutional Principles; Legal and non-regulated principles

INTRODUCCIÓN

Frente a la visita fiscal realizada por la Contraloría de Bogotá a la Unidad de Mantenimiento Vial, mediante denuncia de la Veeduría Ciudadana del Distrito Capital, se profirió evaluación al proceso precontractual y contractual del contrato No. 638 de 2013 (Contrato de la máquina tapahuecos de Bogotá), en el cual se estableció que la entidad estatal del Distrito Capital, violó los principios constitucionales y legales de eficacia, eficiencia y economía.

Además de los principios que conceptuó la Contraloría de Bogotá, se logró establecer la violación de los principios de planeación, transparencia, publicidad en relación con los principios fundamentales de la prevalencia del interés general y los fines esenciales del Estado en conexidad con el derecho fundamental de igualdad.

ESTRUCTURA DEL ESTADO COLOMBIANO

El Estado colombiano a la luz de la Ley 489 de 1998 y la Constitución Política de Colombia de 1991 en sus artículos 1 y 287, señala que la estructura de organización está determinada en forma de República Unitaria, descentralizada administrativamente, dividida territorialmente y como lo expresa Manrique (2010), “la descentralización con autonomía de las entidades territoriales reconoce la gran diversidad cultural en todo el territorio colombiano” (p. 68); la descentralización concede competencias a los diferentes órganos del poder público, para que puedan administrarse por sí mismos en aras a propender por el interés general; por ello, se define la descentralización como el principio de acción que permea todos los entes territoriales establecidos; por mandato superior (Constitución de 1991, art. 286), las entidades territoriales son: los distritos, departamentos, municipios y territorios indígenas.

En virtud de la Constitución Política Colombiana de 1991, en su artículo 287, los entes territoriales cuentan con autonomía administrativa y financiera para la gestión de sus intereses, pero en el marco de los límites establecidos en la carta política y la Ley; la función pública de

las entidades territoriales debe siempre garantizar la efectividad de los principios constitucionales, legales y los no reglados, máxime cuando se trata del contrato estatal, que invierte recursos públicos aportados por todas las personas para la realización de obras o la prestación de servicios públicos a la comunidad.

Además, según Rodríguez (2007), “la función pública entendida en sentido lato que permea a todos los funcionarios de la administración pública y los particulares” (p. 219). Por consiguiente, la actuación de la administración Estatal siempre debe estar encaminada al cumplimiento de los fines esenciales del Estado que deben propender por la satisfacción material, efectiva y positiva del bienestar general de las personas que habitan el Estado colombiano por encargo constitucional.

Por otra parte el mandato superior (Constitución de 1991, art. 113) y legal (Ley 1437 de 2011, art. 3.10), contempla el principio de colaboración armónica en la actividad estatal; se trae a colación lo dicho por Tafur (1995), “el principio de colaboración armónica se debe manifestar y materializar en todas las actuaciones de las entidades públicas a cargo de las autoridades administrativas” (p. 27), así debe ser porque la función pública está al servicio del Estado y la comunidad, como reza en la Constitución de 1991 (art. 123), por tanto los servidores públicos en su función pública o administrativa deben encaminar su actuación para lograr el estricto cumplimiento de los fines esenciales del Estado conforme al art. 3, y satisfacer el interés general y la dignidad humana como reza la Carta Magna (art. 1).

Del mismo modo para concretar los mandatos constitucionales, el Estado hace uso del contrato estatal conforme a la Ley 80 de 1993 (art. 32); no obstante como lo menciona Vidal (2008), “en las etapas precontractual y contractual, las autoridades públicas deben dar aplicación obligatoria y estricta a los principios constitucionales, legales, e incluso los no reglados por el legislador, aplicables al contrato Estatal” (p. 39); a saber, los principios encuentran sustento jurídico en la Constitución de 1991 (art. 209, art. 267), en la Ley 80 de 1993 (art. 23), la Ley 1150 de 2007 (art. 2, párr. 2), la Ley 1437 de 2011 (art. 3), y la Ley 489 de 1998 (art. 3) y demás normas concordantes.

DESCENTRALIZACIÓN TERRITORIAL Y EL CONTRATO ESTATAL

La Unidad de Mantenimiento Vial y el Instituto de Desarrollo Urbano, son entidades pertenecientes al Distrito Especial de Bogotá, con obligación legal de propender por la calidad de la malla vial de la capital colombiana; para tal fin ambas entidades públicas deben colaborar armónicamente máxime cuando se trata del contrato estatal.

La Unidad de Mantenimiento Vial, fue creada mediante Acuerdo No. 257 de 2006 y señala que es una entidad del Distrito Especial de Bogotá, descentralizada, de carácter técnico, con personería jurídica, con autonomía administrativa y presupuestal, con patrimonio propio y adscrita al sector movilidad. Su finalidad es programar y ejecutar las obras necesarias para garantizar la rehabilitación y el mantenimiento periódico de la malla vial ya construida en Bogotá.

El Instituto de Desarrollo Urbano, fue creado mediante el Acuerdo No. 19 de 1972, el cual es un establecimiento público descentralizado, con personería jurídica, patrimonio propio e independiente, autonomía administrativa y con domicilio en la capital colombiana. Su finalidad es ejecutar obras viales y de espacio público para el desarrollo urbano de Bogotá.

Ahora bien, el objeto contractual del contrato No. 638 de 2013 fue el parcheo de los huecos de la malla vial de Bogotá, en donde se pactó un plazo de ejecución de 6 meses, y fue celebrado por un valor de \$11.822'552.148 pesos colombianos.

El contrato No. 638 fue suscrito el 27 de diciembre de 2013 entre Unidad de Mantenimiento Vial, con la empresa privada Green Patcher, sociedad mercantil constituida 6 meses antes a la celebración del contrato de la máquina tapahuecos, justo el 5 de junio del mismo año 2013; para ese entonces, la empresa contaba con solo con \$5.000.000 de pesos colombianos de capital social efectivamente pagado para ejecutar un contrato por valor de casi \$12.000.000.000 de pesos colombianos.

SOBRE LOS PRINCIPIOS VIOLADOS EN EL CONTRATO NO. 638 DE 2013

En el año 2014, la Contraloría de Bogotá evidenció que el contrato No. 638 de 2013 violó los principios constitucionales y legales de eficacia, eficiencia y economía; en este orden de ideas, la investigación encontró que se violó el principio de planeación que ha sido creado por la doctrina especializada y la jurisprudencia de las Altas Cortes en Colombia. En este sentido, también se encontraron violados los principios de transparencia, publicidad y los principios fundamentales del interés general y los fines esenciales del Estado en conexidad con el derecho fundamental de igualdad.

En este orden de ideas, el principio de planeación se debe acatar estrictamente en la etapa precontractual en la gestión del contrato estatal durante proceso de selección justo antes de pactar con el oferente en potencia, por ser un principio transversal en relación con los demás principios y que permea toda la actuación administrativa.

El respeto del principio de planeación garantiza la determinación con certeza del tipo de contrato, la modalidad contractual, la elaboración de los estudios previos que soporten el contrato; además debe contener, la disponibilidad presupuestal, las necesidades, las cualidades y calidades del contratista y la obra, el objeto a contratar para obtener economía en el tiempo de ejecución sin dilaciones y economía a favor de las arcas públicas, -lograr el mayor bien para el mayor número de personas y hacer más con menos-, así lo ha desarrollado la doctrina especializada en contratación estatal:

A nivel normativo hay ausencia de un desarrollo expreso, pero existen referentes conceptuales sobre la materia ...lo expuesto en el artículo 209 de la Constitución Política implica entender la planeación como un tema atinente y transversal a la administración y funciones públicas, que hace parte del contenido de cada uno de los principios allí enunciados (Aponte, 2014, pp. 177-207).

Así mismo el Consejo de Estado ha establecido en su jurisprudencia, sobre el principio de planeación lo siguiente:

Si bien es cierto que el legislador no tipifica la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere: de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993 (...) según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y obtener un desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales. (Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa, Sección Tercera, Sentencia del 24 de abril de 2013).

Razón por la cual, el principio de planeación fue violado en la etapa precontractual en el contrato No. 638 de 2013, porque se pactó con base en los estudios previos fechados el 26 de diciembre del 2013, un día antes de firmarse el contrato de la máquina tapahuecos de Bogotá el día 27 de diciembre de 2013.

El estudio previo se basó en resultados contenidos en un informe descargado de internet identificado con código: CON-FM-039 de mayo del 2013, proveniente de una entidad pública estatal de los Estados Unidos que resalta las ventajas del uso de la tecnología Velocity Patching en Norte América, sustento que tomó la Unidad de Mantenimiento Vial, para tipificar el contrato No. 638 de 2013, como de ciencia y tecnología en modalidad de contratación directa, argumentando que dicha tecnología no había sido aplicada en la capital colombiana. Pero lo más grave es que dicha tecnología no era, ni es nueva en el mundo, porque desde los años ochenta se viene utilizando en América del Norte, Europa y Asia.

Es de mencionar que de los estudios previos se desprende que el objeto a contratar fue el precio por metro cúbico de parcheo, con relación con la rehabilitación y mantenimiento de las calles y carreteras de la capital colombiana, razón por la cual el contrato No. 638 de 2013 se debió tipificar como contrato de obra y celebrarse a través de la modalidad de licitación pública, permitiendo la concurrencia de pluralidad de oferentes

de personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, en igualdad de condiciones a participar en la etapa precontractual de elección del oferente, que cumplieran los requisitos legales del ordenamiento jurídico colombiano en materia de contratación estatal.

Más grave aún en los estudios previos no reza ni se constata que Green Patcher, fuera único oferente o tuviese propiedad exclusiva de los derechos industriales de la tecnología Velocity Patching; por lo tanto, el órgano de control fiscal determinó:

El Doctor Juan David Castro García abogado especialista en Propiedad Intelectual, estableció que la sociedad mercantil Green Patcher no posee la exclusividad de la tecnología Velocity Patching (Inyección a Presión Neumática), entonces Green Patcher no era único oferente porque la propiedad industrial de dicha tecnología es de la sociedad mercantil Velocity UK con sede en Inglaterra. (Contraloría de Bogotá, Informe final de visita fiscal, del 25 de febrero de 2014).

Por consiguiente, se violó el principio de planeación por parte del contratante, porque tipificó el contrato erróneamente como de ciencia y tecnología, y en realidad fue un contrato de obra que debió pactarse en modalidad de licitación pública con la concurrencia de pluralidad de oferentes en igualdad de condiciones. Es por ello que el contrato No. 638 de 2013 no cumplió con los requisitos de la Ley 29 de 1990, para ser considerado como un contrato de fomento de la investigación científica y el desarrollo tecnológico.

Pero tampoco cumplió los requisitos legales para ser tipificado y pactado como de ciencia y tecnología, porque el Decreto No. 591 de 1991 en su artículo 2), reza: "(...), investigación científica y desarrollo tecnológico; difusión científica y tecnológica; servicios científicos y tecnológicos; proyectos de innovación; transferencia tecnológica y cooperación científica (...)", por tanto, dicha tecnología no es nueva en el mundo: (...), porque la tecnología Velocity Patching ya se viene utilizando desde los años ochenta en países como: Estados Unidos, Canadá, Reino Unido y La India. (Contraloría de Bogotá, Informe final de visita fiscal, del 25 de febrero del 2014).

Además, la Unidad de Mantenimiento Vial no certificó que el contratista, tenía la propiedad industrial exclusiva de la tecnología Velocity Patching; tampoco justificó la escogencia de la modalidad de contratación directa; la Ley exige:

Contratación directa cuando no exista pluralidad de oferentes. Se considera que no existe pluralidad de oferentes: (...) 2. Cuando solo exista una persona que pueda proveer el bien o el servicio por ser titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor, o por ser, de acuerdo con la Ley, su proveedor exclusivo. Estas circunstancias deberán constar en el estudio previo que soporta la contratación. (Decreto 2474 de 2008, art. 81.2).

Se tiene pues que la entidad pública contratante violó el principio de planeación en la fase precontractual, porque el contrato No. 638 de 2013 en realidad es un contrato de obra y no de ciencia y tecnología; se reprocha porque en el estudio previo reza claramente que se trata de un contrato de obra pública pero no se respetó:

(...), la propuesta de la sociedad mercantil Green Patcher cumple con los requisitos del artículo 1501 del código civil en cuanto al elemento esencial de todo contrato de obra: "tipo de obra pública: contrato de obra pública a precios unitarios y tiempo determinado para la prestación de servicios de mantenimiento y reparcho de calles, avenidas, carreteras de la ciudad de Bogotá (...)" (Propuesta Green Patcher Colombia S.A.S, en estudios previos contratación directa) (...) además porque el contrato cumple con los requisitos legales "Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación (...)" (Ley 80 de 1993, Artículo 32.1) (...), precios unitarios presentados por Green Patcher por metro cúbico por valor de \$649.824. (Unidad de Mantenimiento Vial, 2013).

El Honorable Consejo de Estado se ha pronunciado al respecto, aclarando que:

(...), cuando en un contrato estatal se estipulan precios unitarios se trata de un contrato de obra pública (...) por precios unitarios, es aquel contrato en el que se pacta el valor de las diferentes unidades primarias de obra que deben realizarse, tales como metro cúbico. (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1439 de 2002).

De modo similar la Contraloría de Bogotá se pronunció:

(...), al pactarse precios unitarios, por lo tanto, Green Patcher Colombia se comprometió a responder por obligaciones que corresponde a un contrato de obra. En consecuencia, la UMV debió celebrar el contrato estatal 638 de 2013, en modalidad de licitación pública por ser un contrato de obra (...). (Contraloría de Bogotá, Informe final de visita fiscal, del 25 de febrero del 2014).

Por otra parte, la Unidad de Mantenimiento Vial violó el principio de transparencia, conforme al imperativo legal reglado en la Ley 489 de 1998 (art. 3), la Ley 1437 de 2011 (art. 3), y la Ley 80 de 1993 (art. 24.3, par. 3.2), porque no permitió en la etapa precontractual la participación de pluralidad de oferentes en el contrato Estatal, como era su deber legal; en cambio solo contactó y valoró a un único oferente que no tenía la exclusividad, ni la propiedad industrial de la tecnología Velocity Patching, excluyendo multiplicidad de mejores oferentes que pudieron haber participado en igualdad de condiciones, con el lleno de los requisitos legales, para ser merecedor de ser escogido y pactar el contrato Estatal, conforme reza en la Constitución de 1991 (art. 13).

Así entonces, la Unidad de Mantenimiento Vial no procedió de manera transparente, por cuanto la actuación Estatal es de dominio público conforme lo ordena el ordenamiento jurídico colombiano: Constitución de 1991 (art. 74), Ley 1437 de 2011 (art. 3.8), Ley 80 de 1993 (art. 24), Ley 489 de 1998 (art. 3), la Ley 1150 de 2007 (art. 2, par. 2); ahora bien, se tiene entonces que la regla general es que la actuación precontractual de las entidades estatales, en la gestión del contrato estatal debe ser pública y transparente. Al respecto el Consejo de Estado se ha pronunciado:

El principio de transparencia en la contratación estatal comprende aspectos tales como la claridad y la nitidez en la actuación contractual para poder hacer efectiva la supremacía del interés general, la libre concurrencia de los interesados en contratar con el Estado, la igualdad de los oferentes, la publicidad de todo el iter contractual, la selección objetiva del contratista, el derecho a cuestionar o controvertir las decisiones que en esta materia realice la Administración, etc. La libre concurrencia de los interesados implica la posibilidad de estos de acceder e intervenir en el proceso de selección y la imposibilidad para la Administración de establecer, sin

justificación legal alguna, mecanismos o previsiones que conduzcan a la exclusión de potenciales oferentes. Y es que de no ser así se conculcaría también el deber de selección objetiva porque al excluir posibles proponentes se estaría creando un universo restringido de oferentes en el que perfectamente puede no estar la mejor oferta. (Consejo de Estado, Sección tercera, Sentencia del 27 de enero de 2016).

Siendo las cosas así, resulta claro que el contrato No. 638 de 2013 implicó gasto público, entonces a la luz de la Constitución de 1991 (art. 1) Colombia es un Estado Social, por lo tanto el Estado colombiano está en la obligación de propiciar obras y servicios públicos de calidad máxima si todas las personas son obligadas a contribuir a las arcas estatales, conforme al imperativo contenido en el art. 95.9; por consiguiente, todas las personas tienen derecho a participar en el proceso de selección del mejor oferente en igualdad de condiciones a los demás, para ser escogido como contratista del Estado, sin que la entidad contratante discrimine o realice maniobras o incurra en falta de moralidad administrativa, ni manifieste en su actuación administrativa interés particular o familiar y sin que favorezca a terceros con oscuras intenciones; por tanto todas las personas pueden colaborar con el Estado conforme a la Constitución de 1991 (art. 2, art. 13), la doctrina jurisprudencial al respecto ha dicho:

De acuerdo con el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, la contratación estatal tiene como fin, “la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”. Al efecto, el legislador dispuso que las actuaciones contractuales de las entidades estatales deben supeditarse al cumplimiento de los principios de la contratación estatal. El principio de transparencia dispone que la selección de los contratistas debe “edificarse sobre las bases de i) la igualdad respecto de todos los interesados; ii) la objetividad, neutralidad y claridad de la reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas; iii) la garantía del derecho de contradicción; iv) la publicidad de las actuaciones de la administración; v) la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta; vi) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración”. Con el objetivo de limitar la discrecionalidad del administrador público, se impone el cumplimiento de requisitos y procedimientos que garantizan la selección de la mejor propuesta para satisfacer el objeto del contrato a suscribir. En este orden de ideas, la suscripción del contrato debe estar precedida, de acuerdo con

la letra del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 de un proceso de licitación o concurso público y, excepcionalmente, de un proceso de contratación directa. (...) Es en desarrollo del principio de transparencia que se impone la obligación de realizar los procesos de licitación, concurso o contratación directa “sin tener en consideración favores o factores de afecto o de interés” Lo anterior, con el objetivo de garantizar el derecho a la igualdad entre los oferentes y evitar el favorecimiento indebido, por cuanto se estarían desconociendo los principios de igualdad e imparcialidad. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 31 de enero del 2011).

De modo similar en la etapa precontractual se violó el principio de publicidad con sustento en la Constitución de 1991 (art. 74, art. 209), el Decreto 1510 de 2013, (art. 19), la Ley 1437 de 2011 (art. 3.9), la Ley 80 de 1993 (art. 24), la Ley 489 de 1998 (art. 3), y la Ley 1150 de 2007 (art. 2, pará. 2.1), porque no hizo público el proceso de selección del contratista, cercenando la participación de múltiples oferentes para la elección del mejor, que cumpliera con los requisitos legales para contratar con la entidad territorial y para favorecer la economía del contrato Estatal.

Por otra parte, la Unidad de Mantenimiento Vial obvió dar aplicación al Decreto 1510 de 2013 (art. 2), que contempla las diferentes modalidades de selección del contratista; de su lectura e interpretación se desprende una clara diferenciación entre la modalidad de contratación directa a través de la tipificación de contrato de actividades científicas y tecnológicas, distinto a la modalidad de contratación de licitación pública a través de la tipificación de contrato de obra.

En síntesis, la entidad contratante violó el principio de publicidad conforme al mandato superior (Constitución de 1991, art. 1, art. 2, art. 58), porque no promovió la participación de todas las personas en la actividad política, administrativa y económica del Estado; en otras palabras, por mandato de la Constitución de 1991, art. 95.9), si los asociados tienen la obligación constitucional de contribuir con las cargas económicas *públicas*, con mayor razón les asiste el derecho a participar del contrato estatal. Al respecto, la Honorable Corte Constitucional ha dicho:

(...), la publicidad es una garantía constitucional para la consolidación de la democracia, el fortalecimiento de la seguridad jurídica, y el respeto de los derechos fundamentales de los asociados, que se constituye en uno de los pilares del ejercicio de la función pública y del afianzamiento del Estado Social de Derecho (C.P. Art. 209). Dicho principio, permite exteriorizar la voluntad de las autoridades en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, y además brinda la oportunidad a los ciudadanos de conocer tales decisiones, los derechos que les asisten, y las obligaciones y cargas que les imponen las diferentes ramas del poder público... la información relativa a los procesos de contratación, se ajusta a la Carta Política, en tanto se cumplan las condiciones que permitan: (i) la imparcialidad y transparencia en el manejo y publicación de la información, en especial de las decisiones adoptadas por la administración; (ii) la oportuna y suficiente posibilidad de participación de los interesados en el proceso contractual, así como los órganos de control y (iii) el conocimiento oportuno de la información relativa a la contratación estatal, que garantice los derechos constitucionales a la defensa, el debido proceso y el acceso a los documentos públicos. (Corte Constitucional, Sentencia C-711 de 2012).

Para concluir, se destaca la conexidad y transversalidad del principio de planeación con los principios de publicidad y transparencia en la etapa precontractual, ya que estos principios garantizan la imparcialidad y la no desviación del poder por parte de los funcionarios y autoridades públicas de las entidades Estatales. Sobre el particular, el Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente:

Las actuaciones de la Administración deben ser puestas en conocimiento de los administrados con lo cual ha de garantizarse su transparencia; con mayor razón cuando se trata de adelantar alguno de los procedimientos de selección de contratistas, puesto que de su efectiva aplicación se ha de derivar la posibilidad real de asegurar y permitir amplia participación de todas las personas que estén interesadas en presentar sus ofertas para la ejecución de proyectos de interés público. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de agosto de 2007).

Con lo hasta ahora expuesto, se tiene que el contrato No. 638 de 2013, violó el principio de economía como consecuencia de no respetar el principio de colaboración armónica como era deber constitucional y legal respetar por la entidad contratante; conforme reza la Constitución de 1991 (art. 113, art. 209, art. 267), la Ley 1437 de 2011 (art. 3.10, art.

3.12), la Ley 489 de 1998 (art. 3), la Ley 80 de 1993 (art. 25) y la Ley 1150 de 2007 (art. 2), porque tanto la Unidad de Mantenimiento Vial (UMV) como el Instituto de Desarrollo Urbano (IDU), ambas entidades pertenecientes al Distrito Especial de la capital colombiana con el mismo objeto legal de creación, en el año 2013 tenían estipulados precios por metro cúbico, para el contrato de obra de parcheo de huecos en Bogotá.

El IDU, para la fecha del contrato de la máquina de Bogotá, tenía establecido el valor de \$674.414,60 por m³ de parcheo y la propia UVM tenía como valor \$491.331 por m³ de parcheo; no obstante, la UVM pactó con Green Patcher Colombia el contrato No. 638 de 2013 por un precio de \$743.795 por m³ de parcheo, superando el precio del IDU en \$72.320,4 y de la propia UVM en \$252.464. (Contraloría de Bogotá, Informe final de visita fiscal, del 25 de febrero del 2014).

En otras palabras, con la violación al principio de economía en la etapa precontractual se infiere que el pacto del contrato de la máquina tapahuecos de Bogotá, generó un detrimento a las arcas públicas estatales, recursos económicos con los cuales el Estado colombiano debe propender por cumplir con los fines esenciales del Estado en la prevalencia del interés general de todas las personas que habitan Colombia.

Así las cosas, resulta claro que por mandato de la Constitución de 1991 (art. 51, art. 366), el Estado debe reducir recursos económicos, priorizando el gasto público en la población humana colombiana más necesitada, para mejorar la calidad de vida, brindando solución a las necesidades insatisfechas de educación, salud, vivienda, saneamiento ambiental y agua potable.

Del mismo modo la Unidad de mantenimiento Vial, en la etapa contractual violó el principio de economía porque pasados más de 2 meses desde la firma del contrato que se realizó el día 27 de diciembre de 2013, al día 25 de febrero del 2014 cuando la Contraloría de Bogotá expidió el informe de visita fiscal, no se había firmado acta de inicio del contrato, toda vez que no estaba expedida póliza de cumplimiento, lo que impidió que se diera comienzo a la ejecución del contrato No. 638 de 2013.

No obstante, la violación del principio de economía se debe entender en sentido lato esto es (más allá del dinero), por cuanto el tiempo de ejecución del contrato estatal pactado fue de 6 meses, entonces la obra debió finalizar el 27 de junio de 2014 y esto no sucedió. Gravemente a noviembre del 2015, el contrato aún seguía vigente y ejecutándose, la entidad contratante publicó a través de su oficina de prensa lo siguiente: “La meta es inyectar 15.684 metros cúbicos de mezcla asfáltica en frío, al finalizar este gobierno, teniendo a la fecha 10.736 metros cúbicos inyectados con un avance del 70%” (Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, Informe de prensa del 6 de noviembre del 2015).

La doctrina especializada en contratación Estatal, ha dicho lo siguiente:

El principio de economía tiene aplicabilidad tanto en la etapa precontractual y contractual, está orientado por los principios de eficiencia, que buscan la celeridad y eficacia en los procedimientos, encaminados al cumplimiento de los fines del Estado, por lo cual debe entenderse que este no solo hace alusión a la economía de los recursos financieros, sino, también, a la economía de tiempo y al cumplimiento de las etapas y términos que se exigen en cada uno de los procedimientos que hacen parte de las diferentes modalidades de selección. (Rosero, 2012, p. 42).

La Honorable Corte Constitucional no ha sido ajena a este proceso; al respecto también se ha pronunciado así:

La Corte en cuanto al principio de economía, ha enfatizado que constituye una orientación, una pauta, para que el cumplimiento de los fines del Estado se proyecte buscando el mayor beneficio social al menor costo, sin que ello lo convierta en un fin en sí mismo. (Sentencia C-849 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería).

Por otra parte se violaron los principios de eficacia y eficiencia ambos con estrecha relación entre sí y con los principios de colaboración armónica y planeación, porque en los estudios previos del contrato No. 638 de 2013 se tipificó el contrato estatal incorrectamente como de ciencia y tecnología sin serlo, toda vez que Green Patcher no era único oferente y por haber pactado la obra por m³ de parcheo a precio superior al

establecido por el Instituto de Desarrollo Urbano y la propia Unidad de Mantenimiento Vial para el mismo tipo de obra pública de parcheo de huecos. Al respecto se trae a colación el pronunciamiento del Consejo de Estado:

Los principios de planeación, economía y transparencia que, entre otros, orientan la contratación estatal, tienen como finalidad asegurar que todas las actuaciones adelantadas por la Administración durante la actividad contractual se cumplan con eficiencia y eficacia; que los procedimientos de selección sean ágiles, agotando los trámites estrictamente necesarios; que todo proyecto esté precedido de los estudios técnicos, financieros y jurídicos requeridos para la viabilidad económica y técnica de la obra; que en la ejecución del contrato se optimicen los recursos y se eviten situaciones dilatorias que ocasionen perjuicios a una de las partes contratantes. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de agosto de 2007).

Por consiguiente, de haberse respetado los principios de eficacia y eficiencia en el contrato No. 638 de 2013, se hubiese logrado acatar el mandato constitucional de cumplir con los fines esenciales del Estado, para lograr la satisfacción de la prevalencia del interés general, para propender por mejorar la calidad de vida de todas las personas con la obra pública Estatal, impactando de manera positiva la capital colombiana, pero reduciendo costos económicos.

Lo anterior en cuatro sentidos, primero en cuanto al impacto de la obra pública que beneficia a todas las personas, segundo porque la prestación de los servicios públicos y la creación de obras públicas deben ser continuos y de calidad, tercero respecto a permitir la participación de todas las personas en igualdad de condiciones, que cumplan los requisitos legales de la contratación Estatal en calidad de oferentes en el proceso de selección del contratista, y cuarto en reducir los costos en el contrato estatal de la entidad territorial.

Ahora bien, se trae a colación la doctrina jurisprudencial de la Honorable Corte Constitucional respecto a los principios de eficacia y eficiencia:

En este sentido, la Sala ha señalado que la eficacia constituye una cualidad de la acción administrativa en la que se expresa la vigencia del estado social en el ámbito jurídico-administrativo. Así mismo añade que, en definitiva, la eficacia es la traducción de los deberes constitucionales positivos en que se concreta el valor superior de la igualdad derivado directamente de la nota o atributo de socialidad del Estado. Por su parte, en lo que atañe al principio de eficiencia la jurisprudencia de este Tribunal ha señalado que se trata de la máxima racionalidad de la relación costos-beneficios, de manera que la administración pública tiene el deber de maximizar el rendimiento o los resultados, con costos menores, por cuanto los recursos financieros de Hacienda, que tienden a limitados, deben ser bien planificados por el Estado para que tengan como fin satisfacer las necesidades prioritarias de la comunidad sin el despilfarro del gasto público. Lo anterior significa, que la eficiencia presupone que el Estado, por el interés general, está obligado a tener una planeación adecuada del gasto, y maximizar la relación costos-beneficios. (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-826 de 2013).

JURISPRUDENCIA DE LAS ALTAS CORTES, OBLIGACIÓN DE RESPETO A LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES

Se puede resumir a continuación que la investigación demostró que los principios constitucionales, legales y los nos reglados, aplicables a la contratación estatal no debieron ser violados por la Unidad de Mantenimiento Vial en el contrato No. 638 de 2013, por cuanto los principios ordenan y determinan un comportamiento actual, socialmente justo, encaminados a la prevalencia de: el interés general, la moralidad administrativa y la transparencia, sin desviación del poder por parte del Estado en la actuación administrativa de la entidades territoriales descentralizadas públicas, en cabeza de las autoridades y funcionarios del Estado colombiano.

Los principios están instituidos y dirigidos para que el Estado en su función pública y administrativa, satisfaga el interés general y de manera prioritaria solucione las necesidades de toda la comunidad en especial de la población más vulnerable, es por ello que debe minimizar al máximo el gasto público (hacer más con menos), materializando efectiva-

mente los fines esenciales del Estado y la prevalencia del interés general que se impone a: el interés particular y la empresa criminal corrupta; el Consejo de Estado ha plasmado enfáticamente en doctrina jurisprudencial, lo siguiente:

Los principios y las reglas son normas jurídicas, pues unos y otras establecen un deber ser y, finalmente, exigen un determinado comportamiento. En efecto, los principios jurídicos, como las reglas, tienen valor de fuente del derecho, forman parte del ordenamiento jurídico y su violación puede ser sancionada. Sin embargo, difieren en que, en tanto las reglas prescriben y exigen determinada conducta de acción u omisión, tendientes a permitir, mandar o prohibir; los principios son los valores de la sociedad transformados por el derecho en criterios o parámetros de conducta fundamentales que instruyen y rigen las relaciones jurídicas en el Estado, pues a la vez que inspiran las reglas de conducta, también se proyectan en el ordenamiento jurídico para irradiar e impregnar esos axiomas, patrones, modelos o arquetipos de comportamiento ético, cultural o social a las situaciones generales e individuales; y mientras en las reglas el juicio de valor ya se encuentra establecido al consagrar la proposición en que ella consiste, en los principios, sea que se contemplen o no en normas positivas; corresponde al intérprete realizar ese juicio a través de una operación intelectual acerca de la coincidencia de una situación concreta con el valor correspondiente, para determinar su observancia. Además, los principios funcionalmente son soporte estructural del sistema, puesto que establecen los criterios esenciales que animan el ordenamiento en una determinada situación o relación que interese al derecho, se convierten en pautas hermenéuticas para desentrañar el significado y alcance de las reglas jurídicas, y constituyen fuente formal para resolver situaciones o problemas concretos ante la falta o insuficiencia de reglas jurídicas. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de diciembre del 2007).

Finalmente se trae a colación lo establecido por la doctrina jurisprudencial de la Honorable Corte Constitucional, en cuanto a la fuerza normativa y vinculante de los principios constitucionales y legales:

Los principios (...), consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, (...) Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos, su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente,

una base [deontológico]-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser. Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-406/92).

CONCLUSIONES

Se concluye que el principio de planeación es transversal a todos los principios de la contratación Estatal y de suma importancia respetarlo en la etapa precontractual y contractual, para asegurar el éxito del contrato Estatal; por tanto si la entidad Estatal contratante, en el contrato No. 638 de 2013 hubiese acatado los principios de la contratación Estatal, tanto los reglados y los no reglados, habría evitado la violación del derecho fundamental de igualdad e incurrido como aconteció en: la exclusión sin fundamento de la participación de pluralidad y mejores oferentes, la errónea tipificación del contrato como de ciencia y tecnología, la incorrecta elección de modalidad de contrato directo, el detrimento patrimonial de las arcas públicas, la tardanza en la ejecución del término de tiempo estipulado.

Debido a lo ya expuesto, por motivo de la irregular planificación precontractual, la entidad contratante en los estudio previos no constató que Green Patcher no cumplía con los requisitos legales contemplados en la Ley 29 de 1990, pero en especial en lo establecido en el Decreto 591 de 1991 en su artículo 2, por dos razones: la primera porque el contratista Green Patcher Colombia S.A.S. no era dueño de la propiedad industrial de la tecnología Velocity Patching, segundo porque dicha tecnología no era nueva en el mundo ya que desde los años ochenta se ha venido usando en otros continentes.

Por consiguiente el objeto contractual pactado en el contrato No. 638 de 2013, reunió todas las condiciones para ser considerado un contrato de obra pública y no un contrato de ciencia y tecnología, porque el contratista Green Patcher por escrito en su oferta a la entidad contratante expresó que el contrato a pactar era de obra pública y ofreció precios unitarios por m³ de parcheo de huecos, además también ofreció tiempo

determinado para la obra de mantenimiento y reparación de la malla vial de Bogotá, por lo tanto se debió pactar en modalidad de licitación pública.

Sobre la base de las ideas expuestas la Unidad de Mantenimiento Vial incurrió en grave violación al principio de colaboración armónica y por ende trasgredió el principio de economía en la etapa precontractual del contrato No. 638 de 2013; como consecuencia se generó detrimento económico a las arcas públicas, porque se contrató el m³ de parcheo de huecos por valor unitario de \$743.795 por m³, pero dicho precio superó los precios para la misma obra establecidos y vigentes que tenía tanto la Unidad de Mantenimiento Vial como el Instituto de Desarrollo Urbano.

Finalmente, el contrato No. 638 de 2013 en la etapa contractual, violó el principio de economía en sentido lato porque no cumplió a cabalidad el tiempo de ejecución pactado de 6 meses, desde el 27 de diciembre del 2013 hasta la entrega de la obra el 27 de junio del 2014 como quedó pactado, pero a noviembre del año 2015, apenas se había ejecutado en un 70% la obra contratada.

CONFLICTO DE INTERESES

Los autores declaran la inexistencia de conflicto de interés con institución o asociación comercial de cualquier índole. Asimismo, la Universidad Católica Luis Amigó no se hace responsable por el manejo de los derechos de autor que los autores hagan en sus artículos, por tanto, la veracidad y completitud de las citas y referencias son responsabilidad de los autores.

REFERENCIAS

- Acuerdo No. 19 de 1972 del Concejo de Bogotá D.C. "Por el cual se crea y reglamenta el funcionamiento del Instituto de Desarrollo Urbano".
- Acuerdo No. 257 de 2006, artículo 109 del Concejo de Bogotá D.C. "Por el cual se dictan normas básicas sobre la estructura, organización y funcionamiento de los organismos y de las entidades de Bogotá, Distrito Capital, y se expiden otras disposiciones".
- Aponte, I. (2014). Las fallas de planeación y su incidencia en el contrato estatal de obra. *Revista Digital de Derecho Administrativo Universidad Externado de Colombia*, 11, 177-207. Recuperado de <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3831/4087>
- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1439 de 2002, Consejero Ponente: María Elena Giraldo.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de agosto de 2007, Consejero Ponente: Mauricio Eduardo Rosasco Estupiñan.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de diciembre del 2007, Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 31 de enero del 2011, Consejera Ponente: Olga Melida Valle De la Hoz.

Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa, Sección Tercera, Sentencia del 24 de abril de 2013, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia del 27 de enero de 2016, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Contraloría de Bogotá, Informe final de visita fiscal, del 25 de febrero del 2014.

Corte Constitucional, Sentencia C-711 de 2012, Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional, Sentencia C-826 de 2013, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, Sentencia T-406/92, Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

Constitución Nacional de Colombia. 1991.

Decreto No. 591 de 1991, "Por el cual se regulan las modalidades específicas de contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas".

Decreto No. 2474 de 2008, "Por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones".

Ley No. 80 de 1993, "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública"

Ley No. 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”.

Ley 489 de 1998. Diario Oficial No. 43.464, de 30 de diciembre de 1998. Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional.

Ley 1437 de 2011. Diario Oficial No. 47.956 de 18 de enero de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Ley 29 de 1990. Por la cual se dictan disposiciones para el fomento de la investigación científica y el desarrollo tecnológico y se otorgan facultades extraordinarias. Recuperado de <https://www.colciencias.gov.co/sites/default/files/upload/reglamentacion/ley-29-1990.pdf>

Manrique, A. (2010). *Fundamentos de la Organización y del Funcionamiento del Estado Colombiano*. Bogotá, Colombia: Ediciones Dike.

Rodríguez, L. (2007). *Derecho Administrativo general y colombiano*. 15ª edición, Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

Rosero, B. C. (2012). *Contratación Estatal: Manual Teórico Práctico*. Bogotá: Ediciones de la U.

Tafur, A. (1995). *Derecho Administrativo General*. Bogotá, Colombia: Editorial Ciencia y Derecho, segunda edición.

Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, Informe de prensa del 6 de noviembre del 2015

Unidad de Mantenimiento Vial, Programa de Ciencia y Tecnología. Alcaldía de Bogotá – Contrato 638 de 20132013

Sentencia C-849 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería <http://www.corte-constitucional.gov.co/relatoria/2005/c-849-05.htm>

Vidal, J. (2008). *Derecho Administrativo*. Bogotá, Colombia: Editorial Legis.