

TRIBUNAL DE ARBITRAJE

GRUPO INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO S.A.

VS.

METRO CALI S.A.

LAUDO ARBITRAL

Santiago de Cali, veintinueve (29) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

Surtida como se encuentra la totalidad de las actuaciones procesales previstas en la Ley 1563 de 2012 para la debida instrucción del trámite arbitral, y en la fecha señalada para llevar a cabo la audiencia de fallo, el Tribunal Arbitral, profiere en derecho el laudo que pone fin al proceso arbitral convocado para dirimir las diferencias surgidas entre **GRUPO INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO S.A., GIT MASIVO S.A.** (en adelante Git Masivo) como parte demandante y **METRO CALI S.A.** (en adelante Metro Cali) como parte demandada en razón del contrato de concesión suscrito entre los mismos el día 15 de diciembre de 2006.

I. ANTECEDENTES

1. EL CONTRATO

El 15 de diciembre de 2006 **GRUPO INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. y METRO CALI S.A.** celebraron el contrato de concesión No. 1 *para la prestación del servicio público de transporte masivo de pasajeros dentro del sistema integrado de transporte masivo de Santiago de Cali.*

2. EL PACTO ARBITRAL

Corresponde a la cláusula 143 del contrato cuyo texto es el siguiente:

“Cláusula 143 TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

“Cualquier divergencia que surja entre las partes con ocasión de la celebración, interpretación, ejecución o liquidación de este contrato, que no sea posible solucionar amigablemente, mediante arreglo directo o conciliación, será dirimida por un Tribunal de Arbitramento, el cual se regirá por las siguientes reglas:

“143.1 El tribunal estará compuesto por tres (3) árbitros designados de común acuerdo por las partes cuando la cuantificación de la pretensión o la valoración

del conflicto sea igual o superior a dos mil (2000) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la presentación de la respectiva solicitud de citación del Tribunal. En el caso que el valor de estimación del conflicto o de las pretensiones se encuentre por debajo de tal valor, se designará un único árbitro.

“143.2 La designación de (los) árbitro (s) deberá realizarse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en que se entienda agotada la etapa de conciliación. Si tal acuerdo no se lograra, las partes recurrirán a la Cámara de Comercio de Cali para que sea ésta quien los designe. En este evento cuando mínimo uno de los árbitros debe ser especializado en derecho administrativo.

“143.3 Los árbitros decidirán en derecho.

“143.4 El tribunal se sujetará al reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali, y se regirá por lo previsto en esta cláusula y por todas las disposiciones aplicables, en particular el decreto 2279 de 1989, ley 23 de 1991, el decreto 2651 de 1991, la ley 446 de 1998 y el decreto 1818 de 1998, o por las normas que los adiciones, modifiquen, o reemplacen.

“143.5 En la medida que las normas legales así lo exijan, las disputas relacionadas con la aplicación y los efectos de las cláusulas de caducidad, terminación unilateral, interpretación unilateral y modificación unilateral, no podrán ser sometidas al arbitramento.

“143.6 El Tribunal sesionará en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali, o en cualquier otro lugar que designen las partes de mutuo acuerdo.

“143.7 Los gastos que ocasione el tribunal de arbitramento, serán cubiertos por la parte que resulte vencida”

3. PARTES PROCESALES

3.1. PARTE CONVOCANTE Y DEMANDADA EN RECONVENCIÓN

Es la sociedad **GRUPO INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO S.A.** con domicilio en la ciudad de Cali, identificada con NIT 900099310-9 representada legalmente por el señor **ENRIQUE WOLFF MARULANDA.**

3.2. PARTE CONVOCADA Y DEMANDANTE EN RECONVENCIÓN

Es convocada la sociedad **METRO CALI S.A.** con domicilio en la ciudad de Cali, identificada con el NIT 805013171-8, representada legalmente por el señor **NICOLÁS OREJUELA BOTERO.**

4. ETAPA INICIAL

4.1 El 23 de junio de 2015 mediante apoderado, la sociedad **GRUPO INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. GIT MASIVO S.A.** presentó solicitud de convocatoria de Tribunal Arbitral contra **METRO CALI S.A.** con base en el contrato celebrado entre las partes y en desarrollo de la cláusula compromisoria pactada en el mismo.

4.2 Después de varios aplazamientos el 16 de octubre de 2015 y en cumplimiento a lo pactado en la cláusula compromisoria fueron designados como árbitros, de común acuerdo por las partes, **ANTONIO PABON SANTANDER, ADRIANA POLANIA POLANIA Y JUAN CARLOS HENAO PEREZ** quienes una vez notificados aceptaron oportunamente el encargo. Antes del inicio de esta reunión para designar árbitros, el apoderado de la parte convocante presentó sustitución a la solicitud de convocatoria de Tribunal Arbitral y en ella adicionó, como parte demandante, la sociedad **UNIÓN METROPOLITANA DE TRANSPORTADORES S.A. UNIMETRO S.A.** Quedó entonces la solicitud de integración del Tribunal realizada por dos sociedades **GRUPO INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. y UNIÓN METROPOLITANA DE TRANSPORTADORES S.A.**

4.3 El 16 de diciembre de 2015 se instaló el Tribunal.

4.4 El 23 de diciembre de 2015 el árbitro **JUAN CARLOS HENAO PEREZ**, renunció, y el 8 de enero de 2016 el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali, comunicó a las partes la renuncia presentada por el Dr. Henao. En su lugar fue designado el primer suplente numérico **JOSÉ VICENTE GUZMÁN ESCOBAR**, quien una vez notificado aceptó oportunamente el día 15 de enero de 2016.

4.5 El 17 de febrero de 2016 el Tribunal inadmitió la demanda, la cual, una vez subsanada, fue admitida y notificada personalmente a las partes y al Ministerio Público. Dentro del término, el apoderado de la convocada interpuso recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda, decisión que fue confirmada mediante auto No.04 del 27 de abril de 2016.

4.6 Dentro del término de traslado de la demanda, la parte demandada, por intermedio de su apoderado judicial, dio contestación a la misma oponiéndose a las pretensiones, interponiendo las excepciones de mérito que allí constan y objetando la cuantía de las pretensiones estimada por la convocante para sus pretensiones indemnizatorias. Adicionalmente METRO CALI S.A. presentó demanda de reconvención contra **GRUPO INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. GIT MASIVO S.A. y UNIÓN METROPOLITANA DE TRANSPORTADORES S.A. UNIMETRO S.A.**

4.7 El 20 de junio de 2016 mediante auto No. 5 el Tribunal inadmitió la demanda de reconvención, que una vez subsanada, fue notificada a las convocantes quienes le dieron respuesta oponiéndose a las pretensiones, proponiendo, cada una, las excepciones de

mérito que allí constan y objetando la cuantía de las pretensiones estimadas por la convocada para sus pretensiones indemnizatorias.

4.8 El 12 de julio de 2016 el representante legal de Unimetro S.A. presentó un escrito en el cual somete a consideración y apreciación del Tribunal una solicitud de conciliación respecto de las pretensiones de Unimetro.

4.9 Por auto No. 7 el 26 de agosto de 2016 se corrió traslado a las partes de las excepciones formuladas respecto de la demanda principal y de reconvenición, y de las objeciones al juramento estimatorio, término dentro del cual ambas se pronunciaron.

4.10 El 21 de septiembre de 2016 el apoderado de Git masivo S.A. reformó la demanda, que se inadmitió y una vez subsanada, fue admitida y notificada a las partes y al ministerio público

4.11 Dentro del término previsto para el efecto, la parte convocada dio respuesta a la reforma de la demanda formulando excepciones, oponiéndose a las pretensiones, objetando el juramento estimatorio y solicitando nuevas pruebas. Adicionalmente reformó la demanda de reconvenición dirigiéndola solo contra **GRUPO INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. GIT MASIVO S.A.**

4.12 El 10 de febrero de 2017 mediante auto No. 16 el Tribunal admite la reforma de la demanda de reconvenición instaurada por **METRO CALI S.A.** contra **GIT MASIVO S.A.** y ordena correr traslado de la reforma.

4.13 Dentro del término para ello la convocante dio respuesta a la reforma de la demanda de reconvenición, formulando excepciones, oponiéndose a las pretensiones, objetando el juramento estimatorio y solicitando nuevas pruebas.

4.14 Por auto No. 17 del 9 de marzo de 2017 se corrió traslado a las partes de las excepciones formuladas respecto de la reforma de la demanda y la reforma de la demanda de reconvenición, y de las mutuas objeciones al juramento estimatorio, dentro del término ambas partes se pronunciaron sobre las mismas.

4.15 El 23 de marzo de 2017 por auto No. 19 se corrió traslado al Ministerio Público del acuerdo celebrado entre **UNIÓN METROPOLITANA DE TRANSPORTADORES S.A. UNIMETRO S.A.** y **METRO CALI S.A.** para su concepto, el cual fue rendido oportunamente de manera favorable.

4.16 El 04 de abril de 2017, se inició la audiencia de conciliación y las partes de común acuerdo solicitaron la suspensión de la misma por el término de seis meses. Los representantes legales de Unimetro S.A. y Metro Cali S.A., a fin de precisar los alcances del memorando de entendimiento entregado al Tribunal y de obtener las autorizaciones necesarias para implementar el acuerdo en él contenido y los representantes legales Git Masivo y Metro Cali, a fin de explorar la posibilidad de un arreglo.

4.17 El 06 de julio de 2017 **UNIMETRO S.A. y METRO CALI S.A.** solicitan la cesación de funciones del tribunal respecto a la demanda presentada por Unimetro S.A. contra Metro Cali S.A. a lo cual accedió el tribunal mediante auto de 22 de septiembre del 2017, continuando el proceso solamente entre **GRUPO INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. GIT MASIVO S.A. y METRO CALI S.A.**

4.18 El 04 de octubre de 2017 se reanudó la audiencia de conciliación, la cual se declaró fallida y se fijaron a continuación las sumas de honorarios y gastos de funcionamiento del Tribunal, las cuales fueron consignadas oportuna e íntegramente por las partes.

4.19 El 22 de noviembre de 2017 tuvo lugar la primera audiencia de trámite. Ese día el Tribunal se declaró competente para decidir las controversias puestas a su consideración con respecto de **GIT MASIVO y METRO CALI** y decretó pruebas solicitadas por las partes, concluyendo de esta manera la primera audiencia de trámite.

II. LAS CUESTIONES LITIGIOSAS SOMETIDAS A ARBITRAJE

1. LOS HECHOS DE LA DEMANDA PRINCIPAL REFORMADA

Las alegaciones de hecho en las que se fundamenta la reforma de la demanda, bien pueden sintetizarse de la siguiente manera:

1.1 Un primer apartado hace unas consideraciones generales sobre el sistema de transporte masivo en Colombia, el proyecto y la regulación para Santiago de Cali; en este hace un recuento de las leyes, decretos, documentos de política nacional emanados del CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL (CONPES) y el convenio interadministrativo de utilización de vías y operación del sistema integrado de transporte masivo de CALI – MIO (y sus 3 otros íes) aplicables. Posteriormente presenta una descripción general del proyecto para luego realizar el relato de los hechos separado por secciones iniciando con el proceso licitatorio y la etapa precontractual.

EL PROCESO LICITATORIO Y LA ETAPA PRECONTRACTUAL

1.2 Informa la parte demandante que METRO CALI diseñó y estructuró el Sistema MIO con el fin de cubrir la totalidad de la demanda de pasajeros de la ciudad de Santiago de Cali, mediante la prestación del servicio público de transporte masivo de pasajeros.

1.3 Que mediante Resolución No. 205 de 21 de junio de 2006 METRO CALI convocó la Licitación Pública número MC-DT-001 de 2006, para la celebración de contratos de *“Concesión para la prestación del servicio público de transporte masivo de pasajeros dentro del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Santiago de Cali Operación de Servicio Troncal, Auxiliar y Alimentador del Sistema MIO”*.

1.4 El Objeto de la Licitación, de conformidad con el Pliego de Condiciones fue:

“Seleccionar cinco (5) concesionarios que celebrarán el contrato estatal de concesión cuyo objeto es otorgar en concesión no exclusiva, conjunta y simultánea con otros concesionarios, y exclusiva respecto de otros operadores de transporte colectivo, la explotación del servicio público de Transporte Masivo de Pasajeros del Sistema MIO, en los términos, bajo las condiciones y con las limitaciones previstas en el contrato.

Dicha concesión otorgará el permiso de operación al concesionario para la prestación del Servicio de Transporte Público Masivo de Pasajeros en la ciudad de Santiago de Cali y su área de influencia sobre las vías definidas como troncales, pretroncales y complementarias del Sistema MIO y respecto de los servicios que se determinen por Metro Cali S.A. dentro del Sistema MIO (...).”

1.5 La Licitación Pública fue adjudicada mediante Resolución No. 145 del 16 de noviembre de 2006, así:

Concesión No.	Concesionarios
1	GIT MASIVO S.A.
2	BLANCO Y NEGRO MASIVO S.A.
3	ETM S.A.
4	UNIMETRO S.A.

1.6 Que el 15 de diciembre de 2006, entre Git Masivo S.A. y Metro Cali S.A., se firmó el Contrato de Concesión No. 1 para la prestación del servicio público de transporte masivo de pasajeros del municipio de Santiago de Cali.

1.7 El objeto del contrato consistió en:

“Otorgar en Concesión no exclusiva, conjunta y simultánea con otros Concesionarios, y exclusiva respecto de otros operadores de transporte público colectivo, la explotación del servicio público de transporte masivo del sistema MIO al CONCESIONARIO, por su cuenta y riesgo, en los términos, bajo las condiciones y con las limitaciones previstas en el presente Contrato.

Dicha Concesión otorgará al CONCESIONARIO: (i) el derecho a la explotación del Servicio Público de Transporte Masivo en las Rutas Troncales, las Rutas Auxiliares y las Rutas Alimentadoras del Sistema MIO para las Fases 1 y 2, a través de la participación del CONCESIONARIO en los recursos económicos generados por la prestación del servicio, y (ii) el permiso de operación al CONCESIONARIO de la prestación del servicio público de transporte masivo en la ciudad de Santiago de Cali y su área de influencia dentro del Sistema MIO.”

1.8 El contrato fue objeto de las siguientes modificaciones:

CONTRATO DE CONCESIÓN No. 1 METRO CALI (Concedente) – GIT MASIVO (Concesionario)		
Fecha	Modificación	Objeto
2/Jun/2011	Otrosí No. 1	Modificó la calificación del índice de accidentalidad.
16/Sep/2011	Adición No. 1	Modificó algunas cláusulas contractuales e impuso transacción.
23/Dic/2011	Otrosí No. 2	Modificó algunas cláusulas en relación con pequeños propietarios.
7/Dic/2012	Otrosí No. 3	Modificó algunos aspectos del Fondo de Reconversión Empresarial Social y Ambiental – FRESA.
4/Dic/2013	Otrosí No. 4	Estableció directrices para la destinación y uso de los recursos provenientes de las culminadas concesiones de patios talleres Valle del Lili, Aguablanca y Guadalupe.
3/Dic/2013	Otrosí No. 5	Modificó transitoriamente el Contrato de Concesión número 1, en lo relativo al porcentaje de pignoración de participación económica, otorgado por el derecho del concesionario consignado en el numeral 7.5 de la cláusula 7.
18/Dic/2014	Otrosí No. 6	Mejoramiento de los niveles de servicio al usuario, de manera que se dote a METRO CALI de herramientas útiles para verificar el cumplimiento de los niveles de servicio en los buses que operan. Nuevo cronograma de METRO CALI para construir la totalidad de la infraestructura requerida en función del adecuado funcionamiento del Sistema. Se fijó tarifa al usuario de acuerdo con Otrosí al Convenio Interadministrativo. Transacción entre los concesionarios y Metro Cali S.A. Situación que busca mitigar contingencias jurídicas sobre acciones del pasado entre los actores del Sistema.

1.9 Expone que el Sistema tiene tres (3) tarifas, Técnica, Licitada por kilómetro y al Usuario, las cuales están diseñadas para reflejar los costos del Sistema, remunerar adecuadamente al Concesionario y promover que el pago de la Tarifa al Usuario sea fuente de pago suficiente para los agentes del Sistema.

1.10 Que la estructuración jurídica del proyecto elaborada por Escallón Morales y Asociados, elaboró un análisis de los riesgos del Contrato, y las formas de mitigarlos y el documento de estructuración financiera elaborado por Profesionales de Bolsa, determinó en el mismo sentido respecto a los riesgos del Sistema MIO.

1.11 Los Documentos CONPES, que en lo principal regularon las condiciones de cofinanciación del Gobierno Nacional a los diferentes Sistemas Integrados de Transporte Masivo (MIO) establecieron que la infraestructura sería principalmente proveída por el Estado y la operación debía estar en condiciones de equilibrio y autosostenibilidad para que los entes territoriales no tuvieran que subsidiar la operación.

1.12 Afirma que el 11 de febrero de 2003 se suscribió el Convenio Interadministrativo de Utilización de Vías y Operación del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Cali entre la Secretaría de Tránsito y Transporte de Santiago de Cali y METRO CALI que fue modificado el 10 de octubre de 2003. El Convenio contiene obligaciones a cargo de METRO CALI, de informarle a la *“Secretaría la necesidad de actualizar, aumentar o de otra forma modificar la tarifa, cuando así lo requieran sus obligaciones contractuales bajo los contratos de concesión para la operación del SITM”*

1.13 En junio de 2006, la Secretaría de Tránsito y Transporte de Santiago de Cali y METRO CALI suscribieron el Otrosí No. 2 al Convenio Interadministrativo en el que se ratificó que el Alcalde Municipal es el responsable de fijar la Tarifa al Usuario con base en recomendaciones formuladas por METRO CALI y la Secretaría pero, cumpliendo *“los parámetros, las condiciones y las fórmulas de la estructura técnico-financiera de la tarifa técnica, la cual deberá garantizar la autosostenibilidad y estabilidad del Sistema”*

1.14 El 30 de agosto de 2006 METRO CALI expidió el Adendo No. 4 que modificó las Cláusulas 23, 26 y 43 del Contrato (Págs. 66, 74 y 92), precisando que la participación en los ingresos del Sistema MIO para cada tipología de vehículo, estaba dada por los kilómetros recorridos del período correspondiente multiplicada por la tarifa licitada debidamente ajustada para dicha tipología de cada Concesionario.

1.15 La modificación a las cláusulas en mención garantizaba que el cálculo de los Egresos Básicos del Sistema MIO establecido en la cláusula 26.4 se realizara con la participación en los ingresos del Sistema a partir de la Tarifa Licitada actualizada y no en función de los valores pagados en el período anterior.

1.16 Dicha modificación resulta congruente con el hecho de que la Tarifa Técnica reflejase los costos reales del Sistema MIO y así mantener el modelo de autosostenibilidad, pero además, conlleva un deber para METRO CALI que debe velar que los Ingresos del Sistema sean equivalentes a los Egresos del Sistema a través de la construcción técnica de la tarifa conforme a los parámetros contractuales dispuestos al respecto.

1.17 En consecuencia, los proponentes, y en particular Git Masivo (Concesionario No. 1), propusieron la siguiente tarifa por kilómetro por tipología de vehículo, Articulado, Padrón y Complementario así:

PROPONENTE	TARIFA LICITADA PROFORMA 7			APORTE EXCEDENTES NETOS PROFORMA 8
	ARTICULADO	PADRÓN	COMPLEMENTARIO	
GIT MASIVO S.A.	\$7.012/Km	\$4.285	\$3.019/Km	100%
BLANCO Y MASIVO S.A.	\$7.012/Km	\$4.285	\$3.019/Km	100%
ETM S.A.	\$7.235/Km	\$4.421	\$3.115/Km	0%
UNIMETRO S.A.	\$7.235/Km	\$4.421	\$3.115/Km	0%

1.18 METRO CALI dispuso que el Concesionario No. 1 debía acreditar un Cierre Financiero (Cláusulas 1.128 y 5) por la suma de *sesenta y cinco mil millones de pesos (\$65.000'000.000)* a pesos constantes de Enero de 2006 a actualizar con el IPC certificado por el DANE, a más tardar al sexto (6º) mes siguiente a la suscripción del Contrato, ya fuese mediante capital propio o endeudamiento.

1.19 METRO CALI previó que el incumplimiento de dicha obligación estaba expresamente previsto como una causal de terminación anticipada del Contrato, imputable al Concesionario (Cláusula 122.1.).

1.20 Esto refleja que el Concesionario tenía que asegurar unos recursos para inversiones y como contraprestación tenía una Tarifa Licitada que a su vez reflejaba equilibrio de las inversiones y costos, y que el Alcalde Municipal tenía la carga de fijar una Tarifa al Usuario construida técnicamente por METRO CALI para garantizar un escenario de equilibrio ya que no habría subsidios.

1.21 Explica la parte demandante, que los principios del marco económico del Contrato permiten establecer que el Sistema estaba estructurado bajo concepto de equilibrio y autosostenibilidad como quiera que estaba proyectado que no habría subsidios a la Tarifa

al Usuario. La remuneración del Concesionario está regulada principalmente dentro del marco anterior, y particularmente por las cláusulas 20, 23, 26, 42 y 43, definiciones 1.106. a 1.108. y el Anexo No. 4.

1.22 Que, la fuente de pago al Concesionario es la Tarifa al Usuario, entendida como “*el costo del pasaje para la utilización del servicio de transporte del Sistema MIO, que se cobra a los pasajeros del Sistema*” (Num. 1.166.). Los ingresos deben ser suficientes para cubrir los Egresos del Sistema, es decir, la remuneración de los diferentes actores, para compensar los costos y gastos. Como la operación no contemplaba subsidios a la Tarifa al Usuario, la autoridad debía definir la Tarifa al Usuario con base en la Tarifa Técnica aproximándola al múltiplo superior, de acuerdo con lo establecido en la Cláusula 23 del Contrato.

1.23 Manifiesta que la Tarifa Técnica tuvo por objeto reflejar un equilibrio entre todos los costos del Sistema (implementación, puesta en marcha, operación, mantenimiento, entre otros) y la remuneración de todos los agentes, incluidos los de operación y entre estos Git Masivo.

1.24 Señala que la Cláusula 42 del Contrato establece que la remuneración del Concesionario se realizará según lo pactado y hasta la concurrencia de los recursos producidos por los viajes.

1.25 Por su parte la Cláusula 43, los numerales 1.106 a 1.108 de definiciones y el Anexo No. 4 establecen que la remuneración del Concesionario consiste en la Tarifa Licitada por cada tipología de autobuses. La Cláusula 43 tiene dos posibles fórmulas de pago que permiten distribuir los ingresos del sistema entre todos los agentes del Sistema.

1.26 La Fórmula A calcula los ingresos del Concesionario en función de los kilómetros recorridos por cada tipología de autobuses multiplicados por la Tarifa Licitada. A su turno, la Fórmula B tiene por objeto tomar el setenta por ciento (70%) de los ingresos provenientes de los usuarios y asignárselos a los concesionarios de transporte. Esto quiere decir, que el sistema tiene otros actores, a los que se les debe asignar un valor aproximado del 30 % de los ingresos del mismo.

1.27 El Concesionario aceptó recibir el menor valor de las dos fórmulas. El presupuesto para la aplicación de la formula A está dado por un sistema en equilibrio donde no existen ni superávits ni situaciones deficitarias; por su parte la aplicación de la formula B tiene como presupuesto dos escenarios posibles uno de superávit donde le permite a METRO

CALI, controlar los excedentes del sistema limitando el ingreso máximo del concesionario o un escenario deficitario por un periodo específico fijándole en ambos casos un porcentaje de los ingresos efectivamente recaudados por cada periodo quincenal.

1.28 Afirma que METRO CALI, incumplió su obligación contractual de calcular la tarifa técnica conforme a los presupuestos contractuales contenidos en las cláusulas 23, 26 y 43 del contrato de concesión No 1, calculando los egresos básicos en función de los valores pagados a los concesionarios del año inmediatamente anterior y no en función de la tarifa licitada en contravía de las disposiciones contractuales al respecto.

1.29 Durante la ejecución del contrato Metro Cali ha incumplido su obligación de presentar propuestas anuales de ajustes o modificaciones a la tarifa del usuario bajo la fórmula de tarifa técnica contenidas en el contrato de concesión No 1 y que sirviesen como soporte para que el Alcalde fijase la tarifa al público. La Tarifa al Usuario ha sido histórica y notoriamente inferior a la Tarifa Técnica. El Concesionario sólo asumió el riesgo de la diferencia entre la Tarifa Técnica y Tarifa al Usuario para el primer año cuyo valor había sido previamente determinado por Metro Cali. Las demás, han sido notoriamente inferiores a la Tarifa Técnica y en consecuencia, han generado pérdidas.

1.30 Metro Cali ha venido calculando la Tarifa Técnica con base en los pagos efectuados, pero sin tener en cuenta la remuneración debida al Concesionario, entonces ha venido perpetuando su incumplimiento y las pérdidas de los Concesionarios. Como el pago de la remuneración ha sido incompleto y hay menos recursos, Metro Cali ha liquidado en aplicación de la Fórmula B, trasladando las pérdidas imputables a su incumplimiento de actualización de la Tarifa Técnica y el cálculo y ajuste de la Tarifa al usuario.

1.31 Como consecuencia, el Concesionario asumía los siguientes riesgos en materia de remuneración:

1. Respecto de la demanda: Que Metro Cali le programara menos viajes y ello incidiera en menores kilómetros recorridos.
2. Respecto de la Tarifa:, el Concesionario asumió la diferencia negativa entre la Tarifa Técnica y Tarifa al Usuario para el primer año cuyo valor había sido previamente determinado por Metro Cali, puesto que a partir del segundo ha debido actualizarse conforme a los parámetros de actualización de la Tarifa Técnica contenidos en la cláusula 23 del contrato y en el valor de los derechos de participación del concesionario conforme a la cláusula 43 y por ende en la consecuente actualización de la Tarifa al Usuario.

Igualmente, el Concesionario asumió la actualización anual de la Tarifa del Usuario que no se realizaría mensualmente, sino anual, a partir de cada febrero.

1.32 Informa que Metro Cali tuvo a su cargo el riesgo de variación de tarifa según lo establecido en el acápite definiciones numeral 1.146 y cláusula 10 y 92 del contrato. Atender dicho riesgo es una obligación a cargo de Metro Cali.

1.33 Por otra parte afirma que Metro Cali considera que la Tarifa al Usuario sólo se actualiza con base en los pagos realizados a través del fideicomiso PA FIDUMIO del año anterior y no en función de los egresos básicos del sistema tal y como se definió en la formula contractual cláusula 26.4 del Contrato de Concesión No 1.

1.34 Que esta interpretación es incompatible tanto con la formula contractual para calcular la tarifa técnica del Sistema, así como con el principio económico rector del contrato de auto sostenibilidad, presupuesto que parte del equilibrio entre ingresos y egresos del sistema, por lo que Metro Cali está trasladando el riesgo tarifario a cargo de los Concesionarios, entre ellos, particularmente a Git Masivo. En consecuencia, Metro Cali está en mora de pagar de forma completa y actualizada la remuneración del Concesionario.

1.35 El Concesionario ha reclamado desde el año 2010 el incremento de la tarifa, así como ha solicitado tanto a las anteriores administraciones como a la actual la aplicación de la fórmula contractual para el cálculo de la tarifa técnica sin que haya recibido respuesta a sus reclamaciones.

1.36 Expresa que tanto las anteriores administraciones como la actual se han negado a entregar a Git Masivo, los estudios técnicos elaborados por la entidad y que han servido de soporte para el cálculo de la tarifa técnica, igualmente a la firma STRATEGAS Banca de Inversión, firma contratada para la elaboración del peritaje financiero se le negó la entrega de la misma información alegando “*reserva mercantil*”.

1.37 De acuerdo con el peritaje aportado, la Tarifa Técnica y por ende la Tarifa al Usuario ha debido ser la siguiente:

Con 70% Tarifa Usuario Estimada	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016 junio
Menores Ingresos por Tarifa Usuario Aplicada	10,377,886,243	24,091,357,400	36,379,732,208	44,137,897,749	32,129,959,658	38,231,385,932	20,180,140,432
Menores Ingresos por Desincentivos Otrosí 6	-	-	-	-	-	818,885,631	567,959,072
Recursos x Compensación Tarifaria Otrosí 6	-	-	-	-	-	(11,185,342,613)	-
Recursos x Tarifaria 2015 (\$60)	-	-	-	-	-	(1,458,142,508)	(516,775,748)
Ingresos Netos Dejado de Percibir	10,377,886,243	24,091,357,400	36,379,732,208	44,137,897,749	32,129,959,658	26,406,786,442	20,231,323,756
Actualización IPC junio 2016	1.26	1.21	1.19	1.16	1.12	1.05	1.00
Menores ingresos GIT	13,074,361,342	29,260,793,717	43,135,465,843	51,339,463,778	36,053,577,677	27,752,889,501	20,231,323,756
Menores ingresos por participación GIT Masivo	220,847,875,614						

1.38 Metro Cali está en mora de pagar la remuneración de Git Masivo, en la suma de \$220.847.875.614.

1.39 La situación es tan crítica, que los sesenta y cinco mil millones de pesos (\$65.000.000.000) del Cierre Financiero previstos contractualmente para la Concesión No. 1 y los treinta y seis mil quinientos cincuenta y cinco millones (\$36.555.000.000) de cierre financiero para el adicional No.1, ascienden a doscientos cinco mil setecientos veintiocho millones cuatrocientos dieciocho mil seiscientos catorce mil pesos (\$205.728.418.614) a junio de 2016. Así mismo, de los 30.000.000.000 millones de equity exigidos por los Bancos para el cierre financiero de la concesión No. 1, a junio de 2016 el equity ascienden a 101,471,710,000 para efectos de mantener una estructura deuda capital exigida 70/30 por los bancos.

1.40 El Concesionario suscribió el Otrosí No. 6, con el fin de que se revisara el Sistema y el Contrato. La revisión se realizaría de acuerdo con los resultados que se obtendrían del contrato de consultoría No. DNP-OR-044-2015 con la Unión Temporal Akiris de Colombia – Steer Davies & Gleave Limited Sucursal Colombia con el objeto de realizar el diagnóstico de la sostenibilidad financiera de las concesiones de transporte del Sistema MIO y proponer ajustes a la estructura tarifaria y fuentes de remuneración.

1.41 Respecto de la Tarifa, los consultores confirmaron lo expuesto en relación con los principios que orientan la interpretación del marco económico del contrato (*Documento Producto No 1 – Diagnóstico Sostenibilidad Financiera - Página: 75*) y pusieron en evidencia lo advertido por Metro Cali durante el proceso de licitación a través de la comunicación No. 149 del 2006, en donde la entidad en la respuesta dada al primera pregunta, manifestó: “... Frente al tema de la forma en que se calcularan los Egresos del Sistema, parece, así mismo, pertinente, modificarla de tal manera que calcule con base en la tarifa licitada ajustada y no en función de los valores pagados a los concesionarios. Por lo tanto, se procederá a expedir un Adendo en este sentido.”

1.42 Los consultores también confirmaron que el riesgo de demanda asumido por el Concesionario estaba dirigido a la cantidad de kilómetros programados y recorridos frente al número de kilómetros estimado (*Documento Producto No 3 – Componente Financiero*

- *Página:* 36). Así mismo, confirmaron que la remuneración del Concesionario corresponde a la tarifa por kilómetro licitada ajustada.

1.43 Teniendo en cuenta que durante el desarrollo de los estudios, el consultor recibe el modelo de cálculo de la Tarifa Técnica diferente, elaboró cuatro escenarios para la estimación de ésta la cual se resumen en tabla siguiente:

(Documento Producto No 3 – Componente Financiero - *Página:* 42-44)

Tabla 2.24: Escenarios de análisis de Tarifa Técnica

Factores	Teórico según el Contrato de Concesión	Ejecución real según interpretación al contrato	Cálculo Metro Cali ³⁴	Cálculo Metro Cali - Ajustado
Fuente parámetros Macroeconómicos	IPC – DANE ³³ IPP – DANE ACPM – Min. Minas	IPC – DANE IPP – DANE ACPM – Min. Minas	IPC - IPP – ACPM Reportados por Metro Cali	IPC - IPP – ACPM Reportados por Metro Cali
Parámetros Operacionales	Demanda y Kilómetros Reportados por Metro Cali (Operaciones)	Demanda y Kilómetros Reportados por Metro Cali (Operaciones)	Demanda y Kilómetros Reportados por Metro Cali (Área Financiera)	Demanda y Kilómetros Reportados por Metro Cali (Operaciones)
Operación de buses	Participación – Tarifa por km licitada ³⁶	Participación - Tarifa por km licitada	Ingresos – Formula B Tarifa por km licitada Reportada por Metro Cali	Ingresos – Formula B Tarifa por km licitada
SIUR	Formula contractual: Tarifa licitada – 4,395% desde 2009 ³⁷	Formula contractual Tarifa licitada – 4,395% Desde 2009	Formula contractual Tarifa licitada – 4,395% Desde 2010 Reportados por Metro Cali	Formula contractual Tarifa licitada – 4,395% Desde 2010
Patios - Talleres	5 Patios	2 Patios	5 Patios	5 Patios

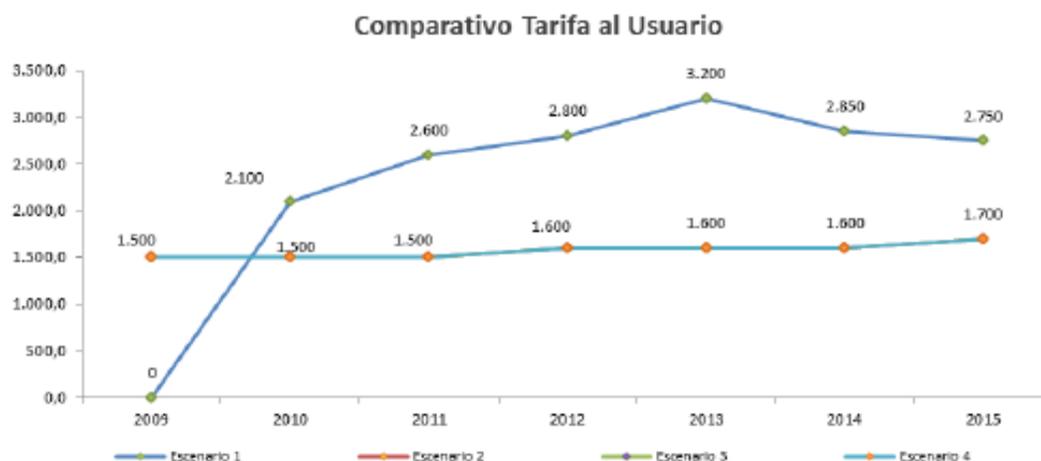
Fuente: Elaborado por UT Akiris de Colombia - Steer Davies & Gleave, con información suministrada por Metro Cali S.A.

1.44 Se evidencia entonces que existe una diferencia significativa en relación con el cálculo realizado unilateralmente por Metro Cali y la aplicación de los escenarios realizado por el consultor y más aún con las condiciones establecidas en el Contrato.

Figura 2.3: Comparativo Tarifa Técnica



Fuente: Elaborado por UT Akiris de Colombia - Steer Davies & Gleave



Fuente: Fuente: Elaborado por UT Akiris de Colombia - Steer Davies & Gleave

1.45 Afirma el Convocante que Metro Cali incumplió con sus obligaciones relativas a la entrega de la infraestructura del Sistema MIO, pues no entregó a tiempo las obras de corredores troncales, terminales de cabecera, terminales intermedias y patios y talleres; e incluso hoy en día, no ha entregado la totalidad de infraestructura necesaria para el Sistema.

1.46 Recapitula lo establecido en los documentos CONPES 2775 de 1995 sobre infraestructura; 2928 de 1997 y 2932 de 1997 sobre adquisición de predios; 3166 de 2002 sobre construcción y mantenimiento de infraestructura; 3369 de 2005 sobre el plan implementación preparado por Metro Cali, que *“prevé la ejecución de la infraestructura física en tres fases, y que la iniciación de la operación del sistema se realice en el primer trimestre de 2007, una vez finalice la totalidad de las obras de adecuación de corredores correspondientes a la Fase 1. El inicio de operación de la Fase 2 y Fase 3 se prevé para el cuarto trimestre de 2007 y el segundo trimestre de 2008, respectivamente.”* Afirma que Metro Cali modificó este cronograma de implantación de la infraestructura del Sistema MIO tal como aparece en los documentos contractuales.

1.47 Por otra parte, manifiesta que el Estudio previo Asesoría en Operación y Transporte para el Sistema Integrado de Transporte de Santiago de Cali – MIO Documento Técnico - Revisión de parámetros operacionales del MIO se estableció que la duración de las obras de infraestructura serían las siguientes: *“La Fase 1 se ha programado para entrar en operación en el año 2007, la Fase 2 en el año 2008 y la Fase 3 en el año 2009, plazos considerados razonables según la experiencia y magnitud de las obras que se construirán”*. El mismo estudio - anexo 2 - estableció los parámetros para el tamaño de la flota, diseño de los patios, talleres y áreas de soporte.

1.48 Señala que durante la Etapa Precontractual, en Oficio DT-E113-2006 Metro Cali manifestó en relación con mantener la infraestructura del sistema en buen estado “*Sin embargo, se omitió en la versión del anexo 1, incluir como riesgo a cargo de Metro Cali S.A., el riesgo de la infraestructura, por lo cual, este error será corregido por medio de un adendo*”

1.49 De la misma manera, en su respuesta al Oficio DT-E121-2006 Metro Cali determinó que este exigiría a los concesionarios encargados de infraestructura de patios el cumplimiento de la entrega oportuna y que se afectarían las pólizas en caso de demoras.

1.50 Igualmente, se le solicitó en el Oficio DT-E170-2006 a Metro Cali que adicionara en la minuta del contrato su responsabilidad de restablecer el equilibrio del contrato, accediendo mediante adendo a establecer dicha responsabilidad. En el mismo oficio Metro Cali estableció el cronograma de implantación del sistema de transporte masivo de Santiago de Cali.

1.51 Asegura, la demandante que en las observaciones hechas por la Contraloría General de la Nación en el Oficio DT-E029-2006 esta le advirtió a Metro Cali que a partir de los inconvenientes observados por esta entidad en la estructura de la licitación que se desarrollaba, hiciera una adecuada asignación de riesgos. Igualmente, que en el Oficio DT-E003 de 2006 se estableció la importancia de estructurar los riesgos de concesión y en la comunicación DT-E117 de 2006 Metro Cali estableció que el riesgo en la ejecución del contrato correspondiente a factores internos o externos ajenos al concesionario sería asumido por esta entidad estatal. Igualmente se señaló que Metro Cali asumiría los riesgos referentes a adoptar medidas para el restablecimiento económico del contrato y se expuso la matriz de riesgos del contrato.

1.52 Indica igualmente la parte demandante, que en la comunicación No DT-125-2006 fechada el 18 de julio del mismo año, a través del memorando interno del 16 de enero del 2016, el Ing. Julio Cesar Tejeda Ramírez director de operaciones de Metro Cali S.A., le advierte al presidente de la época de dicha entidad los riesgos de la implementación del sistema, evidenciando con ello el conocimiento de Metro Cali S.A., desde el proceso mismo de la estructuración sobre la importancia y los riesgos que conlleva la ejecución de la infraestructura requerida por el sistema MIO. Así mismo que en dicha comunicación, Metro Cali S.A., suministra la totalidad de los programas de financiación de cada una de las obras y además entrega el cronograma de ejecución de las mismas para cada una de las fases.

1.53 En la audiencia de aclaración del 19 y 20 de enero de 2006, Metro Cali afirmó que los patios y talleres se entregarían a los concesionarios al inicio de la etapa de operación regular; sin embargo a la fecha no se ha hecho la entrega del patio sur.

1.54 Señala la demandante, que de acuerdo con la etapa de preguntas y respuestas, Metro Cali, en materia de implantación refirió la Fase I y Fase II al “Documento Técnico – Revisión de parámetros operacionales del MIO” y expresa, que para efectos de tomar una fecha de cumplimiento de las obligaciones de infraestructura, las fechas tenidas en cuenta son las establecidas en la comunicación DT-125-2006, donde se remitió un cronograma de obras. Comunicación que corresponde a la etapa de preguntas y respuestas.

1.55 Informa que la estructuración jurídica del proyecto preparada por Escallón Morales y Asociados, elaboró un análisis de los riesgos del Contrato, y las formas de mitigarlos, particularmente referido a la implementación y la obligación de infraestructura. En el mismo sentido se pronunció el documento de estructuración financiera elaborado por Profesionales de Bolsa.

1.56 Enuncia lo establecido en el contrato sobre qué incluye el sistema MIO, la distinción entre la infraestructura del Sistema MIO y uno de sus componentes, la infraestructura de transporte del Sistema MIO; qué son los patios y talleres, vías troncales y petroncales, y que Metro Cali tiene a su cargo la planeación, construcción y ejecución de la infraestructura.

1.57 Afirma que Metro Cali no ha puesto a disposición del concesionario la infraestructura necesaria para la operación del sistema y que la falta de infraestructura del Sistema referida a corredores, terminales, patios y talleres son notorias; que los corredores viales de la segunda y tercera fase de implementación se presentaron atrasos significativos en la entrega de los 10,9 kilómetros de corredores troncales y los 127,5 kilómetros de corredores pre-troncales y complementarios, previstos inicialmente para entrar en operación durante el año 2009; que sólo hasta mediados del año 2010 Metro Cali entregó los primeros 4,2 kilómetros de corredores correspondientes a la troncal Avenida Tercera Norte y troncal Américas, mientras que en el 2015 se concluyeron las obras en el corredor troncal de Aguablanca, que corresponde a los 6,7 kilómetros troncales restantes y en cuanto a los corredores pre-troncales y complementarios, en el período comprendido entre los años 2009-2012 tampoco se habilitaron nuevos

corredores, concluyéndose las obras apenas durante el transcurso de los años 2014 y 2015.

1.58 A su turno, la falta de construcción y entrega de los terminales del sistema por más de ocho años de atraso (2008-2016) afecta la capacidad de atención de demanda en las zonas de mayor densidad poblacional y por ende la demanda esperada de pasajeros. De los cuatro (4) terminales previstos para iniciar operación en el año 2008, apenas uno se entregó en el 2009, otro en el 2011 y los dos restantes continúan sin entregarse hasta la fecha después de ocho (8) años de mora.

1.59 Expresa la demandante que Metro Cali ha incumplido sistemáticamente sus obligaciones en materia de infraestructura, el mal estado de la malla vial, y los perjuicios que causa en materia de kilómetros en vacío por mayores distancias a recorrer hacia patios transitorios, daños en los vehículos y afectaciones en el cumplimiento de los PSO. La falta de cumplimiento por parte de Metro Cali ha implicado el diseño de rutas de mayor longitud, afectando la velocidad media del mismo, aumento en el tiempo de espera del usuario ocasionado por la mayor longitud de recorrido. Con un agravante: las mismas deficiencias operativas ocasionadas por la ausencia de la infraestructura requerida, se vuelven un incentivo perverso para que los usuarios utilicen los sistemas de Transporte Público Colectivo (TPC) paralelo al MIO –y qué decir del transporte ilegal- y así se genera una pérdida de demanda.

1.60 Que desde el año 2007 Git Masivo ha manifestado insistentemente su preocupación frente al incumplimiento de Metro Cali de los cronogramas en la entrega de infraestructura de los terminales, las estaciones intermedias, de cabecera y de parada. Así lo ha reclamado el Concesionario en varias oportunidades, así como los perjuicios.

1.61 Mediante la Resolución 484 del 29 de diciembre del 2.006, se adjudicó al Consorcio Patio Sur la construcción del patio sur, ubicado en el lote del Valle del Lili. El acta de inicio del contrato, fue suscrita el 01 de febrero del 2.007, por lo cual debía haberse terminado para su entrega a Git Masivo el primero (1) de marzo de 2008. Sin embargo, hoy en día no se ha entregado, es decir, se presenta un retraso de ocho (8) años y seis (6) meses, tiempo durante el cual Git Masivo S.A. ha tenido que asumir el sobre costo de operar desde un patio provisional que no cumple con los estándares técnicos y funcionales ofrecidos en el proyecto.

1.62 Metro Cali tenía claro que era necesario entregar dicho patio en ese momento de la operación, pues de lo contrario pondría en riesgo la adecuada operación del Sistema

de Transporte Masivo, generando serias perturbaciones operativas que de ninguna manera pueden hoy imputarse al Concesionario Git Masivo traduciéndolas en multas por incumplimiento cuando esta no es su responsabilidad. Los incumplimientos son notorios y han sido verificados por la Contraloría General de la República, la Cámara de Comercio, el Consultor del Departamento Nacional de Planeación Nacional (DNP), entre otras entidades.

1.63 Git Masivo envió a Metro Cali las necesidades operacionales de los Patios y Talleres, pero no fueron cumplidas y el Patio Provisional actual es deficiente; estos incumplimientos no se han superado ni siquiera con posterioridad a la suscripción del Otrosí No. 6.

1.64 Ante el innegable incumplimiento de Metro Cali de sus obligaciones, en materia de implementación e infraestructura, que fueron generadoras de la crisis actual del transporte público en Cali, Metro Cali indujo la suscripción del Otrosí No. 6 del 18 de diciembre de 2014. Basta decir que Metro Cali reconoció su responsabilidad (Consideraciones 2.15.) pero utilizó dicha herramienta para darse un plazo casi indefinido en materia de construcción de Infraestructura del Sistema para lo cual se impuso un “Cronograma de Obras” (Anexo 1) en el que se indicaron actividades y tiempos de ejecución (numeral 3.9. del Otrosí que agregó un Parágrafo a la Cláusula 10 del Contrato). En dicha modificación, además se incluyó que no habría “incumplimiento” de Metro Cali, si se excedía en tres (3) meses los plazos previstos unilateralmente por ella misma aunque disfrazados de bilateralidad. Pero además de los tres (3) meses, Metro Cali dejó un plazo adicional de cumplimiento de tres (3) años que podrá invocar imputándolo a decisiones judiciales. Mientras tanto, la implementación y la construcción de la infraestructura siguen en mora, lo cual es notorio.

1.65 Metro Cali tiene un retraso de ocho (8) años en materia de implementación e infraestructura del Sistema, y a pesar del Otrosí, las actividades de Gestión y Adquisición Predial, Estudios y Diseños, Licitación de Obras, Construcción y Liquidación de Contratos para construir los Corredores, Terminales de Cabecera (Sur, Calima Norte y Aguablanca), Terminales Intermedias (Guadalupe), Pretroncales y Complementarias y los Patios y Talleres (Sur o Valle de Lili y Aguablanca), también se encuentran incumplidas. El incumplimiento de Metro Cali en materia de implementación e infraestructura ha venido causando terribles efectos para el Sistema y particularmente para Git Masivo. El incumplimiento de Metro Cali, al no tener terminales para abordar los vehículos, genera que los potenciales pasajeros del Sistema utilicen otros medios de transporte (TPC, motos, camperos, etc.). Esta pérdida de la demanda afecta gravemente el Sistema y ha venido ocasionando que no se haya alcanzado la demanda prevista de

novecientos sesenta mil viajes diarios (960.000 viajes/día), de los cuales actualmente se movilizan cuatrocientos setenta y cinco mil viajes diarios (475.000 viajes/día).

1.66 Así mismo, manifiesta la demandante que el incumplimiento reseñado fomenta los “modos de transporte urbano informal”, es decir, piratería en las troncales (Calle 70 – Autopista Simón Bolívar) ejercida por vehículos que habían previstos únicamente para actuar como transporte complementario en las zonas de ladera de la ciudad, que se estiman en sesenta y tres mil viajes diarios (63.000 viajes/día) que pierde adicionalmente el Sistema.

1.67 Señala que el Patio y Taller que le correspondía a Git Masivo es el Patio Sur o Valle de Lili. De este sólo se sabe que tendrá un costo aproximado de \$42.000 millones que Metro Cali tiene disponibles y está en mora de ejecutar. Que no tener disponible el Patio, obliga a Git Masivo a tener que disponer de un patio apenas provisional (que se volvió permanente), realizar inversiones a pérdida, no disponer de las condiciones técnicas necesarias y hasta serios problemas de seguridad ocupacional ya que el patio no cuenta con agua potable y dos de los tres patios con que se cuentan son de piso de tierra y el que se encuentra pavimentado está en pésimas condiciones.

1.68 Informa que la infraestructura del Patio Valle de Lili, ha generado serios problemas de salud y de accidentes laborales tal y como lo certificó la ARL SURA, quien determinó que diariamente Git Masivo tiene un reporte de 29 personas incapacitadas producto de enfermedades tales como gastrointestinales, respiratorias y de piel asociadas a la falta de agua potable y a la calidad del aire el cual frente a un monitoreo estableció que los muestreos superan los límites máximos permitidos para el material particular de conformidad con la resolución 610 de 2010.

1.69 Así mismo que la infraestructura instalada es insuficiente para atender la cantidad de flota de Git Masivo, la cual asciende a 310 buses siendo la capacidad técnica del patio solo 202 vehículos lo que conlleva a graves problemas de mantenimiento, seguridad industrial, laboral y de sobrecostos ya que la flota no cabe en el patio por lo que el mantenimiento tiene que extenderse a 24 horas así como a mantenimientos externos y recurrir a parquear en la calle lo que afecta directamente los planes de servicios operaciones PSO, programados por Metro Cali.

1.70 Las anteriores situaciones han sido puestas en conocimiento de Metro Cali, quien a la fecha no ha dado respuesta a los hallazgos de la Arl Sura, puestos en su conocimiento desde el cinco (5) de Noviembre de 2015 a través de la comunicación

GITM-STM-0824-2015. El incumplimiento en la falta de infraestructura, así como la programación de PSO de manera antitécnica han venido generando Kilómetros en Vacío, es decir, mayores distancias recorridas por los vehículos de Git Masivo sin un solo pasajero para acudir hasta el patio provisional, puntos de inicio de ruta, puntos de parqueo, mayores costos en suministro de combustible y lavado de vehículos.

1.71 A la fecha Git Masivo tiene una afectación económica por kilómetros en vacío que asciende a la suma de \$ 9.020.855.738 a Junio de 2016 los cuales no han sido cancelados por Metro Cali, pese a ser imputables directamente al ente gestor por la falta de infraestructura y por la deficiente programación de los PSO. Este incumplimiento reflejado en el pésimo estado de los corredores viales, implica mayores costos de mantenimiento preventivo y correctivo asumidos por Git Masivo. También hay una afectación de la eficiencia del Sistema, para lo cual es importante definir el Índice de Pasajeros por Kilómetro (IPK).

1.72 Expresa la parte demandante que en el Documento Técnico – Revisión de parámetros operacionales del MIO elaborado en enero de 2006 por el Grupo de Gestión y Tecnología S.A., se estableció la necesidad de que Metro Cali y la Secretaría evitarán la competencia entre el Sistema MIO y el Transporte Público Colectivo (TPC), lo cual no se evitó; por el contrario, es claro el paralelismo existente hoy en día.

1.73 Que igualmente en el CONPES 3504 de 2006 se estableció la necesidad de la eliminación de rutas del Transporte Público Colectivo (TPC), así como la reducción y eliminación de su capacidad transportadora. Así mismo, en la etapa de preguntas y respuestas, Metro Cali afirmó en la comunicación No DT-E113-2006 del 7 de julio de 2006: *“es clara la exclusividad para la explotación del servicio público de transporte masivo del Sistema MIO por parte de los Concesionarios de Transporte respecto a las Fases 1 y 2 del Sistema que se otorgará en Concesión”*. En el mismo sentido se expresó, en la comunicación No DT-E121-2006 del 11 de julio de 2006 en relación con la cláusula 70 del anexo 1 del Pliego de Condiciones de la Licitación MC-DT-01-2006.

1.74 Manifiesta la demandante que en la comunicación DTE-171 de 2006 del 18 de agosto de 2006, frente a la coexistencia del Sistema MIO con otros servicios de transporte público, Metro Cali respondió que los parámetros para la coexistencia eran los definidos en el Convenio suscrito con la Secretaría de Tránsito Municipal y En la Audiencia de aclaración de 12 de enero, Metro Cali afirmó que se debía garantizar la exclusividad del Sistema MIO. A continuación hace un recuento del Convenio Interadministrativo que suscribieron Metro Cali y la Secretaría de Tránsito y Transporte y sus modificaciones.

1.75 Afirma que en la Resolución No. 456 de la Secretaría de Tránsito de Cali del 15 de agosto de 2007 se modificó la capacidad transportadora de las empresas de Servicio de Transporte Público Colectivo de la ciudad. Empero, la Secretaría no llevó a cabo las acciones necesarias para cumplir con esta resolución.

1.76 Que por Resolución No. 4152.9.8.704 de la Alcaldía Municipal de Santiago de Cali del 12 de diciembre de 2007, se adoptaron *“los estudios y diseños conceptuales, técnicos, económicos de la reestructuración de rutas del sistema de servicio público de transporte terrestre automotor colectivo de pasajeros de Santiago de Cali, en el proceso de transición a la operación plena del sistema integrado de transporte masivo”*. Es decir, que desde el año 2007 se contaba ya con el estudio para la reestructuración de rutas, pese a lo cual a la fecha no se ha cumplido con esta reestructuración. Desde el inicio mismo de la licitación Metro Cali ofreció a los concesionarios de transporte exclusividad respecto del TPC, compromiso que jamás se ha cumplido.

1.77 Revela que la falta de exclusividad prometida, de reestructuración de rutas y consecuentemente la imposibilidad de la reducción total de la capacidad transportadora por actos u omisiones a Metro Cali, generaron una competencia del MIO con el TPC, lo cual ha traído una consecuente pérdida de pasajeros en detrimento de Git Masivo y del sistema en general.

1.78 En el Otrosí No. 3 al Convenio, concurrente con la suscripción del Otrosí No. 6 al Contrato, se estableció la programación para el retiro progresivo de las rutas del servicio de transporte público colectivo que funcionan en la ciudad y efectuar controles al transporte no autorizado exceptuando la zona de ladera, que opera con vehículo tipo campero; y se estableció como fecha límite el 8 de agosto de 2015.

1.79 Declara que una vez llegada la fecha límite, no se cumplió la programación, lo cual constituye un hecho notorio por lo que Metro Cali ha vendido incumpliendo desde el inicio de la ejecución contractual a sus obligaciones como ente gestor y titular del sistema MIO, generando graves perjuicios a Git Masivo.

1.80 Alega que Git Masivo ha tenido que operar con múltiples rutas del Transporte Público Colectivo (TPC), cuyos trazados no cumplen con lo pactado por Metro Cali y la Secretaría en el Convenio Interadministrativo. A la fecha, aún hay veinticuatro (24) rutas del Transporte Público Colectivo (TPC) que no cumplen con los requisitos previstos en el Convenio Interadministrativo.

1.81 Que adicional a lo anterior, el Concesionario asumía la obligación de vincular propietarios y empresas del Transporte Público Colectivo (TPC) y de ofrecer una capacidad de desintegrar vehículos del Transporte Público Colectivo (TPC), que eran Factores de Elegibilidad de las propuestas (Eliminación de la oferta, Capacidad Operativa del Proponente y Compromiso de Reducción de la Capacidad Transportadora) (Pliego, Num. 4º modificado por Adendo No. 2), pero por su parte Metro Cali en su condición de gestor del Sistema se obligaba a hacer la coordinación interinstitucional necesaria para retirar las rutas y los vehículos del Transporte Público Colectivo (TPC).

1.82 Informa que la permanencia del Transporte Público Colectivo (TPC) representa aproximadamente una pérdida de demanda de ciento setenta y cinco mil viajes diarios (175.000 viajes/día) para el Sistema MIO.

1.83 Que la obligación de exclusividad no sólo implicaba preferencia frente al Transporte Público Colectivo (TPC) en las fases iniciales, sino también, frente a los “modos de transporte urbano informal” que de forma ilegal le quitan al Sistema de Transporte Masivo, sesenta y tres mil viajes diarios (63.000 viajes/día).

1.84 Así mismo, que el incumplimiento reseñado fomenta los “modos de transporte urbano informal”, es decir, piratería en las troncales (Calle 70 – Autopista Simón Bolívar) ejercida por vehículos que habían previstos únicamente para actuar como transporte complementario en las zonas de ladera de la ciudad, que se estiman en sesenta y tres mil viajes diarios (63.000 viajes/día) que pierde adicionalmente el Sistema.

1.85 Manifiesta que la operatividad del Convenio Interadministrativo ha sido nula y ello es resultado de las reiteradas omisiones del Ente Gestor: Metro Cali, quien está obligado a gestionar el Sistema MIO de manera que se retire la oferta del Transporte Público Colectivo (TPC) para que el Transporte Masivo pueda atender la totalidad de la demanda del municipio que se proyectó en novecientos sesenta mil viajes diarios (960.000 viajes/día). Que Metro Cali ha generado incentivos perversos para que algunos propietarios y empresas transportadoras se abstengan de sacar sus vehículos de circulación y a la fecha, no ha retirado la oferta del Transporte Público Colectivo (TPC). Y que es conocida la grave crisis del Sistema MIO como consecuencia de la piratería en la ciudad de Santiago de Cali que ha afectado gravemente las condiciones de prestación del servicio de transporte.

1.86 Enumera los requerimientos hechos por Git Masivo a Metro Cali y demás entes para el cumplimiento de sus obligaciones, tales como la comunicación GITM- STM-851

del 31 de julio de 2009 Git Masivo le solicitó a Metro Cali la reducción de la capacidad transportadora de las empresas y la cancelación de rutas de diferentes empresas que hacían recorridos en contravía de lo aprobado por la Secretaría de tránsito y ponían en riesgo la estabilidad del sistema; comunicación GITM-STM-1261 del 21 de diciembre de 2009, Git Masivo le requirió a Metro Cali la cancelación y reestructuración de rutas; comunicación de los Concesionarios al Alcalde Municipal de Cali, radicado STM-008 del 10 de agosto de 2010, aquellos manifestaron la necesidad de cumplir con el compromiso de reducir la capacidad transportadora de empresas e iniciar la reestructuración y cancelación de rutas; derecho de petición de los Concesionarios a la Secretaría de Tránsito y Transporte de Santiago de Cali, con fecha 7 de diciembre de 2011; Git Masivo realizó un recuento de las múltiples comunicaciones por medio de las cuales ha solicitado el cumplimiento de la reducción y cancelación de rutas de Transporte Público Colectivo (TPC); comunicación GITM-STM-0441 del 28 de agosto de 2014, Git Masivo le reclamó a Metro Cali por el incumplimiento por parte de la Secretaría de Tránsito Municipal en el retiro de la sobreoferta de las rutas de transporte público colectivo en contravía al Convenio Interadministrativo suscrito entre Metro Cali y la Secretaría; comunicación GITM-STM-048 del 4 de febrero de 2014 y GITM-STM-012 del 8 de enero de 2014 Git Masivo le reclamó a Metro Cali por la permanencia del paralelismo con otras rutas de transporte y por la falta de medidas contra el transporte ilegal, y se reclamó el incumplimiento por parte de Metro Cali y la Secretaría de Tránsito de Cali en el hecho de garantizar la exclusividad del Sistema MIO, entre otras.

1.87 De igual manera, en comunicación GITM-STM-0458 del 23 de junio de 2015 y GITM-STM-0701 del 23 de septiembre de 2015, de Git Masivo al Concejo de Cali, se reclamó el incumplimiento por parte del municipio al control de los vehículos de Transporte Público Colectivo (TPC) sin tarjeta de operación y del transporte ilegal, y se mostró cómo esto afecta la demanda del Sistema MIO; igualmente, comunicó sus limitaciones para el compromiso de reducción de la oferta en vista por la falta de control de la Secretaría de Tránsito para combatir la operación ilegal; en comunicación de Observaciones Auditoría Concurrente SITM- Metro Cali S.A, elaborado por la Contraloría General de la República del 28 de noviembre de 2013, se evidenció el incumplimiento por parte de Metro Cali y la Secretaría de Tránsito frente a los procesos de reorientación de rutas y reducción de sobreoferta.

1.88 Que finalmente, el Consultor del DNP terminó su etapa de diagnóstico comprobando el incumplimiento de la exclusividad pactada a favor de los Concesionarios y en tal sentido hay una sobreposición de rutas del Transporte Público Colectivo (TPC) con el transporte masivo lo que genera la modificación conceptual de un sistema

exclusivo y sin competencia sobre las zonas oferentes del mismo definidas en el Anexo 4 del Convenio Interadministrativo.

1.89 Ni Metro Cali ni la Secretaría de Tránsito y Transporte de Cali cumplieron con sus obligaciones, pues como se evidencia de las comunicaciones enviadas por Git Masivo, no se garantizó la exclusividad del sistema pues no se cumplieron las obligaciones de ajustar la capacidad transportadora, revocar permisos por cumplimiento de edad ni de revocar los permisos de ruta, a pesar de que Git Masivo lo solicitara y lo exigiera permanentemente.

1.90 Metro Cali está obligada a gestionar el Contrato de Concesión de Recaudo con el Concesionario SIUR, encargado entre otras, de instalar unidades lógicas en los buses. Los incumplimientos principalmente están relacionados con la mora en la instalación de los equipos del SIUR a bordo por parte de Metro Cali y el concesionario del SIUR no imputables a Git Masivo, y falta de gestión y control por parte de Metro Cali sobre el concesionario del SIUR.

1.91 Informa la parte demandada que mediante comunicación GIT-STM-0047-2012 Git Masivo, le informó a Metro Cali sobre la evasión en las transacciones de integración y en respuesta a través de la comunicación No 4-3717-12, precisa que la tecnología implementada permite un nivel de evasión técnica la cual está siendo revisada y ajustada por el Concesionario.

1.92 Que durante el año 2013 Git Masivo le notificó a Metro Cali la presencia de vendedores no autorizados por ésta de tarjetas monoviaje, actividad que viene incrementándose. Además, se han presentado incumplimientos en la instalación de los equipos del SIUR a bordo, y falta de gestión y control por parte de Metro Cali sobre el concesionario del SIUR, lo cual ha generado múltiples dificultades a GIT Masivo.

1.93 El 16 de septiembre de 2011 Metro Cali suscribió con Git Masivo el Contrato Adicional No. 1 por el cual, la entidad concedente adicionó *“parte de la flota de referencia correspondiente a la quinta concesión que fue declarada desierta”* y modificó varias cláusulas contractuales relacionadas. Metro Cali ejerció dicha facultad de acuerdo con la Proforma 13 suscrita por el Concesionario, las decisiones aprobatorias de la Junta Directiva de Metro Cali y del Comité de Planeación del SITM MIO y otras consideraciones, sin ningún contenido indemnizatorio. Argumenta la parte demandante que la suscripción de la Adición contempló el ejercicio de una facultad de Metro Cali el cual era el pedido de flota y utilizó la figura del otrosí para introducir la cláusula 8 con el único objeto de lograr

un paz y salvo de sus incumplimientos contractuales condicionando el pedido adicional de flota al otorgamiento de la transacción en clara contravía a las disposiciones legales. Que dicha transacción no solamente fue impuesta a Git Masivo sino a la totalidad de los demás concesionarios vía la adición de flota como en el caso de BLANCO Y NEGRO, o vía la suscripción de otras modificaciones contractuales como son el caso de ETM S.A. y UNIMETRO S.A.

1.94 Informa que el 18 de diciembre de 2014, Metro Cali suscribió simultáneamente con los Concesionarios de Transporte otrosíes a los contratos de concesión, entre ellos, Git Masivo, el Otrosí No. 6.

1.95 Que el otrosí, predispuesto por Metro Cali, impuso las siguientes obligaciones principales a cargo de Metro Cali, quien las incumplió.

1.96 La principal obligación de Metro Cali consistía en adoptar las medidas necesarias para ajustar el esquema tarifario del Sistema (L. 80/1993, Art. 4º Num. 8º), incluyendo sin limitarse a ello, la forma de fijación de la tarifa técnica y tarifa al usuario y la estructura de costos de la operación, para lo cual habría remitirse, principalmente, al estudio que para el efecto contrato el Departamento Nacional de Planeación (DNP) con la *“Unión Temporal Akiris de Colombia – Steer Davies & Gleave Limited Sucursal Colombia”*, contrato de consultoría No. DNP-OR-044-2015 con el objeto de *“realizar el diagnóstico de la sostenibilidad financiera de las concesiones de transporte del Sistema MIO y proponer ajustes a la estructura tarifaria y fuentes de remuneración”*

1.97 Para el efecto, el numeral 3.10., modificó la Cláusula 23 del Contrato incluyendo cinco (5) párrafos, el último de los cuales estableció expresamente la obligación de Metro Cali de estarse a lo dispuesto en los estudios financieros contratados por el Departamento Nacional de Planeación (DNP) en relación con la estructura tarifaria para el Municipio.

1.98 Expresa la parte demandada que los estudios fueron expedidos el quince (15) de octubre de 2015; sin embargo, Metro Cali devolvió el estudio y manifestó que no aceptaba los hallazgos del mismo y le solicitó a los consultores de Akiris de Colombia, que modificaran las conclusiones del estudio, en especial las financieras sobre la forma de fijación de la tarifa técnica y tarifa al usuario y las proyecciones de pérdida de los concesionarios. Que desde el mes de diciembre de 2015 los concesionarios de transporte y en especial Git Masivo, requirieron a Metro Cali, la entrega del estudio, y hasta la fecha se ha negado a hacer entrega oficial del estudio y fue directamente el Departamento de Planeación Nacional por solicitud de la convocante quien lo remitió mediante

comunicación del 18 de marzo de 2016, por lo que al mes de marzo de 2016 Metro Cali, ya tenía vencido el plazo de incorporar las conclusiones del mismo como había quedado establecido en otrosí No 6 de diciembre de 2014.

1.99 Afirma que para Git Masivo la principal motivación a la suscripción del Otrosí No. 6 fue la posibilidad de contar con un estudio técnico y financiero como el contratado por DNP para poder solucionar los problemas estructurales del sistema adoptando vía modificación del contrato las diferencias en el cálculo de la tarifa técnica como base de remuneración del concesionario entre otros aspectos.

1.100 Metro Cali tenía noventa (90) días calendario para la implementación de las modificaciones contractuales, que vencieron en marzo de 2016 tomando como fecha de entrega del estudio por parte del DNP el mes de diciembre según la propia manifestación de Metro Cali, lo que implicó un incumplimiento grave a su obligación contractual.

1.101 Manifiesta que todo lo anterior concurre en un incumplimiento adicional que consiste en que Metro Cali sigue sin actualizar la Tarifa Técnica conforme a la fórmula contractual, desconociendo la conclusión al respecto emitida por el estudio de DNP, lo cual agrava las pérdidas de Git Masivo, quien junto con los demás concesionarios vienen siendo gravados con las pérdidas generadas por los incumplimientos.

1.102 Explica el demandante que la tarifa técnica se calcula por anualidades y se actualiza en el mes de febrero del año siguiente. Con ocasión a la suscripción del otrosí No. 6, las partes acordaron que la tarifa técnica para el año 2015 sería la suma de \$ 1.760 y se fijó la tarifa al usuario en \$ 1.700, quedando así un diferencial de \$ 60 que fue asumido vía subsidio a la tarifa por parte de la Alcaldía de la ciudad por vía traslado de los recursos de la diferencia tarifaria al fondo de contingencias.

1.103 Que no obstante la claridad de las disposiciones contractuales respecto a que la tarifa técnica tiene una vigencia de un año de enero a enero, Metro Cali se negó a tramitar el pago de los \$ 60 para el periodo de enero de 2016, aduciendo que la tarifa técnica del año 2015 solo tuvo vigencia hasta diciembre de 2015, quedando enero de 2016 solo con el cálculo de la tarifa al usuario de \$ 1700, generándose así un incumplimiento a los términos del otrosí No 6.

1.104 Adicionalmente, Metro Cali se había obligado a incluir nuevos recursos en el Fondo de Contingencias *“para superar contingencias relacionadas con diferencia tarifaria por no reajuste de la Tarifa al Usuario, en la medida en que los recursos que se encuentren depositados en dicho fondo no sean suficientes para superar la diferencia tarifaria”* Así

mismo, Metro Cali se obligó a realizar un procedimiento conjuntamente con la Secretaría de Tránsito y Transporte para soportar ante el Alcalde Municipal de Santiago de Cali los ajustes o modificaciones a la tarifa del usuario a partir del año 2016 conforme a la fórmula contractual para la construcción de la tarifa técnica sin que a la fecha se haya allanado a cumplir dicha obligación.

1.105 Que, de igual manera, Metro Cali se obligó a informar al Municipio la existencia de una contingencia por diferencia tarifaria con el objeto de que este nutriera al fondo de contingencias con la totalidad de los recursos necesarios para cubrir la diferencia entre tarifa al usuario y tarifa técnica, obligación que ha sido incumplida por Metro Cali, durante la vigencia 2016. Que Metro Cali incumplió sus obligaciones como ente gestor al no tramitar los fondos necesarios para cubrir la diferencia tarifaria entre tarifa técnica y tarifa al usuario del año 2.016.

1.106 Metro Cali, estableció unilateralmente el valor de la *“contingencia por el no ajuste de la Tarifa al Usuario”* en la suma de \$ 139.830.236.142, usando como base para calcular dicha diferencia ajustando la tarifa al usuario con el IPC de cada año sin recurrir al cálculo de la tarifa técnica tal y como está establecido en el contrato. De dicho valor Metro Cali estableció que le correspondían conjuntamente con el fondo FRESA la suma de \$ 17.478.779.518, ambos como agentes del sistema MIO, determinando que la suma restante de \$122.351.456.624 correspondía a los concesionarios. Para el efecto Metro Cali determinó que sobre los \$122.351.456.624 correspondientes a los concesionarios estos serían distribuidos según la liquidación de los kilómetros recorridos en el último periodo liquidado, estableciéndose un valor a distribuir para Git Masivo de \$ 37.239.264.261. (Numerales 2.15.10. y 3.40.2).

1.107 Del valor de los \$122.351.456.624, se determinó que el municipio de Santiago de Cali entregaría \$ 30.000.000 antes del 31 de diciembre de 2014 y \$ 12.000.000 en el segundo semestre del año 2015, valores que ingresarían al fondo de contingencias y serían desembolsados a los concesionarios mediante instrucciones de giro impartidas por Metro Cali a la fiduciaria PA FIDUMIO.

1.108 Explica que el numeral 3.40.4 estableció el procedimiento de giro de los \$42.000.000.000 a los concesionarios mediante instrucciones que para el efecto impartiera Metro Cali, quien para el efecto y en ejercicio abusivo de posición contractual dominante y pese a la literalidad del otrosí No. 6, decidió descontar nuevamente el 7% a su favor como actor del sistema y el 3% para el fondo FRESA pese a que de la cifra de los \$ 139.830.236.142 ya se había descontado la suma \$ 17.478.779.518, interpretando

a su acomodo el texto del otrosí en contravía de los intereses de Git Masivo. Así mismo, informa las fechas y el monto de los pagos parciales efectuados, pero expone que a la fecha, Metro Cali, no ha dado respuesta a los requerimientos de incumplimiento sobre el menor valor pago correspondiente al 30.44% de la participación de Git Masivo sobre la suma de \$ 42.000.000.000.

1.109 Metro Cali tampoco pagó ni gestionó oportunamente el pago los recursos destinados al pago de la obligación del crédito DEBCA, en los términos previstos el numeral 3.40.3. del Otrosí No. 6 (DEBCA) agravando la situación financiera de Git Masivo.

1.110 Metro Cali con la suscripción del otrosí al Convenio Interadministrativo de Operación, suscrito con la Secretaría de Tránsito y Transporte, se obligó a la correcta ejecución interinstitucional para retirar el Transporte Público Colectivo (TPC) y al control del transporte no autorizado (piratería) salvo camperos; para tal efecto se adoptó un cronograma de la salida del transporte colectivo (TPC) del municipio de Santiago de Cali; sin embargo, a la fecha las rutas no han sido retiradas y la piratería sigue rampante por el Municipio.

1.111 Metro Cali, incumplió su deber de gestión para velar por la correcta ejecución al Convenio Interadministrativo de Operación lo que ha llevado a la fecha que exista una competencia entre el TPC y el MIO, incumpléndose totalmente la fecha del 8 de agosto de 2015 como fecha límite para la cancelación de las rutas y de las tarjetas de operación del Transporte Público Colectivo (TPC).

1.112 Metro Cali, no contento con este incumplimiento adicional, optó por promover una reconvencción con hechos y cuantías contrarias a la realidad, sin tener en cuenta que la chatarrización sólo será exigible cuando se cancelen efectivamente las rutas del Transporte Público Colectivo (TPC) de conformidad con lo establecido tanto en el contrato como en el convenio interadministrativo de Operación.

1.113 Que aun cuando Metro Cali incluyó obligaciones amplias en materia de infraestructura, tales como plazos prorrogables, ya incumplió los plazos iniciales para la entrega de alguna de las obras y varias de las demás obras que se encuentran dentro del plazo no han sido iniciadas de conformidad con el cronograma de obras pactado. Así las cosas, vale la pena exponer que si Metro Cali insiste en que Git Masivo incumplió sus propias obligaciones, concurriría el mutuo disenso del Otrosí.

Solo en gracia de discusión, si se insiste en mantener los efectos del Otrosí a pesar de todo lo anterior, éste sería nulo por cuanto, Metro Cali subordinó el pago de compensaciones económicas parciales, previa e indiscutiblemente adeudadas a Git Masivo sí suscribía la transacción que declarase a paz y salvo a Metro Cali junto con los demás Concesionarios de Transporte. La transacción debía ser suscrita por todos los Concesionarios y bajo el entendido que era el único medio de darle algo de liquidez al Sistema MIO, lo cual genera serios efectos sobre su validez habida cuenta de la infracción de lo dispuesto en el artículo 5º numeral 3º inciso 2º de la Ley 80 de 1993.

2. LAS PRETENSIONES

Las pretensiones contenidas en la demanda arbitral reformada son las siguientes:

“..

1.1. Pretensiones Declarativas Generales Iniciales

Primera: Que se declare que el Contrato de Concesión No. 1 del 15 de diciembre de 2006 celebrado entre GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A. y METRO CALI S.A., existe y se encuentra actualmente en ejecución.

Segunda: Que se declare que el Contrato de Concesión No. 1 del 15 de diciembre de 2006 celebrado entre el Concesionario de Transporte GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A. y METRO CALI S.A. fue predispuesto por METRO CALI S.A.

Tercera: Que se declare que METRO CALI S.A. tiene posición contractual de dominio dentro del Contrato de Concesión No. 1 del 15 de diciembre de 2006 celebrado entre el Concesionario de Transporte GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A. y aquella.

Cuarta: Que se declare que METRO CALI S.A. es el gestor y titular del Sistema MIO y en tal condición, debe adelantar las actividades de gestión, planeación y control del Sistema MIO, que permitan al Concesionario de Transporte GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A. el desarrollo de la actividad de transporte masivo urbano de pasajeros y su explotación económica, en los términos y con el alcance definidos en el objeto del Contrato de Concesión No. 1 de 2006.

Quinta: Que se declare que METRO CALI S.A. está obligada a poner a disposición del Concesionario de Transporte GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A. la infraestructura física y tecnológica necesaria que permita la utilización de las Rutas Troncales, Auxiliares y Alimentadoras, para adelantar la operación del Servicio Público de Transporte Masivo.

Sexta: Que se declare que METRO CALI S.A. está obligada a entregar al Concesionario de Transporte GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A., en administración, los Patios y Talleres definitivos.

1.2. *Pretensiones Relativas al Otrosí No. 6 del 18 de diciembre de 2014 suscrito por METRO CALI S.A. y el Concesionario de Transporte GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A.*

Séptima: Que se declare que METRO CALI S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales relacionadas con el Otrosí No. 6 del 18 de diciembre de 2014 al:

- i. No entregar oportunamente a GIT MASIVO el estudio contratado por el Departamento Nacional de Planeación (DNP).*
- ii. No adoptar las medidas necesarias para revisar ni ajustar el Contrato de Concesión No. 1 de 2006 de acuerdo con las recomendaciones y resultados del estudio contratado por el Departamento Nacional de Planeación (DNP), en cumplimiento del Artículo 4º Numeral 8º de la Ley 80 de 1993, en especial la estructura tarifaria, así como la Cláusula 10.10. del Contrato de Concesión No. 1.*
- iii. No ajustar la Tarifa Técnica para el año 2016, así como para los años siguientes a la presentación de la reforma hasta la expedición del Laudo Arbitral.*
- iv. No tramitar los recursos adicionales necesarios con destino al Fondo de Contingencias, o cualquier esquema para compensar la falta de ajuste de la Tarifa al Usuario.*
- v. No pagar de forma oportuna ni completa los valores pactados a favor de GIT MASIVO por no ajuste de la Tarifa al Usuario a la firma del Otrosí No. 6:*
 - a. Descontar injustificada y repetidamente valores con destino a METRO CALI y al FRESA;*
 - b. No pagar de forma oportuna ni completa la proporción que le correspondía a GIT MASIVO de los \$42.000.000.000.*
- vi. No pagar ni gestionar oportunamente el pago de las sumas previstas en el numeral 3.40.3. del Otrosí No. 6 (DEBCA).*
- vii. No pagar ni gestionar oportunamente los sesenta pesos (\$60) pactados para el año 2015 por la diferencia entre la Tarifa Técnica y la Tarifa al usuario pactados transitoriamente para el año 2015 y para enero de 2016.*
- viii. No velar por la correcta ejecución del Convenio Interadministrativo permitiendo la competencia entre el Transporte Público Colectivo (TPC) y el Transporte Masivo.*
- ix. No velar por el cumplimiento de la cancelación de rutas y tarjetas de operación del Transporte Público Colectivo (TPC), según lo pactado, esto es, el 8 de agosto de 2015.*
- x. No cumplir con el cronograma previsto para la entrega de infraestructura necesaria para el Sistema.*
- xi. Las demás legales y contractuales a cargo de METRO CALI.*

Primera Subsidiaria de la Séptima: Que en subsidio de lo anterior, se declare absolutamente nulo el Otrosí No. 6 del el 18 de diciembre de 2014 por ir en

contravía de lo dispuesto en el artículo 5º numeral 3º inciso 2º de la Ley 80 de 1993

Segunda Subsidiaria de la Séptima: Que en subsidio de lo anterior, se declare que METRO CALI S.A. condicionó el pago de sumas adeudadas al Concesionario de Transporte GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A. a la suscripción del Otrosí No. 6 y en consecuencia, es absolutamente nula la transacción prevista en la cláusula 4.2. del Otrosí No. 6 del 18 de diciembre de 2014, así como todas las cláusulas que de éstas dependan, por ir en contravía de lo dispuesto en el artículo 5º numeral 3º inciso 2º de la Ley 80 de 1993.

Octava: Que en consecuencia de lo anterior, se declare resuelto por incumplimiento el Otrosí No. 6 del 18 de diciembre de 2014.

Primera Subsidiaria de la Octava: Que en subsidio de lo anterior, se tenga por resuelta la cláusula 4.2. del Otrosí No. 6 del 18 de diciembre de 2014.

Segunda Subsidiaria de la Octava: Que en subsidio de lo anterior, se decreten las restituciones y compensaciones que por ley correspondan.

Novena: Que en consecuencia de lo resuelto en las dos pretensiones anteriores se impute lo parcialmente pagado a GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A.

1.3. Pretensiones Relativas al Contrato Adicional No. 1

Décima: Que se declaren absolutamente nulas la Cláusula 8º del Contrato Adicional No. 1 suscrito por METRO CALI S.A. y el Concesionario de Transporte GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A. el 16 de septiembre de 2011, así como todas las cláusulas que de éstos dependa por ir en contravía de lo dispuesto en el artículo 5º numeral 3º de la Ley 80 de 1993.

Primera Subsidiaria de la décima: Que se declare absolutamente nula la Cláusula 8º del Contrato Adicional No. 1 suscrito entre METRO CALI S.A. y el Concesionario de Transporte GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A. el 16 de septiembre de 2011, así como todas las cláusulas que de éste dependa, el cual fue suscrito mediante abuso del derecho de METRO CALI S.A.

Segunda Subsidiaria de la Décima: Que se declare inexistente la transacción contenida en la Cláusula 8º del Contrato Adicional No. 1 suscrito entre METRO CALI S.A. y el Concesionario de Transporte GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A. el 16 de septiembre de 2011, así como todas las cláusulas que de éste dependa, por falta del concurso de los elementos esenciales de la transacción.

Tercera Subsidiaria de la Décima: Que se declare absolutamente nula la Cláusula 8º del Contrato Adicional No. 1 suscrito entre METRO CALI S.A. y el Concesionario de Transporte GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A. el 16 de septiembre de 2011, así como todas las cláusulas que de éste dependa, porque implicó la renuncia de derechos indisputados a su celebración.

1.4. *Pretensiones relativas a los incumplimientos legales y contractuales de METRO CALI*

Undécima: Que se declare que GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A. tiene derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del Contrato de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5º numeral 1º de la Ley 80 de 1993.

Duodécima: Que se declare que METRO CALI S.A. incumplió las obligaciones legales y contractuales a su cargo asociadas al Contrato de Concesión No. 1, al no liquidar ni remunerar completa y oportunamente al Concesionario de Transporte GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A., por no liquidar la Tarifa Técnica conforme a los parámetros aplicables.

Primera Subsidiaria de la Duodécima: Que se declare que METRO CALI S.A. incumplió las obligaciones legales y contractuales a su cargo asociadas al Contrato de Concesión No. 1, al no liquidar ni remunerar completa y oportunamente al Concesionario de Transporte GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A.

Segunda Subsidiaria de la Duodécima: Que se declare que METRO CALI S.A. incumplió las obligaciones legales y contractuales a su cargo asociadas al Contrato de Concesión No. 1, al abusar de su posición contractual dominante en relación con la liquidación y pago remuneración del Concesionario de Transporte GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A.

Tercera Subsidiaria de la Duodécima: Que se declare que METRO CALI S.A. está obligada al restablecimiento del equilibrio financiero del Contrato de Concesión No. 1, como consecuencia de que el Concesionario de Transporte GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A. no haya recibido de forma oportuna y completa la remuneración que le corresponde.

Decimotercera: Que se declare que METRO CALI S.A. incumplió las obligaciones legales y contractuales a su cargo asociadas al Contrato de Concesión No. 1, al no actualizar la Tarifa Técnica.

Primera Subsidiaria a la Decimotercera: Que se declare que METRO CALI S.A. abusó de sus derechos asociados al Contrato de Concesión No. 1, al no actualizar la Tarifa Técnica.

Segunda Subsidiaria a la Decimotercera: Que se declare que METRO CALI S.A. está obligada al restablecimiento del equilibrio financiero del Contrato de Concesión No. 1, por la falta de actualización de la Tarifa Técnica.

Decimocuarta: Que se declare que METRO CALI S.A. incumplió las obligaciones legales y contractuales a su cargo asociadas al Contrato de Concesión No. 1, al no informar el valor correcto de la Tarifa Técnica a la autoridad competente para la fijación de la Tarifa al Usuario conforme a los parámetros aplicables.

Primera Subsidiaria a la Pretensión Decimocuarta: Que se declare que METRO CALI S.A. está obligada al restablecimiento del equilibrio financiero del Contrato de Concesión No. 1, como consecuencia de la no fijación de la Tarifa al Usuario conforme a los parámetros aplicables.

Decimoquinta: Que se declare que METRO CALI S.A. está obligado a “tramitar diligentemente las apropiaciones presupuestales que se requieran para solventar las obligaciones económicas que surjan a su cargo en desarrollo del presente Contrato de Concesión” de conformidad con lo dispuesto en la Cláusula 10.7. del Contrato.

Decimosexta: Que se declare que METRO CALI S.A. incumplió su obligación de tramitar y gestionar los recursos necesarios para asumir los valores no cubiertos por los ingresos de Tarifa al Usuario, entre otros, los requeridos para asumir oportuna y suficientemente las contingencias del Sistema.

Decimoséptima: Que se declare que METRO CALI S.A. incumplió su obligación de informar al Alcalde Municipal de Santiago de Cali y a la Secretaría de Tránsito y Transporte adecuadamente los valores de actualización de la Tarifa Técnica para tramitar la actualización de la Tarifa al Usuario y para incluir recursos necesarios para asumir los valores no cubiertos por los ingresos de Tarifa al Usuario, entre otros, los requeridos para asumir oportuna y suficientemente las contingencias del Sistema.

Decimooctava: Que se declare que METRO CALI S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales en materia de implantación del Sistema MIO.

Subsidiaria a la Decimooctava: Que se declare que la no implantación del Sistema MIO en los términos proyectados constituye un evento ajeno y no imputable a GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A. que desequilibró el Contrato de Concesión No. 1, que METRO CALI S.A. está obligado a restablecer.

Decimonovena: Que se declare que METRO CALI S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales en materia de construcción y entrega oportuna de infraestructura del Sistema MIO “concretándose éstas, especialmente, al conjunto de bienes como Patios y Talleres, corredores, estaciones, etc., que se encuentren destinados a la operación del Sistema MIO y/o que tengan que ver con la movilidad de los autobuses y de los usuarios”.

Subsidiaria a la Decimonovena: Que se declare que la no construcción y entrega oportuna de infraestructura del Sistema MIO es un evento ajeno y no imputable a los Concesionarios que rompió el equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 1, el cual debe ser restablecido por METRO CALI S.A. al Concesionario.

Vigésima: Que se declare que METRO CALI S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales relativas a su deber como ente gestor al no cumplir con la prioridad del Transporte Masivo sobre el Transporte Público Colectivo (TPC) y evitar la sobreposición de rutas.

Subsidiaria a la Vigésima: Que se declare que el hecho de que los Concesionarios no hayan podido acceder a la prioridad prevista del Transporte Masivo sobre el Transporte Público Colectivo (TPC) y la sobreposición de rutas son eventos ajenos y no imputables al Concesionario que rompió el equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 1, el cual debe ser restablecido por METRO CALI S.A. al Concesionario.

Vigesimoprimera: Que se declare que METRO CALI S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales como ente gestor al no ejecutar los actos necesarios para el retiro oportuno del Transporte Público Colectivo (TPC) e

impedir la prestación paralela de medios ilegales de transporte público (paralelismo y piratería).

Primera Subsidiaria a la Vigésimoprimera: Que se declare que METRO CALI S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales al no realizar las gestiones a su cargo para retirar oportunamente el Transporte Público Colectivo (TPC) y la prestación paralela de medios ilegales de transporte público (paralelismo y piratería).

Segunda Subsidiaria a la Vigésimoprimera: Que se declare que la falta de retiro oportuno del Transporte Público Colectivo (TPC) y la prestación paralela de medios ilegales de transporte público (paralelismo y piratería) es un evento ajeno y no imputable a los Concesionarios que rompió el equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 1, el cual debe ser restablecido por METRO CALI S.A.

Vigésimosegunda: Que se declare que METRO CALI S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales al no gestionar ni controlar oportunamente el Sistema Integrado Único de Recaudo (SIUR), ni entregar la infraestructura tecnológica.

Subsidiaria a la Vigésimosegunda: Que se declare que los inconvenientes técnicos del Sistema Integrado Único de Recaudo (SIUR) es un evento ajeno y no imputable a los Concesionarios que rompió el equilibrio económico de los Contrato de Concesión No. 1, el cual debe ser restablecido por METRO CALI S.A. al Concesionario.

Vigésimotercera: Que se declare que METRO CALI S.A. incumplió sus obligaciones, legales y contractuales en materia de gestión, planeación y control del Sistema MIO.

Vigésimocuarta: Que se declare que METRO CALI S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales, entre ellas las relativas al deber de planeación, buena fe, mejores esfuerzos, colaboración y confianza legítima.

1.5. Pretensiones relativas a la asignación legal de los riesgos.

Vigésimoquinta: Que se declare que METRO CALI S.A. está obligada a asumir los riesgos que le son atribuibles legal y contractualmente y adoptar las medidas conducentes para obtener el restablecimiento del equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 1 suscrito con el Concesionario de Transporte GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A.

Vigésimosexta: Que se declare que METRO CALI S.A. está obligada a tener a su cargo los riesgos del Contrato de Concesión No. 1 que legalmente está en capacidad de gestionar, administrar y mitigar, tales como el riesgo de la disponibilidad de infraestructura, el riesgo de implantación y el riesgo de variación de tarifa.

Vigésimoséptima: Que se declare que METRO CALI S.A. incumplió sus obligaciones al no indemnizar o compensar al Concesionario de Transporte GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A. los efectos económicos derivados de la ocurrencia de los riesgos a su cargo tales como de la disponibilidad de infraestructura, de implantación y de variación de tarifas.

Subsidiaria a la Vigésimoséptima: Que se declare que la ocurrencia de los riesgos a cargo de METRO CALI S.A. tales como como de la disponibilidad de infraestructura, de implantación y de variación de tarifas, etc. constituyen eventos ajenos y no imputables a los Concesionarios que rompió el equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 1, el cual debe ser restablecido por METRO CALI S.A. al Concesionario.

Vigesimoctava: Que se declare que el riesgo de demanda es “la contingencia que consiste en la eventual disminución o aumento en el número de los viajes que constituyen pago en el Sistema MIO que inciden en el número de kilómetros programados y recorridos frente a los que fueron estimados por el CONCESIONARIO, al momento de estructurar su propuesta económica dentro de la Licitación Pública No. MC-DT-001 de 2006 convocada por Metro Cali S.A.” y que debe ser asumido por el Concesionario en los términos del numeral 1.135. y la cláusula 89.2. del Contrato.

Vigesimonovena: Que se declare que los incumplimientos de METRO CALI S.A. tienen incidencia sobre los riesgos asignados al Concesionario de Transporte GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A. y que en consecuencia, debe indemnizar los perjuicios que son consecuencia de ello.

Trigésima: Que se declaren absolutamente nulas las siguientes disposiciones contractuales por ir en contravía de lo dispuesto en los artículos 4º numeral 3º, 8º y 9º, 5º numeral 1º de la Ley 80 de 1993 y 830 del Código de Comercio:

Cláusula 10. OBLIGACIONES DE METRO CALI

En el numeral 10.10. “cuando este haya sido declarado por el juez del contrato”.

Trigesimoprimera: Que se declaren absolutamente nulas las siguientes disposiciones contractuales por asignar riesgos al Concesionario que no están dentro de su capacidad de gestión, mitigación y control y el artículo 830 del Código de Comercio, así como las demás disposiciones constitucionales y legales aplicables:

Cláusula 88 DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS DEL CONTRATO:

“el CONCESIONARIO asume los efectos derivados de los riesgos descritos en el presente capítulo, además de aquellos que se desprenden de sus cláusulas o estipulaciones de éste Contrato de Concesión y/o que se derivan de la naturaleza de este Contrato de Concesión”

“acepta que la remuneración que recibirá de acuerdo con las condiciones establecidas en el Pliego de Condiciones y en el presente Contrato de Concesión es suficiente para asumir los riesgos a que está expuesto”.

“Por lo tanto, no procederán reclamaciones del CONCESIONARIO basadas en el acaecimiento de alguno de los riesgos que fueron asumidos por el CONCESIONARIO y – consecuentemente – Metro Cali S.A. no hará reconocimiento alguno, ni se entenderá que ofrece garantía alguna al CONCESIONARIO, que permita eliminar o mitigar los efectos causados por la ocurrencia de alguno de estos riesgos, salvo que dicho reconocimiento o garantía se encuentre expresamente pactados en el Contrato.”

Cláusula 89 RIESGOS DEL CONTRATO ATRIBUIDOS AL CONCESIONARIO

Inciso 3º: “además de aquellos que se deriven de otras cláusulas o estipulaciones de este Contrato, o de la naturaleza de este Contrato”.

Inciso 4º: “El CONCESIONARIO asumirá en su totalidad los riesgos que se deriven del cumplimiento de las obligaciones derivadas del Contrato de Concesión”.

La Cláusula 91 EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN en su totalidad, o en los apartes que el Tribunal encuentre nulos.

La Cláusula 124 COMPENSACIÓN POR TERMINACIÓN ANTICIPADA en su totalidad, o en los apartes que el Tribunal encuentre nulos.

Trigesimosegunda: Que se declare que como consecuencia de los incumplimientos de METRO CALI S.A. y de los eventos ajenos y no imputables a GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A. que alteraron el equilibrio económico en perjuicio de éste último, los Riesgos de Demanda (Cláusula 89.2.) y de Operación de Transporte (Cláusula 89.3.), sólo serán de cargo del Concesionario a partir de la implementación o implantación total del Sistema, la cual se entenderá surtida a partir del retiro definitivo del Transporte Público Colectivo (TPC), o previo el agotamiento de los requisitos que establezca el Tribunal.

Trigesimotercera: Que se declaren absolutamente nulas la siguiente disposición contractual por constituir una obligación de imposible cumplimiento a cargo del Concesionario:

Cláusula 89 RIESGOS DEL CONTRATO ATRIBUIDOS AL CONCESIONARIO (Inciso 4º)

“como una obligación de resultado”.

Trigesimocuarta: Que se declare que el riesgo de la variación de las tarifas por orden de la autoridad municipal competente, que afecte la remuneración de GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A., no corresponde a éste último en los términos de las cláusulas 1.146., 10.10. y 92. del Contrato.

Trigesimoquinta: Que se declare que el riesgo de la implantación del Sistema MIO le corresponde a METRO CALI S.A. y por lo tanto, la obligación de mitigar los riesgos así como de compensar a GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A. por los efectos desfavorables que a partir de ellos se generen.

Trigesimosexta: Que se declare que el riesgo de la infraestructura del Sistema MIO le corresponde a METRO CALI S.A. y por lo tanto, la obligación de mitigar los riesgos así como de compensar a GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A. por los efectos desfavorables que a partir de ellos se generen.

Trigesimoseptima: Que se declare que GIT MASIVO no está obligado a asumir los efectos derivados de riesgos, que si bien estuvieron asignados a su cargo, fueron afectados como consecuencia de incumplimientos de METRO CALI así como de eventos ajenos y no imputables al Concesionario.

1.6. Pretensiones Declarativas Generales Finales

Trigesimooctava: Que se declare que METRO CALI S.A. está obligada a indemnizar los perjuicios ocasionados a GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A. como consecuencia de sus incumplimientos legales y contractuales.

Trigesimanovena: Que se declare que METRO CALI S.A. está obligada a restablecer el equilibrio económico financiero del Contrato de Concesión No. 1 para lo cual adoptará el pago de la compensación a que legalmente tiene derecho, así como las demás medidas que el Tribunal encuentre procedentes.

Subsidiaria a la Trigesimanovena: Que en subsidio de lo anterior, se declare judicialmente terminado el Contrato de Concesión No. 1, con justa causa imputable a METRO CALI S.A., en los términos legales y con el reconocimiento integral de los perjuicios causados a título de daño emergente y lucro cesante, así como el reintegro total de las inversiones realizadas y debidamente registradas en los estados financieros de GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A., o lo que establezca el Tribunal.

Subsidiaria primera a la Trigesimanovena: Que en subsidio de lo anterior se decrete la terminación del contrato de concesión No 1 de 2006, con el fin de mitigar los perjuicios causados al concesionario.

1.7. Pretensiones de Condena

Cuadragésima: Que se condene a METRO CALI S.A. a reconocerle y pagarle a GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A., las sumas a las que, de acuerdo con lo que se pruebe en el proceso, haya lugar para la indemnización integral de los daños sufridos a título de daño emergente y lucro cesante.

Quincuagesimaprimeras: Que se condene a METRO CALI S.A. a adoptar todas las medidas necesarias para restablecer el equilibrio financiero del Contrato de Concesión No. 1 para lo cual dispondrá el pago de las compensaciones GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A.

Quincuagesimasegunda: Que se ordene a METRO CALI S.A. a cumplir los lineamientos legales y contractuales así como a estarse a lo dispuesto en el Laudo Arbitral hacia el futuro, particularmente pero sin que se limite a ello, a liquidar la Tarifa Técnica y a pagar la remuneración causada con posterioridad a la presentación de la reforma de la demanda arbitral del Concesionario de acuerdo con los parámetros indicados en el Laudo Arbitral.

Quincuagesimatercera: Que se condene a METRO CALI S.A. a pagar y a cumplir a favor de GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A. todas las obligaciones, dinerarias o no, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria del Laudo Arbitral, o en la oportunidad que establezca el Tribunal.

Quincuagesimacuarta: Que se condene a METRO CALI S.A. a pagar a GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A. los intereses moratorios a la máxima tasa legal aplicable a todas las condenas dinerarias a partir del vencimiento de la oportunidad prevista en el numeral anterior, y hasta la fecha del pago efectivo, o en los términos que establezca el Tribunal.

Quincuagesimaquinta: Que se condene a METRO CALI S.A. a pagar las costas que se generen como consecuencia de este proceso, así como las agencias en derecho. ...”

3. OPOSICIÓN DE LA DEMANDADA FRENTE A LA DEMANDA PRINCIPAL

Mediante escrito presentado el 31 de enero de 2017, Metro Cali S.A. contestó la reforma de la demanda, oportunidad en la cual negó unos hechos, aceptó otros, se opuso a la totalidad de las pretensiones de la reforma de la demanda; formuló las siguientes excepciones de mérito: a) Falta de legitimación en la causa, b) Hecho de un tercero, c) Ausencia de solidaridad, d) Existencia de dos contratos de transacción suscrito entre Metro Cali y Git. e) Renuncias voluntarias de derechos con efectos jurídicos obligatorios, f) Cosa Juzgada, g) Caducidad de la acción, h) Imposibilidad jurídica de que el tribunal pueda modificar el régimen obligacional del contrato, i) Inexistencia de condiciones constitutivas de desequilibrio económico del contrato, j) Incumplimientos atribuibles al demandante eximentes de responsabilidad respecto de Metro Cali, k) Compensación, l) La Genérica; con argumentos que constan en el respectivo escrito y, finalmente objetó la estimación de la cuantía de las pretensiones.

4. LOS HECHOS DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA

La parte demandada a su turno mediante escrito acompañado a la contestación de la reforma de la demanda, presentó reforma de la demanda de reconvención cuyos hechos se resumen de la siguiente manera:

- 4.1** El Sistema MIO está diseñado para operar en rutas troncales (corredores exclusivos), pre troncal y alimentador, que atiendan la demanda de pasajeros para satisfacer sus necesidades de movilización; esto es, para propender por el interés general y no el particular.
- 4.2** Mediante la Resolución número 205 del 21 de junio de 2006 Metro Cali S.A. convocó a la Licitación Pública número MC-DT-001 de 2006, para la celebración de contratos de *“Concesión para la prestación del servicio público de transporte masivo de pasajeros dentro del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Santiago de Cali – Operación de Transporte de Servicio Troncal, Auxiliar y Alimentador del Sistema MIO”*.
- 4.3** La Licitación tuvo por objeto *“seleccionar cinco (5) concesionarios que celebrarán el contrato estatal de concesión cuyo objeto es otorgar en concesión no exclusiva, conjunta y simultánea con otros concesionarios, y exclusiva respecto de otros Operadores de Transporte Colectivo, la explotación del Servicio Público de Transporte*

Masivo de Pasajeros del Sistema MIO, en los términos, bajo las condiciones y con las limitaciones previstas en el contrato” (Pliego, número 1.2.)

4.4 La Licitación fue adjudicada mediante la Resolución número 415 del 16 de noviembre de 2006 así:

Concesión No.	“Concesionarios”
1	GIT MASIVO S.A.*
2	BLANCO Y NEGRO MASIVO S.A.
3	ETM S.A.
4	UNIMETRO S.A.*

4.5 El día 15 de diciembre de 2006 Metro Cali y el concesionario **GRUPO INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. – GIT MASIVO S.A.** suscribieron el Contrato de Concesión No. 1 para la prestación del servicio público de transporte masivo de pasajeros dentro del sistema integrado de transporte masivo del municipio de Santiago de Cali.

4.6 La cláusula 1 del aludido contrato de concesión delimitó su objeto y le otorgó al concesionario entre otros, *el derecho a la explotación del Servicio Público de Transporte Masivo en las Rutas Troncales, las Rutas Auxiliares y las Rutas Alimentadoras del Sistema MIO para las Fases 1 y 2, a través de la participación del CONCESIONARIO en los recursos económicos generados por la prestación del servicio.*

4.7 El prólogo que antecede la cláusula que describe el objeto de contrato de concesión, se ocupa de la definición de términos, que anticipan como obligaciones a cargo del concesionario la vinculación de la flota al MIO y la reducción de la oferta del transporte colectivo, en el marco de la propuesta que él mismo presentó ante Metro Cali S.A. durante el proceso licitatorio.

4.8 En ese mismo sentido, el contrato de concesión le asignó al concesionario las siguientes obligaciones:

“8.1.1 Garantizar la prestación del servicio público de transporte masivo de pasajeros, en condiciones de libertad de acceso, calidad, estándares de servicio y seguridad de los usuarios, con la permanencia y continuidad que determine Metro Cali S.A.”

8.1.8 Poner a disposición del Sistema MIO, los autobuses requeridos para la operación de los servicios que le solicite Metro Cali S.A., según las condiciones técnicas, de tipología y de dotación previstas en el presente Contrato, en las fechas y bajo las condiciones determinadas por Metro Cali S.A.

4.9 El concesionario incurrió en graves incumplimientos de obligaciones contractuales a su cargo, en el sentido de que nunca jamás atendió sus compromisos por: **(i)** Incumplimiento del concesionario en poner a disposición del SITM-MIO la flota requerida por Metro Cali en el momento en que se requirió e **(ii)** Incumplimiento en el proceso de reducción de oferta del Transporte Público Colectivo (TPC).

- 4.10** No solo la correspondencia cruzada entre las partes sino también documentos levantados internamente por Metro Cali sobre la vinculación de flota y el protocolo técnico de la misma, ponen en evidencia que GIT efectivamente incurrió en incumplimientos que comprometen su responsabilidad y afectan en materia grave la estabilidad del sistema, pues se afirma que nunca jamás atendió el concesionario sus compromisos sobre el particular.
- 4.11** La flota NO operativa de Concesionario de Transporte GIT Masivo durante el último semestre del año 2015 y primer semestre del año 2016 en comparación con la flota vinculada, evidencia que de 304 buses vinculados, en promedio, en el año 2015, 48 buses no cumplieron con el Protocolo Técnico 31 no cumplieron con el Protocolo Legal. De otro lado, durante el primer semestre del año 2016, de una flota vinculada de 312 buses, en promedio, 51 no cumplieron con el Protocolo Técnico y 27 no cumplieron con el Protocolo Legal, lo cual genera que la flota no sea APTA para prestar el servicio. Ante tal situación anómala, Metro Cali S.A. realizó las solicitudes de flota al concesionario de transporte mediante comunicaciones, sin que hubiese obtenido respuesta satisfactoria alguna, ni hubiese implementado las medidas correctivas necesarias.
- 4.12** Por otra parte, desde el día 15 de diciembre de 2006 se estableció por parte del concesionario el compromiso de reducción de la oferta de transporte público colectivo como requisito previo para la vinculación de la nueva flota al Sistema; no obstante, GIT la incumplió, incurriendo en violación del numeral 8.1.3 de la cláusula 58 del contrato de concesión, lo cual trajo consigo que la Secretaría de Tránsito y Transporte Municipal de Cali quedara en la imposibilidad de desarrollar el proceso de reestructuración de rutas, requisito fundamental para que el sistema integrado de transporte masivo obtuviera la demanda que estaba atendiendo el colectivo, generándose una competencia directa al masivo en detrimento de la demanda transportada por el mismo, con las consecuentes implicaciones de menores ingresos para todos los agentes del sistema.
- 4.13** La Secretaría de Tránsito como autoridad de transporte, mediante diferentes actos administrativos determinó la forma como le correspondería al concesionario dar cumplimiento a esta su responsabilidad contractual a términos, entre otras, de las Resoluciones 302 del 15 de octubre del 2007 y 456 de agosto del 2007. Significa lo anterior, que el Concesionario nunca jamás tuvo la disposición ni adelantó gestiones, ni tomó medidas idóneas adecuadas para la reducción de la oferta de transporte público colectivo, a la que se obligó no solo él, sino también las empresas de transporte colectivo que hacen parte integrante GIT.
- 4.14** Pone de presente al Tribunal que en la ciudad se contaba con 25 empresas de servicio público colectivo en operación antes de la implantación del sistema de

transporte masivo – SITM MIO; de ellas 20 hicieron parte del proceso de licitación como integrantes de las empresas proponentes. Hoy continúan en operación tan solo 10 empresas, 5 de las cuales son accionistas o socias de GIT, según proformas suscritas por todas ellos y presentadas con la propuesta del actual demandante, documentos en donde adquieren de manera formal compromisos expresos dirigidos al retiro de los buses del transporte colectivo, la realización del proceso de chatarrización para actuar con lealtad frente al sistema integrado, permitiendo el desarrollo del mismo sin sufrir detrimentos patrimoniales derivados de la competencia no esperada.

- 4.15** Al suscribir la Proforma 4 y la Proforma 11 el concesionario tenía todos los elementos para dar cumplimiento de manera satisfactoria a la reducción de la oferta, en función del mejoramiento de la movilidad.
- 4.16** No obstante lo anterior, el retiro de vehículos de transporte por parte de la Secretaría de Tránsito y Transporte no se pudo materializar atendiendo a que fueron las mismas empresas socias de los concesionarios las que ejercieron acciones legales en contra del retiro de sus buses, manteniéndose una competencia del transporte masivo que perjudicó los ingresos de todos los agentes del sistema, lo cual fue ocasionado por la propia negligencia del concesionario en exigirle a sus socios que desplegaran una competencia leal. Es lo cierto que nunca jamás GIT dio cumplimiento a estas sus obligaciones.
- 4.17** Ha sido factor que ha incidido fundamentalmente en la reducción de la oferta la falta de recursos económicos por parte del concesionario que le permitieran lograr los niveles de chatarrización a su cargo, como lo reconoció en el punto 2.3.2 del Otrosí No. 6, lo cual no constituye exoneración de responsabilidad porque este riesgo fue asumido por él al tenor de la cláusula 89 del Contrato de Concesión.
- 4.18** Violó el concesionario lo establecido en el numeral 1.33 de la cláusula 1, en conjunto con la cláusula 58 del contrato de concesión, pues estipulan tales regulaciones contractuales.

5. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA

Las pretensiones contenidas en la demanda de reconvencción reformada son las siguientes:

“...

2. PRETENSIONES.

2.1 ***DECLARAR*** que entre el demandado en reconvencción **GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A. y METRO CALI S.A.** se celebró el día 15 de diciembre de 2006 el Contrato de Concesión No. 1 para

la Prestación del Servicio Público de Transporte de Pasajeros dentro del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Santiago de Cali – Sistema Mio.

2.2 DECLARAR que el demandado en reconvención **GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A.** incumplió gravemente el contrato de concesión señalado en el punto inmediatamente anterior, al haber desconocido sus compromisos en términos de: **(i)** la diferencia entre la flota ejecutada y la flota requerida para el servicio del SITM-MIO y **(ii)** la diferencia entre los buses del TPC realmente reducidos y la obligación de dicha reducción.

2.3 DECLARAR como consecuencia de los referidos incumplimientos la resolución del mencionado Contrato de Concesión y ordenar su liquidación, procediendo a la realización de la misma de acuerdo con las cuentas que son objeto de discusión en el proceso. .

2.4 DECLARAR que el demandado en reconvención **GRUPO INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO GIT MASIVO S.A.** es responsable directo de los perjuicios ocasionados al Sistema Integrado de Transporte Masivo, al haber desconocido sus compromisos en términos de: **(i)** la diferencia entre la flota ejecutada y la flota requerida para el servicio del SITM-MIO y **(ii)** la diferencia entre los buses del TPC realmente reducidos y la obligación de dicha reducción.

2.5 DECLARAR que el demandado en reconvención **GRUPO INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO GIT MASIVO S.A.** debe responder por los perjuicios económicos que por acción u omisión le ha ocasionado a **METRO CALI S.A.** como ente gestor del Sistema Integrado de Transporte Masivo, por las razones expuestas en precedencia, en relación específica con el desconocimiento de sus compromisos en términos de: **(i)** la diferencia entre la flota ejecutada y la flota requerida para el servicio del SITM-MIO y **(ii)** la diferencia entre los buses del TPC realmente reducidos y la obligación de dicha reducción.

2.7 Como consecuencia de las anteriores súplicas, así como de los incumplimientos declarados, para efectos de restablecer el equilibrio económico del contrato de Concesión No. 1, **CONDENAR** al demandado en reconvención **GRUPO INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. – GIT MASIVO S.A.** a pagar a favor de **METRO CALI S.A.**, como titular y Gestor del SITM MIO, los perjuicios y compensaciones por concepto de daño emergente y lucro cesante, en particular los derivados de los incumplimientos de las obligaciones en términos de: **i)** la diferencia entre la flota ejecutada y la flota requerida para el servicio del SITM-MIO y **ii)** la diferencia entre los buses del TPC realmente reducidos y la obligación de dicha reducción de los incumplimientos alegados.

2.8 CONDENAR al demandado en reconvención **GRUPO INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. – GIT MASIVO S.A.** a efectuar el pago actualizado de las sumas de **\$314.303.204.034** y **\$ 94.054.381.261** a favor de **METRO CALI S.A.**, junto con los interés corriente y de mora a la tasa máxima

autorizada por la ley, así como todos los demás perjuicios de todo orden que la primera le haya causado a la segunda.

*La anterior cuantificación del perjuicio reclamado no implica el desistimiento de las excepciones de caducidad propuestas con la contestación a la reforma de la demanda, que mantienen todo su vigor. Solo que si remotamente las mismas llegaren a ser desestimadas, en tal caso el daño infringido a METRO CALI S.A. por el concesionario, debe ser calculado para efectos de las condenas solicitadas en el presente capítulo teniendo en cuenta los valores aquí reclamados o los que se llegaren a probar en el proceso. De prosperar tales medios exceptivos, como lo esperamos con plena convicción, las compensaciones e indemnizaciones tomarán como punto de referencia la suma de **\$94.054.381.261** causada con posterioridad a la fecha de la celebración del contrato de transacción del Otrosí No. 6 al contrato de concesión.*

Las condenas se solicitan por las sumas de dinero o por cualquiera otra que se llegue a demostrar en el proceso, aún por valores superiores.

2.9 CONDENAR al demandado en reconvención **GRUPO INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. – GIT MASIVO S.A.** a hacer las restituciones a su cargo, ordenándole llevar a cabo la entrega de los predios que ocupa para patios y talleres con todas las instalaciones, edificios o dependencias que formen parte del Contrato de Concesión, con sus adiciones, mejoras, infraestructura y enlaces de conectividad con el SIUR, incluidos también los inmuebles por adhesión o por destinación que se hayan incorporado al terreno o a la infraestructura en él construida, de conformidad con el último registro de activos, en el estado de funcionamiento en el que los recibió salvo el deterioro natural de las cosas, sin recibir contraprestación alguna por este concepto.

2.10 CONDENAR a la parte convocada en reconvención al pago de las costas. (...)"

6. OPOSICIÓN DE LA CONVOCANTE FRENTE A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

Mediante escrito presentado el 2 de marzo de 2017, **GIT MASIVO S.A.** contestó la reforma de la demanda de reconvención, oportunidad en la cual negó unos hechos, aceptó otros, se opuso a la totalidad de las pretensiones de la reforma de la demanda de reconvención; formuló las siguientes excepciones de mérito a) Excepción de contrato no cumplido, b) Falta de legitimación por activa de Metro Cali, c) Falta de legitimación por pasiva de Git Masivo, d) Falta de jurisdicción y competencia (parcial), e) Nulidad absoluta, f) Transacción (excepción condicional), g) Compensación (excepción condicional), h) Excepción denominada genérica; con argumentos que constan en el correspondiente escrito y, finalmente, objetó la estimación de la cuantía de las pretensiones.

III. ACTUACIÓN PROBATORIA SURTIDA EN EL PROCESO

1. El día 11 de diciembre de 2017 se llevó a cabo la inspección judicial a las instalaciones de Git Masivo y a la infraestructura del sistema de transporte masivo MIO.
2. El 16 de enero de 2018 se posesionó la perito contable Diana María Ocampo López, quien, dentro del término otorgado para el efecto presentó su dictamen y rindió las aclaraciones y complementaciones ordenadas por el Tribunal a instancia de la parte convocada.
3. Ese mismo día se recibió la declaración de parte y el interrogatorio de parte al representante legal de la parte convocante Git Masivo S.A. y se recibió el testimonio del señor Rodrigo Camacho Godoy.
4. El día 17 de enero de 2018 se recibieron las declaraciones de los testigos Luis Felipe García Aladín Sebastián Nieto Salazar, quienes fueron tachados de sospechosos, Álvaro José Rengifo Campo y Felipe Ortiz Rubiano.
5. El 18 de enero de 2018 se recibió el testimonio de la señora Vanesa Silva y en esa misma audiencia, mediante auto No. 31 de 18 de enero de 2018 se decretó como prueba de oficio, que Git Masivo aportara certificación de quienes han sido sus accionistas por cada uno de los años de ejecución del contrato y se ordenó oficiar al Secretario de Movilidad de Santiago de Cali para que aportara el listado de aquellos operadores de transporte colectivo, que por vía de acciones judiciales, están operando rutas de transporte paralelamente a los corredores del sistema MIO, documentos que fueron aportados oportunamente e incorporados al expediente.
6. El 26 de enero se recibieron los testimonios de José Ignacio Leiva González Salazar, quien fue tachado de sospechoso y Margaret Muñoz Romero
7. El 13 de febrero se recibió el testimonio de Patricia Hernández Guzmán, cuya declaración fue tachada de sospechosa. En esa misma audiencia el apoderado de la parte convocada desistió de los testimonios de Juan Carlos Echeverry, Cecilia Muñoz y Armando Garrido.
8. El 14 de febrero se recibieron los testimonios de Juanita Concha Rivera y Luis Fernando Sandoval Manrique, ambos tachados de sospechosos.

9. El 7 de marzo se llevó a cabo el interrogatorio a la perito Juanita Concha Rivera. En esa misma audiencia el apoderado de la parte convocante desistió del careo entre los peritos, y por su parte, el apoderado de la parte convocada desistió de los testimonios de los señores Alberto Hadad y Gustavo Adolfo Jaramillo.

10. El 12 de marzo tuvo lugar la audiencia de interrogatorio al perito, representante de la empresa Transconsult, y el 14 de marzo se llevaron a cabo los interrogatorios a los peritos, representantes de las empresas Cal y Mayor y Asociados y Strategas Consultores S.A.

11. El 4 de abril de 2018 se llevó a cabo el interrogatorio al perito Luis Felipe García Aladín. En esa misma audiencia el apoderado de la parte convocada desistió de la inspección judicial a las instalaciones de Git Masivo S.A.

12. En el término probatorio se libraron los oficios ordenados en el auto de pruebas y sus respuestas fueron incorporadas al expediente oportuna y adecuadamente.

13. El 12 de abril se dio inicio a una nueva audiencia de conciliación, citada a instancias del Tribunal, la cual fue suspendida para seguir avanzando en un acuerdo entre las partes.

14. El 9 de mayo se recibió el testimonio del señor Héctor Horacio Ulloa. En esa misma audiencia el apoderado de la parte convocante desistió de la prueba de exhibición de documentos a cargo de Metro Cali. En la misma fecha, el Tribunal, con arreglo a la ley, realizó el control de legalidad previsto en el artículo 132 del Código General del Proceso y declaró concluido el periodo probatorio.

15. El 22 de mayo y el 6 de junio del 2018 se continuó con las audiencias realizadas con los representantes legales de las partes y sus apoderados con el fin de llegar a un acuerdo conciliatorio. El 6 de junio por auto No.48 se señaló fecha para llevar a cabo la audiencia de alegatos de conclusión que se realizó el 22 de junio de 2018, y en la cual se señaló fecha para dictar el laudo el día 04 de septiembre de 2018.

16. El 31 de julio de 2018 el apoderado de la parte convocante informó que las partes arribaron a un acuerdo que presentarían a consideración del Tribunal.

17. Mediante escritos presentados el 03 y el 08 de agosto de 2018, los representantes legales de las partes convocante y convocada respectivamente ampliaron el término de duración del proceso en un mes.

18. El 28 de agosto el Tribunal mediante auto No 54 de la fecha tuvo por prorrogado el término del proceso en un mes y aplazó la audiencia para proferir laudo, para que las partes pudiesen avanzar en el acuerdo conciliatorio.

19. El 19 de septiembre las partes de común acuerdo prorrogaron nuevamente el término de duración del proceso en dos meses más; el Tribunal por auto No. 55 de 25 de septiembre de 2018 tuvo por prorrogado el término del proceso en dos meses más y citó a las partes y sus apoderados para audiencia que se efectuó el 03 de octubre de 2018. En esa audiencia los representantes legales de las partes informaron al Tribunal que pese a los esfuerzos realizados no fue posible llegar a un acuerdo. A continuación el Tribunal señaló nueva fecha para la audiencia de Laudo.

Así pues, el trámite del proceso se desarrolló en 45 sesiones, sin incluir la de fallo, en el curso de las cuales, como atrás se reseñó, se practicaron todas las pruebas decretadas, salvo las que fueron desistidas.

IV. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN PRESENTADOS POR LAS PARTES

Las partes, luego de concluida la instrucción de la causa, en la forma prevista por el artículo 33 de la Ley 1563 de 2012, acudieron a la audiencia realizada para el efecto. En ella hicieron uso de su derecho a exponer sus conclusiones finales acerca de los argumentos de prueba obrantes en los autos, presentando así mismo los respectivos resúmenes escritos de sus intervenciones y los cuales son parte integrante del expediente.

V. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Dentro del término previsto para el efecto el Ministerio Público, emitió concepto de fondo respecto del asunto que se somete a consideración del Tribunal. En él hace un recuento sobre la jurisdicción arbitral y los antecedentes jurisprudenciales, sobre el desequilibrio económico del contrato, su importancia probatoria y la oportunidad para reclamar ese desequilibrio. Así mismo examina los antecedentes jurisprudenciales, sobre los vicios en el consentimiento como causal de anulación en los negocios jurídicos.

Sobre la demanda principal reformada

Posteriormente, aborda el Ministerio Público, el estudio de cada una de las pretensiones, así:

En relación con aquellas denominadas pretensiones declarativas generales.

Sostiene que existe el “*contrato de concesión no. 1 para la prestación del servicio público de transporte masivo de pasajeros dentro del sistema integrado de transporte de Santiago de Cali*”. Igualmente advierte la existencia de los Otro Síes No. 1 que “*modifica la calificación del índice de accidentalidad celebrado entre Metro Cali y Git Masivo s.a.*”, obrante a folios 001980 a 001988; No. 2 por el cual se resuelve modificar la cláusula 8 numeral 8.3 sobre la participación de los pequeños propietarios transportadores, obrante a folios 002017 a 002022; No. 3 celebrado ENTRE Metro Cali y Git Masivo S.A., 7 de diciembre de 2012, que modificó algunos aspectos del fondo FRESA.

Sobre los puntos relacionados con la declaración de ser Metro Cali S.A. el gestor y titular del SITM MIO, que la entidad tiene posición dominante, que el contrato fue predispuerto por la entidad contratante.

Sobre la posición dominante en la relación contractual y la predisposición del contrato por la entidad contratante, expresa que el contrato fue suscrito bajo el principio de la autonomía de la voluntad, entendiendo igualmente, que existen unos lineamientos legales en tanto se trata de contrato estatal para la prestación de un servicio público.

Afirma que en el caso que se examina, se acudió al procedimiento de contratación de la licitación pública, en la que conocido el pliego de la licitación y las reglas del contrato, se presentó voluntariamente propuesta y una vez adjudicado el contrato libremente se suscribió y, por último, que se trata de un contrato bilateral, oneroso, conmutativo y solemne, no pudiendo concluir que se trata de una relación contractual por adhesión y en la que previa suscripción del contrato se hubiere ejercido posición dominante por la entidad contratante, menos cuando no se precisa en la solicitud de tal declaratoria de posición dominante, la existencia de cláusulas abusivas en el contrato celebrado y que lleven por si mismas a producir un desequilibrio injustificado.

En cuanto a las pretensiones declarativas relacionadas con el contrato modificador No. 6 al contrato de concesión No. 1

La nulidad de la cláusula No. 4.2 del OTRO SI No. 6

Sostiene que de las expresiones que se acusan como condicionamiento, solo se observan rasgos del carácter negocial, esto es que si se transan para ese momento las diferencias y reclamaciones, procedía el pago de los dineros que sean fuente de reconocimiento y se aceptan como incumplimientos, de lo contrario, si la demandante consideraba que debía acudir a otros medios para el reconocimiento de los valores y de las obligaciones que señalaba incumplidas, debió negarse a la suscripción del OTRO SÍ. Concluye que dadas las condiciones del contratista y del conocimiento del negocio jurídico, no se advierte presión indebida y no existe causal de anulación de la cláusula 4.2. del contrato adicional No. 6

Manifiesta, que no puede decirse que la transacción se erija como acto no permitido o vulnerador del ordenamiento jurídico, por el contrario, es calificada como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, de carácter sustancial y está regulada en su integridad por el código civil. Agrega que esta figura jurídica es perfectamente aplicable a la contratación estatal por disposición expresa del artículo 68 de la ley 80 de 1993, como mecanismo para zanjar diferencias de tipo contractual. Es definida entonces como un contrato “*en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual*” (art 2469 CC). A diferencia de la conciliación, en la transacción las partes o acuerdan directamente el conflicto jurídico que está en trámite ante los estrados judiciales o buscan evitar llevar esa controversia a manos de la justicia.

Señala que es perfectamente válido que ante una controversia contractual, los sujetos de la relación contractual pública, decidan celebrar un contrato de transacción para arreglar la diferencia directamente y en el mismo acto jurídico, podrán establecer las obligaciones respectivas para el efecto e incluso crear nuevas.

Termina afirmando que las diferencias e incumplimientos recíprocos de contratante y contratista, fueron resueltos a través de la transacción contenida en el contrato modificatorio No. 6 al contrato de concesión No. 1. y por tanto no se configura la causal de anulación planteada por la parte actora.

Sobre los endilgados incumplimientos de Metro Cali S.A. al contrato modificatorio 6 de 18 de diciembre de 2014

Los incumplimientos enunciados por la parte actora los agrupa y examina así:

Primer Grupo:

- No entregar al concesionario el estudio contratado con el DNP.
- No adoptar las medidas necesarias para ajustar el contrato de concesión 1 de acuerdo con las recomendaciones del estudio DNP, en especial la estructura tarifaria, así como la cláusula No. 10.10 del contrato de concesión 1.
- No ajustar la tarifa_técnica para el año 2016 y subsiguientes que define la remuneración al concesionario.

Manifiesta en este punto, que de acuerdo con el contenido del contrato modificatorio No. 6 de 18 de diciembre de 2014, en las cláusulas analizadas y en las que soporta la pretensión el demandante, no existía la obligación de entregar al concesionario el estudio del DNP, y tampoco se fijó plazo para la obtención del estudio del DNP.

Precisa que efectivamente el contrato modificatorio No. 6 de 2014 contempló la obligación de adoptar las medidas necesarias para revisar y ajustar el contrato de concesión de acuerdo con las recomendaciones del estudio del DNP y previo estudio jurídico para su implementación; argumenta que se trata de una obligación de hacer, que no genera una obligación de modificar la tarifa en concreto en un solo sentido, sino que, el estudio señala varias alternativas para definir la estructura tarifaria que permita la sostenibilidad del sistema, siendo esta la finalidad del estudio contratado con el DNP, entre otras, variar la interpretación dada a las fórmulas de remuneración A y B, dejando una de ellas y planteando una nueva opción denominada expresión "C" como fórmula de cálculo de la misma, tal como lo contemplan los puntos 3.26 al 3.41 del Estudio DNP.

Sostiene que dicho estudio señala un condicionamiento en el evento de modificaciones al contrato, tal condicionamiento es el estudio jurídico, punto a partir del cual debe revisarse la matriz de riesgos del contrato de concesión y tenerse en cuenta que las alternativas de modificación de la tarifa se plantean en el estudio del DNP solo a partir del año 2016, tal como se consigna en el punto 3.99 del documento.

Advierte que del contenido de la cláusula 10.10 del contrato de concesión 1 de 2006 y de las versiones del testigo Álvaro José Rengifo Ocampo, se evidencia que las diferencias tarifarias solo podrían entrar en negociación, conforme a las pruebas aportadas y al estudio del DNP, única y exclusivamente a partir de noviembre de 2016 para concluir expresando que Metro Cali incumplió con el deber obligacional pactado de revisión de la tarifa.

Segundo Grupo:

- No tramitar los recursos adicionales necesarios para el FONDO DE CONTINGENCIAS para compensar la falta de ajuste de la Tarifa al Usuario;
- No pagar de forma oportuna y completa los valores pactados a favor de Git Masivo S.A. por no ajuste a la tarifa al usuario;
- Al no pagar de forma oportuna y completa los valores pactados a favor de Git Masivo S.A. la proporción correspondiente a Git Masivo de los \$42.000.000.000;
- No cumplió lo previsto en la cláusula 3.40.3 del contrato modificatorio 6;
- Por descontar injustificada y repetidamente valores con destino a Metro Cali y al FRESA;

Expone que *“en cuanto al incumplimiento relacionado con el pago de los valores correspondientes a las diferencias tarifarias por no ajuste a la tarifa al usuario por parte del municipio de Santiago de Cali, el Contrato modificatorio No. 6 de 2014 en su parte considerativa en los numerales 2.15.6 a 2.15.16 se establece que la variación de la tarifa al usuario está asignada al municipio de Santiago de Cali, que la matriz de riesgo de la tarifa está en cabeza de Metro Cali S.A., que el municipio de Santiago de Cali, no aumentó la tarifa y por tal razón se establece el monto a pagar por la diferencia en el pago de la tarifa técnica por no aumento a la tarifa al usuario para cada uno de los operadores, correspondiendo a GIT MASIVO la suma de \$37.239' 264.261 y en total a todos los operadores la suma de \$122.351.456.624, suma de dinero que se consignaría así: por el municipio de Santiago de Cali \$30.000.000.000 a 31 de diciembre de 2014 y la suma de \$12.000.000.000 en el segundo trimestre del año 2015 al fondo de contingencias, la suma restante la pagaría proporcionalmente a los operadores METROCALI con las sumas consignadas por los CONCESIONARIOS al fondo de contingencias, por concepto del crédito DEBCA, conforme a las cláusulas 3.40.2 a 3.40.5 del Contrato modificatorio No. 6 de 2014.”*

Que la proporción al pago dentro de los \$42.000.000.000 para Git Masivo se encuentran soportados en el cuaderno 11.5 del expediente y en la declaración que rinde el Presidente de Metro Cali obrante al cuaderno 17.1 folio 493, así mismo la declaración de la señora Patricia Hernández

Afirma que se estableció como valor total de la contingencia la suma de \$139.830.236.142, de ese total \$122.351.456.624, correspondía a los concesionarios y los valores a aportar por el municipio \$30.000.000.000 más \$12.000.000.000, se abonarían a la totalidad de la contingencia, resultando entonces, que del total de la

contingencia el valor para Git Masivo S.A. correspondía a un porcentaje de 26,63%, que correspondió a lo pagado, sin existir faltante a su favor, tal como reza el Contrato Modificadorio 6 de 2014 en su cláusula 3.40.1 inciso segundo y la cláusula 3.40.3., disposiciones que se armonizan con la cláusula 2.15.9.

Sobre el valor restante que debía consignarse por los CONCESIONARIOS al fondo de contingencias por el pago del crédito DEBCA, deduce que *“si los CONCESIONARIOS no pagaban el crédito DEBCA no podrían recibir la compensación contemplada en el Contrato Modificadorio No. 6, dada la imposibilidad de alegar a su favor su propia culpa, en aplicación del principio «No auditur propriam turpitudinem allegans» entendido por la H. Corte Constitucional Colombiana desde las siguientes tres acepciones: (i) el juez constitucional no puede amparar situaciones donde la supuesta vulneración de un derecho fundamental, no se deriva de la acción u omisión de cualquier autoridad sino de la negligencia imprudencia o descuido del particular; (ii) la incuria del accionante no puede subsanarse por medio de la acción de tutela; (iii) la imposibilidad de alegar la propia culpa o desidia para solicitar la protección de un derecho cuyo riesgo ha sido generado por el mismo accionante.”*

Para finalmente expresar que deberán desestimarse las pretensiones enunciadas.

Tercer Grupo:

- No pagar oportunamente la diferencia de la Tarifa técnica y la tarifa al usuario de \$60;

Manifiesta que en el contrato modificadorio No. 6 de diciembre de 2014, en la cláusula 3.10 parágrafo 4º se pactó que la tarifa técnica para el año 2015 sería de \$1760 y, por otro lado, se encuentra que la tarifa al usuario estuvo para ese mismo año en la suma de \$1700.

Concluye que el pago de la diferencia de los 60 pesos efectivamente se hizo tardíamente, que la mora se encuentra efectivamente probada, tal como lo reclama la parte demandante, conforme se establece en el dictamen pericial de Strategas, en el que se enuncian las fechas de pagos de los valores pactados en el Contrato Modificadorio No. 6 de 2014 y teniendo en cuenta la cláusula 26.5 del Contrato de Concesión No. 1 de 2006, modificada por la cláusula 10.14 del Contrato modificadorio 6 que establece el pago con periodicidad cada 15 días. Adicionalmente se deben reconocer intereses moratorios por el incumplimiento de obligaciones dinerarias como lo ha señalado el Consejo de Estado.

Cuarto Grupo:

- Metrocali no veló por la correcta ejecución al convenio interadministrativo, ni por la cancelación de rutas y tarjetas del TPC conforme al cronograma

Sostiene que, Metro Cali debía disponer múltiples acciones desde el inicio del proceso licitatorio hasta la actualidad *-incluyendo después del Otrosí No. 6-*, que dichas acciones están referidas a la ejecución del Convenio Interadministrativo, a hacer respetar la exclusividad del Transporte Masivo tiene sobre el Transporte Público Colectivo (TPC) y otros medios de transporte *-inclusive ilegales-* y la prioridad que tenía el Masivo durante la implantación lo cual se ve impactado por la no entrega de los corredores en los términos ofrecidos y en la superposición de las rutas del Transporte Público Colectivo (TPC).

Sobre este punto analiza la cláusula 58 del contrato de concesión y en el contrato modificatorio No. 6 de 2014 de transacción, que en la cláusula 3.18 sustituye el artículo 58 del contrato 1 de 2006 sobre el cumplimiento del compromiso de reducción de oferta de transporte público. Concluye que la reducción del TPC es conjunta entre el concesionario y Metro Cali y el Municipio de Santiago de Cali. Considera que los proponentes adquirieron el compromiso de contribuir a la reducción de oferta del TPC, por lo tanto la exclusividad frente al TPC se condiciona en el contrato al retiro gradual y progresivo del mismo, situación que se reafirma en el modificatorio 6 de 2014, por lo que no puede tenerse como incumplimiento contractual únicamente de Metro Cali y por otro lado, si bien en el artículo 1 del contrato 1 de 2006 se pregona exclusividad frente al TPC, se advierte que tal exclusividad es para los bienes del sistema troncales, pretroncales y rutas alimentadoras.

Afirma que en el prepliego, el pliego, el contrato y sus modificaciones la obligación de reducción de la oferta está a cargo del Concesionario, que aunque, existe el convenio entre el Municipio de Santiago de Cali, para el retiro gradual del TPC, no obstante, no corresponde a METROCALI tal retiro. Que la existencia del TPC estaba contemplada en los documentos del contrato y en el convenio enunciado, precisando que la exclusividad se predica de los corredores del SITM, pero observa que se podía inclusive cruzar rutas del TPC. Este punto del TPC hace parte del riesgo de la demanda y el riesgo de la demanda según el contrato 1 de concesión de 2006, en su cláusula 89.2 lo establece en cabeza del concesionario.

Señala que el Ministerio Público debe tener en cuenta las premisas argumentativas expuestas en materia de contratos de concesión de sistemas de transporte Masivo, en el Laudo Arbitral proferido en el proceso, instaurado por la SOCIEDAD DE OBJETO ÚNICO CONCESIONARIA ESTE ES MI BUS S.A.S. CONTRA la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A. y examina las que considera pertinentes, en relación con la matriz de riesgos y su incidencia directa en la existencia de desequilibrio económico, para el caso que se examina.

Por último manifiesta que la implementación del SITM sería gradual para asegurar que se mantuviera la prestación adecuada del servicio público y por ello podría ocurrir que el sistema entrara en operación en unas zonas y progresivamente en otras, en las cuales seguiría operando el sistema de Transporte Público Colectivo e igualmente se acredita el seguimiento que sobre el retiro del TPC desplegó Metro Cali y en función del modificatorio al convenio celebrado entre esta entidad y el Municipio de Santiago de Cali.

Quinto grupo.

- Metro Cali S.A. no ejecutó el cronograma de obras para el sistema MIO.

Afirma que el contrato modificatorio 6 determinó que el mismo tenía efectos de contrato de transacción y en consecuencia de cosa juzgada.

Así mismo manifiesta que observados los efectos transaccionales del otro si no. 6, deberá revisarse el cumplimiento del cronograma de obras estipulado en el mismo y además si existieron causas justificadas y pactadas en tal otro si, que determinaran que la inejecución por situaciones ajenas a la voluntad de la entidad, no constituyesen causal de incumplimiento contractual.

Cita el párrafo de cláusula 3.9 del contrato modificatorio 6 de 2014, precisa que en el contrato de concesión No. 1 de 2006 en su cláusula 92 se establecieron los riesgos de infraestructura e implantación del sistema a cargo de Metro Cali.; que por su parte el contrato en el PREFACIO, contiene las definiciones atinentes al contrato y en sus numerales 1.138 y 1.139 las correspondientes al riesgo de implantación y riesgo de infraestructura, para concluir que en el presente proceso no se encuentran pruebas que respalden la relación directa entre la entrega por Metro Cali del 100% de la infraestructura y el impacto que hubiese podido generar en la demanda.

Reafirma la validez y vigencia del otro si modificatorio No. 6 de 2014, en el que se saldaron las diferentes contractuales, luego entonces, no corresponde examinar los valores anteriores al 18 de diciembre de 2014 y frente a los valores posteriores al 18 de diciembre de 2014, no se observa el cruce de información de los costos proyectados si se tuviera el patio definitivo con los costos que se han certificado.

Por otra parte, manifiesta que la infraestructura de patios conforme al cronograma de obras, anexo al contrato modificatorio 6 de 2014, quedó supeditada en su cumplimiento al plazo estipulado para esa obra a agosto de 2017 y estableció como condición para su desarrollo la inexistencia de decisiones judiciales, tal como se señala en la cláusula 3.9 del contrato modificatorio 6 de 2014. Y sobre este punto se acredita la existencia de decisiones judiciales que han impedido el cumplimiento de los plazos indicados en los cronogramas.

Destaca igualmente, que el contrato modificatorio 6 de 2014 compensó el aspecto relativo a la entrega de patios, con la extensión del plazo de la etapa de operación regular, numerales 2.17.1, 2.17.6, 2.17.7 y 2.17.8 y cláusula 3.30

Concluye, que la demora en la entrega de los patios definitivos a la empresa demandante fue compensada en el contrato adicional No 6 de 2014 con dos aspectos puntuales, a saber, suspendiendo los índices de calificación del servicio a Git Masivo y prorrogando la duración de la etapa de operación regular, pasando de 24 a 30 años de operación.

Sobre la Demanda de Reconvención

La demanda de reconvención contiene solicitud para que se declare que:

- Entre el demandado en reconvención y Metro Cali se celebró el contrato de concesión No. 1.

Este punto no es motivo de discusión en la controversia y se evidencia de los documentos aportados con la demanda inicial y la de reconvención como soporte principal del trámite arbitral.

- El demandado en reconvención incumplió gravemente el contrato al desconocer sus compromisos en términos de la diferencia entre la flota ejecutada y la flota requerida y la diferencia entre los buses del TPC realmente reducidos y la obligación de dicha reducción.

En este punto examina la cláusula 58 del Contrato de Concesión 1 de 2006 y el Contrato Modificadorio No. 6 de 2014 de transacción, que en la cláusula 3.18 sustituye el artículo 58 del contrato 1 de 2006 y establece el cumplimiento del compromiso de reducción de oferta de transporte público; precisa que la reducción del TPC es conjunta entre el concesionario y Metro Cali S.A. y el Municipio de Santiago de Cali.

Enumera como pruebas en relación con el incumplimiento alegado de reducción del TPC los varios oficios de requerimiento por parte de Metro Cali a Git Masivo, el informe técnico financiero elaborado por la directora de operaciones de Metro Cali Juanita Concha Rivera en el que aparece como flota requerida para diciembre de 2015, 301 buses y como flota ejecutada Por Git Masivo S.A. 235 buses. Igualmente. el dictamen realizado por Cal y Mayor y Asociados y aportado por Git Masivo S.A., aparece en relación con la vinculación de flota a diciembre de 2015 que se requirieron 310 vehículos y se vincularon 313.

A su vez, el Dictamen pericial de Transconsult aportado por Metro Cali S.A., señala que en el 2015 como promedio de flota vinculada tuvo Git Masivo 304 buses, con un déficit de puestos en operación de 53 buses teniendo solo 251, para un porcentaje de incumplimiento de la flota del 17,5%.

- Como consecuencia de los incumplimientos se resuelva el contrato y se ordene su liquidación y se declare que GIT es responsable de los perjuicios ocasionados al sistema al incumplir sus compromisos en términos de la diferencia entre la flota ejecutada y la flota requerida y la diferencia entre los buses del TPC realmente reducidos y la obligación de dicha reducción.

Manifiesta que de los incumplimientos pregonados en la reducción del TPC y la vinculación de flota se advierte que no se ha probado el perjuicio sufrido, prueba que resulta necesaria para establecer la cuantificación del mismo, la afectación en términos económicos y ello no puede ser un simple cálculo, el perjuicio debe ser cierto, determinado, preciso, claramente acreditado.

Informa que para que surja la obligación de reparación como consecuencia del incumplimiento de un contrato, es necesario acreditar en el proceso la existencia de los perjuicios que dicho incumplimiento ocasionó; y para ello se requiere de su prueba y cuantificación, carga que incumbe al acreedor insatisfecho que debe acreditarlos plenamente (art. 167 del Código General del Proceso), que en el presente caso fueron estimados en la demanda de reconvención y en el informe técnico se hace un cálculo,

pero no se discriminan ni se demuestran plenamente, de suerte que lo que no aparece plenamente probado no puede traer otra consecuencia diferente a desestimar las pretensiones en tal sentido.

Finalmente concluye que de la revisión de cada una de las pretensiones tanto de la demanda como de la demanda de reconvención, atendiendo al marco normativo, jurisprudencial, contractual y probatorio que los incumplimientos acreditados en el proceso se predicen únicamente de Metro Cali, en los siguientes dos aspectos: i) el incumplimiento de la obligación relacionada con adoptar las medidas necesarias para ajustar el contrato de concesión 1 de acuerdo con las recomendaciones del DNP en cuanto a la estructura tarifaria y ii) incumplimiento del pago oportuno de la diferencia.

VI. TÉRMINO PARA FALLAR

De conformidad con el artículo 10 de la ley 1563 de 2012, cuando las partes no señalan el término para la duración del trámite arbitral, este será de seis (6) meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, lapso en el que deberá proferirse y notificarse incluso, la providencia que resuelve la solicitud de aclaración, corrección o adición. En consonancia con lo anterior, el artículo 11 de la Ley 1563 de 2012 establece que al término del proceso “*se adicionarán los días de suspensión, así como los de interrupción por causas legales*”.

En el presente caso la primera audiencia de trámite tuvo lugar el 22 de noviembre de 2017, fecha a partir de la cual se inicia el citado término para proferir la providencia que aclare, corrija o adicione el laudo arbitral, el cual, sin contar las suspensiones, finalizó el 21 de mayo de 2018. Sin embargo, y teniendo en cuenta que en reiteradas oportunidades las partes hicieron uso del derecho a suspender el proceso, al mencionado término deberá adicionarse las siguientes suspensiones y ampliaciones del término:

Suspensiones del proceso

Acta	Inicio	Final	Días Suspensión
23	23-11-2017	10-12-2017	18
23	13-12-2017	15-01-2018	34
27	19-01-2018	25-01-2018	7
28	27-01-2018	12-02-2018	17

30	15-02-2018	06-03-2018	20
31	08-03-2018	11-03-2018	4
33	15-03-2018	02-04-2018	19
34	05-04-2018	11-04-2018	7
Total días de suspensión			126

Se tiene entonces que a los seis (6) meses de duración del proceso, se deben adicionar solamente 120 días de suspensión, como lo establece la ley, a pesar de que en la práctica la suspensión haya sido de 126 días. Así las cosas, el plazo para ese efecto habría vencido el diecisiete (17) de septiembre de dos mil dieciocho (2018).

Ampliación del término por las partes

Sin embargo, las partes de común acuerdo decidieron ampliar el término del proceso inicialmente en 1 mes (acta 43 del 28 de agosto 2018) y posteriormente en dos meses más (acta 44 del 25 de septiembre de 2018) para un total de 3 meses que deberán adicionarse al plazo de vencimiento del término por el cual el plazo del proceso vence el 17 de diciembre de 2018.

En este orden de ideas, en atención a que la relación procesal existente en el presente caso se ha configurado regularmente y que en su desarrollo no se advierte que se haya incurrido en defecto generador de alguna causal de nulidad, es de rigor decidir sobre el mérito de la controversia sometida a arbitraje por las partes y, en orden a hacerlo, son pertinentes las siguientes consideraciones.

VII. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

A efectos de resolver las controversias planteadas por las partes, procederá el Tribunal a analizar, en su orden, la demanda principal reformada y los medios de defensa expuestos respecto de ella, y posteriormente abordará el estudio de la demanda de reconvenção, junto con las excepciones formuladas contra ella.

Para ese análisis, el Tribunal ha valorado la totalidad de las pruebas allegadas al expediente, esto es, la documental, la testimonial, la declaración de parte, las respuestas a los oficios, las inspecciones judiciales, los dictámenes periciales y los informes

rendidos, y para claridad de la decisión, se remitirá en cada uno de los capítulos a aquellas pruebas que considera de mayor pertinencia y relevancia para la decisión, precisando que el material probatorio se ha analizado y revisado íntegramente. Por ello, y previamente a analizar las cuestiones litigiosas sometidas a decisión, se procederá a resolver las tachas formuladas respecto de algunos de los testigos, en la medida en que las declaraciones incidirán en la valoración probatoria necesaria para resolver.

1. ESTUDIO DE LAS TACHAS DE SOSPECHA DE TESTIGOS

El artículo 211 del Código General del Proceso, dispone que:

“ARTÍCULO 211. IMPARCIALIDAD DEL TESTIGO. Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas. La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso.”

Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia C-790 de 2006 al referirse sobre los testigos sospechosos, regulados anteriormente de manera similar en los artículos 217 y 218 del derogado Código de Procedimiento Civil, señaló:

“(…) En cuanto al artículo 217 del C.P.C., éste lo que hace es definir como sospechosos a aquellos testigos que se encuentren en circunstancias que puedan afectar su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencia, sentimientos o intereses que tengan con las partes o sus apoderados, de sus antecedentes personales u otras causas que determine el juzgador; ello por cuanto si bien la sola circunstancia de que los testigos sean parientes de una de las partes, no conduce necesariamente a deducir que ellos inmediatamente falten a la verdad, “(…) la razón y la crítica del testimonio aconsejan que se le aprecie con mayor severidad, que al valorarla se someta a un tamiz más denso de aquel por el que deben pasar las declaraciones libres de sospecha.”, lo que permite concluir que dicha norma no es más que una especificación de las reglas de la sana crítica aplicadas al proceso civil. No obstante lo anotado, cuando una controversia entre particulares debe ser dirimida por el juez competente, éste deberá definirla, como antes se dijo, a partir del análisis que realice del acervo probatorio, el cual está en la obligación de estudiar de acuerdo con las reglas que le impone el sistema de la sana crítica, lo que implica confrontarlas, permitir que las partes las contradigan y si es del caso las desvirtúen, y ponderarlas en conjunto, a la luz de su saber técnico específico y su experiencia. En consecuencia, la ponderación de una prueba como el testimonio, obliga al juez a desplegar su actividad con miras a determinar la fuerza de convicción del mismo, para lo cual deberá remitirse a criterios de lógica y experiencia que le permitan valorarla en su real dimensión, sin que ello implique, como lo afirma el actor, que se quebrante la presunción de buena fe que se atribuye a todas las actuaciones de los particulares. Si ello fuere así, la labor del juzgador se limitaría al registro de la versión, de la cual no podría dudar, lo que dejaría sin

sentido su actuación e impediría el objetivo último del proceso, que no es otro que el arribo a la verdad material.”

Por su parte el Consejo de Estado, en providencia de septiembre 2 de 2010 indicó:

“Al respecto, la Sección Primera de esta Corporación ha dicho lo siguiente sobre los testigos sospechosos:

(...)

“Respecto del tema de “testigo sospechoso”, dentro del sistema que adopta el Código de Procedimiento Civil para la valoración de la prueba, no existe descalificación legal de un testigo que se pueda calificar de “sospechoso”, ya que ello sería incompatible con el principio de la sana crítica que gobierna todo el régimen probatorio en nuestro medio, sin embargo, las razones por las cuales un declarante puede tildarse de sospechoso (amistad, enemistad, parentesco, subordinación, etc.), deben ser miradas por el juzgador como aquellas que pueden colocar al testigo en capacidad de engañar a la justicia; pero para ello, el juez debe hacer uso del análisis de la prueba, en su conjunto, a fin de llegar a una convicción aplicando las reglas de la sana crítica de la prueba. Y **no resulta procedente desestimar de plano un testimonio, porque el artículo 218 del Código de Procedimiento Civil establece como norma de conducta para el juez apreciar los testimonios sospechosos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, y no desecharlos de plano.** El calificar como sospechoso un testigo no implica necesariamente que este haya incurrido en un falso testimonio, pues, en la práctica, respecto de testigos que en principio puedan ser calificados sin tacha de sospecha, no puede presumir el juez que siempre dicen la verdad; su dicho, como todo medio probatorio, debe evaluarse en conexidad con todos los demás medios de prueba aportados dentro de un proceso

En igual sentido, esta sección ha manifestado que:

“**La ley no impide que se reciba la declaración de un testigo sospechoso, pero la razón y la crítica del testimonio aconsejan que se le aprecie con mayor severidad, que al valorarla se someta a un matiz más denso que aquel por el que deben pasar personas libres de sospecha.** “El valor probatorio de toda declaración de un testigo sospechoso de antemano se haya contrarrestado por la suposición de que sus afirmaciones no son verídicas y por consiguiente, por sí solos, jamás pueden producir certeza en el juez. **Lo cual autoriza a decir que lo más aconsejable es que el testimonio sospechoso deba analizarse de cara a los demás medios de convicción, para así establecer si estos, ofreciéndole respaldo, hacen evanescente la incredulidad**”.

De acuerdo con lo anterior, resalta la Sala que los testigos sospechosos pueden declarar ante el juez, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 217 del Código de Procedimiento Civil y su declaración no puede ser rechazada de plano sino que debe ser evaluada con los demás elementos probatorios arrojados al proceso.

En vista de lo anterior, el juez al momento de apreciar la prueba, tendrá que aplicar las reglas de la sana crítica para su estudio y determinar que tan sospechoso puede ser, pero no puede, de forma anticipada, negar la misma.

En este mismo sentido, la Corte Constitucional ha sostenido que:

(...).

“Conforme a la doctrina constitucional **el juez no tiene facultad para abstenerse de valorar un testimonio que considere sospechoso.** En su lugar, debe efectuar una práctica más rigurosa del mismo y una evaluación detallada de cada una de las afirmaciones que lo compongan. En conclusión el juez, como director del proceso, debe asumir la responsabilidad de valorar bajo parámetros objetivos todas las pruebas allegadas a la investigación. **Solo puede descartar aquellas respecto de las cuales compruebe su**

ilegalidad o que se han allegado indebida o inoportunamente y, en todo caso, cualquiera que se haya obtenido con la vulneración del debido proceso” (negrilla y subrayado fuera de texto).”

Descendiendo al presente caso encontramos que en el curso del período probatorio fueron tachados los siguientes testigos:

- Luis Felipe García Aladín y Juanita Concha Rivera, por cuanto ambos son funcionarios de Metro Cali pero, además de ello, afirma el apoderado de la parte convocante, que en sus áreas tienen responsabilidades y en caso de ser condenada la parte convocada serían responsables fiscal y disciplinariamente.
- Luis Fernando Sandoval y Patricia Hernández Guzmán, ambos ex funcionarios de Metro Cali, en quienes según la convocante también podría recaer una responsabilidad fiscal en caso de una condena a esa Entidad.
- Sebastián Nieto Salazar, ex funcionario de Unimetro S.A., y José Ignacio Leiva apoderado de esa sociedad, por cuanto según el apoderado de la convocada, dicha empresa hizo causa común con Git Masivo al inicio del proceso.

Examinados los citados testimonios encuentra el Tribunal que, si bien es cierto los testigos tienen dependencia o vinculación con las partes, también es cierto que son personas conocedoras del tema debatido, quienes en el desarrollo de sus labores vivieron de cerca el desenvolvimiento del contrato y no necesariamente por su vinculación o dependencia se debe suponer que sus declaraciones fueron parcializadas o que estas circunstancias afecten su credibilidad.

Por el contrario, los testigos son personas conocedoras del tema debatido por lo que sus dichos fueron ilustrativos; estos testimonios en conjunto con las restantes pruebas obrantes en el proceso enriquecieron el acervo probatorio aportando elementos de juicio para resolver de fondo el tema debatido.

No obsta lo anterior, para que las declaraciones de Luis Fernando Sandoval y Juanita Concha, sean analizadas con mayor severidad en la medida en que el primero de ellos, fue permanentemente evasivo y renuente a contestar las preguntas que le formularon, y la segunda fue quien cuantificó los daños que en la demanda de reconvención se reclaman. Igual regla se aplicará a la declaración del doctor José Ignacio Leiva, en la medida en que actuó inicialmente en este trámite como apoderado de Unimetro.

2. LA DEMANDA PRINCIPAL REFORMADA

2.1. ESTUDIO DE LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

Toda vez que el demandado principal propuso la excepción de caducidad, la cual de prosperar impediría al Tribunal el estudio de las pretensiones frente a las cuales se presentó este medio de defensa, se procederá en primer lugar a resolver la misma, en los siguientes términos:

2.1.1. La caducidad respecto de las pretensiones de terminación fundamentadas en incumplimientos anteriores al 18 de diciembre de 2014

Sostiene la convocada que la acción relativa a las pretensiones “*enderezadas a obtener la terminación del contrato de concesión por supuestos incumplimientos de orden económicos (sic) de causación anterior al 18 de diciembre de 2014*” caducó, toda vez que dichas peticiones son propias del medio de control de reparación directa, cuya acción fenece transcurridos dos años a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño.

Para resolver, lo primero que se advierte es que el contenido de las pretensiones de la demanda es eminentemente contractual, y como bien se reconoce en el planteamiento de la excepción, nos encontramos ante peticiones encaminadas a que el Tribunal declare la terminación del contrato por unos supuestos incumplimientos de la convocada. La simple lectura de las pretensiones pertinentes de la demanda, e incluso la redacción en que se sustenta la excepción, hacen claridad en que estamos ante un proceso de responsabilidad contractual en el que este Tribunal deberá resolver unas controversias derivadas del contrato de concesión número 1 de 15 de diciembre de 2006 celebrado entre las partes.

Así las cosas, el medio de control ejercido por el convocante corresponde a aquel previsto en el artículo 141 del CPACA y no al contemplado en el artículo 140 de ese estatuto, como equivocadamente se sostiene en la contestación a la reforma de la demanda.

De esta forma, y en aplicación de lo previsto en el literal j) del numeral 2, del artículo 164 del CPACA, por encontrarnos frente a un contrato que se encuentra aún en ejecución como ambas partes y la mayoría de testigos lo han reconocido, la contabilización del término de caducidad en este caso, se enmarca dentro de lo previsto en los numerales ii), iii) iv) o v) del mencionado literal j), por lo cual, en adición a que no estamos ante el

ejercicio de la acción de reparación directa, el término para que opere ese fenómeno extintivo no ha comenzado a correr.

2.1.2. La caducidad respecto de la petición de nulidad absoluta del contrato adicional número 1 celebrado el 16 de septiembre de 2011

Señala en este punto la convocada que la acción que busca la declaratoria de nulidad absoluta del contrato adicional número 1 caducó el 17 de septiembre de 2013, toda vez que el interesado tiene un término de dos años contabilizado desde el día siguiente al perfeccionamiento del contrato para iniciar el proceso, de conformidad con lo previsto en el literal j) del artículo 164 del CPACA.

Sin embargo, la lectura completa de la norma invocada por la demandada, permite concluir que en los casos de contratos en ejecución, como el que aquí nos ocupa, la nulidad absoluta puede ser alegada mientras el contrato esté vigente, por lo cual yerra el excepcionante al invocar como fundamento de su excepción el inciso primero del literal j) antes mencionado, razón suficiente para negar la prosperidad de la excepción también en relación con este punto.

2.1.3. La caducidad respecto de la petición de nulidad relativa del contrato adicional número 1 celebrado el 16 de septiembre de 2011

Se fundamenta esta excepción en que el término para interponer la acción de nulidad relativa del contrato, es de dos años contado a partir del día siguiente al del perfeccionamiento del contrato, por lo cual el plazo para presentar la demanda feneció el 17 de septiembre de 2013.

En este punto específico, bien puede advertirse que le asistiría razón a la parte convocada, si en el *petitum* de la reforma de la demanda existieran pretensiones de nulidad relativa respecto del contrato adicional número 1. Sin embargo, revisado ese capítulo del libelo reformado, no se advierte que en el mismo exista una tal categoría de pretensiones, por lo cual tampoco puede abrirse paso la excepción en relación con este tema.

2.1.4. La caducidad respecto de la petición de resolución del contrato adicional número 1 celebrado el 16 de septiembre de 2011 y de la declaratoria de inexistencia

Para el convocado, de conformidad con lo previsto en el literal j) del artículo 164 del CPACA, el término de caducidad de la acción encaminada a obtener la resolución del contrato así como la declaratoria de su inexistencia, es de dos años contados desde el día siguiente al de la ocurrencia “*de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento*”.

Idénticos argumentos a los expuestos anteriormente resultan aplicables para resolver el medio exceptivo aquí planteado, pues en la medida en que nos encontramos ante un proceso de naturaleza contractual, en el que se formulan pretensiones respecto de un contrato en ejecución, es inexorable concluir que el fenómeno de la caducidad no puede haber operado.

2.1.5. Conclusión

No accederá en consecuencia el Tribunal a declarar la caducidad alegada por la demandada en la contestación a la reforma de la demanda, toda vez que, en síntesis, en este proceso no se ejerce el medio de control de reparación directa sino el de controversias contractuales, y que la misma se ha incoado respecto de un contrato cuya ejecución aún se encuentra en curso.

Por ello, y no habiendo operado el referido fenómeno extintivo de la acción, procederá el Tribunal a continuación a abordar el estudio de fondo de las controversias planteadas por el demandante.

2.2. PRECISIÓN METODOLÓGICA SOBRE LA FORMA EN QUE SE ESTUDIARÁ LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA

Para efectos del análisis y decisión de todas y cada una de las pretensiones contenidas en la reforma de la demanda principal, el Tribunal se apartará del orden en que fueron propuestas en ese escrito, toda vez considera que para llegar a una decisión concatenada resulta menester resolver en primer lugar las pretensiones generales, luego las peticiones relativas a los riesgos, posteriormente continuar con las solicitudes relativas a los incumplimientos, proseguir con las atinentes al otrosí número 6 y al contrato adicional número 1 y, finalmente, concluir con las de condena.

2.3. ESTUDIO DEL PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES – PRETENSIONES DECLARATIVAS GENERALES INICIALES

Este grupo de pretensiones se encamina a establecer la existencia del contrato de concesión, la presunta posición de domino de Metro Cali en dicha relación, así como la función de la convocada en el mencionado contrato y las obligaciones derivadas de tal situación.

En relación con el contrato de concesión número 1 de 15 de diciembre de 2006, su existencia no ha sido discutida por las partes, a tal punto que aquel sirve igualmente de base a las pretensiones de la demanda de reconvención, en cuyo numeral 2.1. se pide también se declare su celebración. Asimismo, la existencia del contrato se encuentra acreditada con el documento visible a folios 76 a 171 del cuaderno de pruebas 1.2.

Ahora bien, en cuanto a su vigencia, las partes pactaron que la etapa de operación regular tendría una duración de 24 años¹, sin que se hubiera acreditado en el presente caso el cumplimiento de alguna de las causales de terminación anticipada previstas en el capítulo 17 del contrato de concesión, ni se hubiera alegado su terminación o inexistencia, y bien por el contrario la prueba testimonial da cuenta en casi todas las declaraciones que el contrato continúa en ejecución, por lo cual, sin necesidad de mayores análisis, el Tribunal accederá a la pretensión primera de la demanda principal reformada.

En lo que se refiere a la pretensión segunda en la que se solicita que se declare que el contrato fue predispuesto por la convocada, se observa que su texto fue parte de los pliegos de la licitación como anexo 1, circunstancia que es propia de los contratos estatales en los cuales la Entidad, en los documentos previos, da a conocer a los futuros proponentes, la minuta del contrato. En ese sentido, también se abre paso la pretensión segunda de la demanda reformada².

En la pretensión tercera, la parte convocante solicita que el Tribunal declare que Metro Cali S.A. tiene posición de domino contractual dentro del contrato de concesión. Sobre este tema, reiteradamente estudiado en el derecho, resulta importante realizar una precisión inicial consistente en que la existencia de una posición de dominio contractual, no conlleva de suyo una connotación negativa, sino que simplemente consiste en una circunstancia objetiva del negocio que deviene de la calidad de las partes y/o de las prerrogativas que la ley o el contrato confieren a una de ellas.

¹ Según numeral 11.2. de la cláusula 11 del contrato

² Sobre el particular véase Suárez Beltrán, Gonzalo. La sanción de las cláusulas abusivas y su aplicación al contrato estatal: un vacío notable., (pp. 225) *“El Estado es siempre “predisponente” y, en ese sentido, ejerce una “posición dominante contractual”.*

No puede pasarse por alto que el objetivo de los contratos estatales es el cumplimiento de los fines del Estado y la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, en los términos del artículo 3 de la Ley 80 de 1993, lo cual exige de la Entidad Pública un control de la actividad contractual otorgándole la ley unas prerrogativas ajenas al derecho común y encaminadas todas ellas a la prestación adecuada del servicio público y a la efectividad de los derechos e intereses de los administrados. Por ello, el Estatuto de Contratación, contiene por ejemplo todas aquellas herramientas³ encaminadas a evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos, permitiéndole a la Entidad contratante valerse de unos privilegios que la colocan sin duda en una situación privilegiada respecto del particular.

Y esos privilegios adquieren mayor relevancia en el contrato de concesión, tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado en los siguientes términos:

“Por cuanto atañe a (ii) la especialidad de las facultades de dirección, vigilancia y control que ejerce la entidad concedente respecto del concesionario, en relación con el alcance de esas mismas facultades tratándose de otros tipos contractuales, la Sala ha señalado que las características de estos contratos, que de suyo implican una delegación de las facultades de la Administración Pública al concesionario -concesión de servicio público- y el otorgamiento de derechos y prerrogativas respecto del uso de bienes públicos -concesión de bien público-, hacen que las facultades administrativas de dirección y control del contrato no sean simplemente las mismas que se ejercen en los demás contratos estatales sino que, tratándose del de concesión, ‘el especial interés público que involucran, el control del Estado sobre la actividad del concesionario se acrecienta e intensifica no sólo para saber si el contratista cumple, sino también para establecer si puede cumplir mejor, en condiciones de mejoramiento de cantidad, calidad y precio del servicio para los usuarios, en cuyo beneficio se otorga la concesión’”⁴

En relación con este tema, la doctrina nacional ha señalado que:

“Pero en algunos contratos estatales el Estado está, respecto de su contratista, en un plano superior: está en posición dominante. No es exótico o censurable que el Estado asuma esta posición; por el contrario, puede ser benéfico, porque él necesita resolver prontamente los conflictos y situaciones contractuales. Lo que es censurable es que abuse de esta posición dominante. (...)”⁵

Descendiendo al contenido específico del contrato de concesión que ocupa la atención de este Tribunal, se observa, en el capítulo tercero correspondiente a los derechos y obligaciones de Metro Cali, que esa entidad es el titular y ente gestor del Sistema Mio,

³ Por ejemplo las denominadas cláusulas excepcionales.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de septiembre de 1997; C.P. Ricardo Hoyos Duque; Radicación: 9118

⁵ Beltrán García, Alfonso; Pedreros SÁCHICA, María Fernanda. Algunos temas sobre contratación estatal, Bogotá, 2015, Editorial Pontificia Universidad Javeriana.

por lo cual tiene, entre otros, el derecho a realizar la planeación y expansión del sistema; a determinar la planeación diaria del transporte; a realizar el control de esa operación; a impartir al Concesionario las instrucciones operativas que considere necesarias para garantizar la operatividad, seguridad, calidad y funcionalidad del sistema; a supervisar, controlar y vigilar el desarrollo y ejecución del contrato; a determinar, a la conveniencia del servicio público, los futuros desarrollos de la infraestructura; a determinar los requerimientos e incorporación de flota de referencia adjudicada; y a imponer sanciones, entre otros⁶.

Estos derechos de la convocada, sumados a aquellos otorgados por la ley misma y que aparecen recogidos en el capítulo 20 del contrato, a saber, (i) la terminación unilateral, (ii) la modificación unilateral, (iii) la interpretación unilateral y (iv) la caducidad, llevan a concluir que efectivamente Metro Cali tiene, respecto de Git Masivo, una posición contractual de dominio que no puede desconocerse y que por lo tanto abre paso a la prosperidad de la pretensión tercera de la reforma de la demanda.

2.3.1. Pretensiones declarativas encaminadas a declarar la condición de Metro Cali S.A. como ente gestor del Sistema Mio

En la pretensión cuarta de la reforma de la demanda se solicitó:

“Cuarta: Que se declare que METRO CALI S.A. es el gestor y titular del Sistema MIO y en tal condición, debe adelantar las actividades de gestión, planeación y control del Sistema MIO, que permitan al Concesionario de Transporte GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A. el desarrollo de la actividad de transporte masivo urbano de pasajeros y su explotación económica, en los términos y con el alcance definidos en el objeto del Contrato de Concesión No. 1 de 2006.”

i. Posición de la Parte Convocante

Según lo expresado en la reforma de la demanda, la parte convocante sostiene que el Sistema Integrado de Transporte Masivo (SITM) MIO de la ciudad de Santiago de Cali, Valle del Cauca, fue estructurado en armonía con la política nacional del servicio público urbano de transporte masivo de pasajeros, la cual involucraba la existencia de un ente gestor como un requisito de forzosa aceptación con miras a obtener la cofinanciación de la Nación para la puesta en marcha de este sistema.

⁶ Cláusula novena del contrato de concesión.

En criterio de la parte convocante, Metro Cali S.A. es la entidad que reviste la condición de ente gestor y titular del Sistema SITM-MIO y quien por lo tanto estará a cargo de las actividades como, entre otras, la gestión, planeación y control del sistema, la “implementación” o “implantación” del SITM, que comprende, a juicio de la parte convocante, la desvinculación progresiva del Transporte Público Colectivo (TPC) y la entrada prioritaria y exclusiva del SITM-MIO, el control de los medios de transporte no autorizados, del “paralelismo” y la “piratería”, la entrega de la infraestructura necesaria para el desarrollo de operaciones de transporte, la fijación y actualización de la tarifa técnica y la implantación adecuada del Sistema Integrado Único de Recaudo (SIUR).

A juicio de la parte convocante, la condición de Metro Cali S.A. como ente gestor fue plasmada desde el pliego de condiciones según consta en la cláusula 1.4. de dicho instrumento y posteriormente, en particular, en las cláusulas 4, 9 y 10 del Contrato de Concesión. Así mismo, según lo expresado por la parte convocante en sus alegatos de conclusión, dicha condición también se deriva de documentos CONPES, tales como el “CONPES 3166 [que] ratificó la condición de METRO CALI como Ente Gestor y Titular del Sistema y sujetó la participación de la Nación, entre otros, a los siguientes condicionamientos: 1) El cumplimiento de todos los requisitos establecidos en el Artículo 2° de la Ley 310 de 1996, el Decreto 3109 de 1997, la Resolución 1268 de 1998 del Ministerio de Transporte y demás normas reglamentarias y 2) La suscripción por parte del Municipio de los convenios necesarios para que el Titular del Sistema realice la planificación, construcción, operación, mantenimiento y control del SITM”.

Aunado a lo anterior, según lo explica la demandante en sus alegatos de conclusión, como consecuencia de la condición de Metro Cali S.A. como ente gestor del SITM-MIO, “la Secretaría de Movilidad otorgó a ésta última una autorización general con el fin de que METRO CALI organizara la operación del transporte masivo, así como la construcción y el mantenimiento de la infraestructura del Sistema.” Así, como ente gestor del SITM-MIO “METRO CALI [...] adquirió obligaciones concretas en materia de operación del servicio de transporte público masivo (cláusula 3ª numerales 3.1., 3.2. y 3.3.), la organización de la infraestructura vial (cláusula 4ª numerales 4.1., 4.4., 4.5. 4.6. y 4.7), la exclusividad del SITM (cláusula 5ª numeral 5.1 y 5.2.) y la transición del Transporte Público Colectivo (TPC) al Sistema Integrado de Transporte Masivo (SITM) (cláusula 7ª numeral 7.1. y Anexo No. 1 del Convenio), todas indispensables para la adecuada implementación y operación del Sistema.”

Al respecto, indica que el cumplimiento de las funciones del ente gestor es indispensable para que Git Masivo S.A., concesionario de transporte, ejecute la actividad de transporte

masivo urbano de pasajeros que le corresponden y realice la explotación económica en los términos que se indican en el Contrato de Concesión N° 1 del 15 de diciembre de 2006. Según lo manifestado por la demandante en sus alegatos de conclusión, revestir la calidad de ente gestor del SITM-MIO “[i]mplica del Ente Gestor comprometerse con obligaciones concretas para garantizar el funcionamiento del Sistema”. Por ende, Metro Cali S.A., a juicio de la parte convocante, debe dar cumplimiento a lo dispuesto, especialmente, en las Leyes 86 de 1989, 310 y 336 de 1996 y el Decreto 3109 de 1997.

ii. Posición de la Parte Convocada

Señala la parte convocada que la referencia al SITM-MIO debe comprender la participación de los demás agentes del sistema que involucra a entidades públicas distintas a Metro Cali S.A., como lo es la Secretaría de Movilidad de Santiago de Cali.

Sin embargo, en la contestación de la reforma de la demanda, en cuanto al numeral 3.1, señaló que “[d]esde el punto de vista de **Metro Cali, es cierto que es ente gestor y titular del sistema integrado de transporte masivo, en adelante y para todos los efectos SITM del [m]unicipio de Cali**” (destacado fuera de texto).

Así mismo, en cuanto a los hechos números 146 al 228 de la demanda indicó que “**Metro Cali S.A. como ente gestor del sistema Integrado de Transporte Masivo, ha dispuesto lo necesario para coordinar la funcionalidad del mismo [...]**” (destacado fuera de texto).

Aunado a ello, en la contestación a los hechos 288 al 303 de la demanda, señaló que “[r]econociendo que las de **Metro Cali son obligaciones que se relacionan con la administración como gestora del sistema [...]**” (destacado fuera de texto).

Por otra parte, en sus alegatos de conclusión, la parte convocada sostuvo que Metro Cali S.A., como ente gestor, sí adelantó las gestiones relacionadas con la supervisión y seguimiento al Convenio Interadministrativo de Utilización de Vías y Operación del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Cali del 11 de febrero de 2003 celebrado con la Secretaría de Movilidad. Para esos efectos, la convocada explicó que “[t]al deber de Metro Cali no iba más allá de esa gestión, **porque como gestora del sistema no tenía a su cargo la cancelación de rutas y tarjetas de operación**” (destacado fuera de texto).

iii. Consideraciones del Tribunal

En materia de prestación del servicio de transporte público, el artículo 3 de la Ley 105 de 1993 señala que “[...] *la prestación del servicio de transporte público estará sujeta a la expedición de un **permiso o contrato de concesión u operación** por parte de la autoridad competente*” (destacado fuera de texto). A su turno, el artículo 11 de la Ley 336 de 1996 agregó un requisito adicional consistente en la habilitación que deberá otorgar el Ministerio de Transporte para la prestación del servicio público de transporte. Este último requisito fue recogido más recientemente por el artículo 2.2.1.2.1.2.1 del Decreto 1079 de 2015.

Adicionalmente, el artículo 2.2.1.2.1.1.1 del Decreto 1079 de 2015 establece que “[...] *la habilitación **para prestar el servicio público de transporte masivo** se expedirá por parte de la autoridad de transporte competente constituida para el efecto por el ente territorial o administrativo correspondiente, la cual ejercerá funciones de planificación, organización, control y vigilancia, bajo la coordinación institucional del Ministerio de Transporte. En ningún caso podrá ser un operador o empresa habilitada.*” A su turno, el Decreto 3109 de 1997 señala que el “*servicio público de transporte masivo de pasajeros se prestará **previa expedición de un permiso de operación otorgado mediante concurso, la celebración de un contrato de concesión operación adjudicados en licitación pública o a través de contratos interadministrativos.***” (destacado fuera de texto).

Ahora bien, en el evento que la Nación se vincule a financiar con aportes de capital un proyecto relacionado con el Sistema de Servicio Público Urbano de Transporte Masivo de Pasajeros, debe constituirse una sociedad por acciones para que sea ésta la titular del sistema. En verdad, el numeral 1 del artículo 2 de la Ley 310 de 1996, en concordancia con el numeral 2 del artículo 85 de la Ley 336 de 1996, señalan que “[...] *la Nación y sus entidades descentralizadas por servicios cofinanciarán o participarán con aportes de capital, en dinero o en especie, en el Sistema de Servicio Público Urbano de Transporte Masivo de Pasajeros, con un mínimo del 40% y un máximo del 70% del servicio de la deuda del proyecto, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: 1. Que se constituya una sociedad por acciones que será la titular de este tipo de sistema de transporte, en caso de hacerse un aporte de capital [...].*”

El CONPES 2932 de 1997 se ocupó de estudiar los términos para que la Nación, a través de un aporte de capital, participara en un proyecto de la naturaleza indicada en la ciudad de Santiago de Cali, para lo cual también se planteó la necesidad de “[...] *que se constituya*

una sociedad por acciones que será la titular de este tipo de sistema de transporte, en caso de hacerse un aporte de capital.”

En cumplimiento de lo anterior, el Concejo de Santiago de Cali expidió el Acuerdo N.º 16 del 26 de diciembre de 1998 cuyo artículo 1 dispone “[a]utorízase al Alcalde del Municipio de Santiago de Cali para participar conjuntamente con otras entidades descentralizadas del orden municipal, departamental y/o nacional, en la creación de una sociedad de capital por acciones cuyo objeto principal **sea desarrollar el Sistema Integrado de Transporte Masivo -SITM- del Municipio de Santiago de Cali y ser titular del sistema**” (destacado fuera de texto) que se denominaría Metro Cali S.A., tal como se indica en el artículo 2 del mismo Acuerdo.

En consecuencia, mediante Escritura Pública No. 580 del 25 de febrero de 1999⁷, se constituyó la sociedad anónima denominada Metro Cali S.A., cuyas actividades comprendían, especialmente, *“la ejecución de todas las actividades previas, concomitantes y posteriores para **construir y poner en operación el sistema de transporte masivo de la ciudad de Santiago de Cali y su zona de influencia, respetando la autonomía que cada municipio tiene para acceder al sistema**”*, según se desprende del pacto social (destacado fuera de texto).

Con posterioridad a su constitución, el 11 de febrero de 2003, la Secretaría de Movilidad celebró con Metro Cali S.A. el Convenio Interadministrativo de Utilización de Vías y Operación del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Cali⁸, por medio del cual se otorgó una autorización general por cuya virtud, en su cláusula segunda, se dispuso que, *“la Secretaría, en su condición de Autoridad de Transporte, otorga **a MetroCali, en su calidad de titular del SITM de Santiago de Cali, autorización general de operación del servicio público de transporte masivo, conforme a lo establecido en el artículo 8 del Decreto Nacional 3109 de 1997, sobre los corredores que se describen en el Anexo N.º 2 del presente convenio, ajustándose a los lineamientos descritos en el mismo, bajo la forma indicada de manera general en el Anexo N.º 3**”* (destacado fuera de texto).

A partir de lo anterior, resulta claro que Metro Cali S.A. fue constituida para fungir como la compañía titular del SITM de Santiago de Cali, y con ello desempeñarse como la

⁷ Cuaderno de Pruebas No. 1.1 Folios 219 – 227. Los estatutos sociales de Metro Cali S.A. explican que esta compañía se trataba de “[...] una sociedad constituida entre entidades públicas del orden municipal, de la especie de las anónimas, vinculada al Municipio de Santiago de Cali, creada conforme a la ley COLOMBIANA y regida en lo pertinente por las disposiciones legales aplicables a las empresas industriales y comerciales del estado, y en particular a lo previsto en el artículo 85 y ss de la Ley 489 de 1998 y sus decretos reglamentarios. (...)”.

⁸ Cuaderno de Pruebas No. 15.10 Folios 198 – 232.

entidad encargada de la puesta en marcha de este sistema. Ahora bien, en uso de las facultades que le fueron atribuidas, Metro Cali S.A. expidió la Resolución N.º 205 del 21 de junio de 2006 por medio la cual se ordenó la apertura de la licitación pública N.º MC-DT-001-2006, a partir del 23 de junio de 2006, con el fin de “seleccionar los Concesionarios que celebrarán el Contrato Estatal de Concesión cuyo objeto es otorgar en Concesión no exclusiva, conjunta y simultánea con otros Concesionarios, y exclusiva respecto de otros Operadores de Transporte Colectivo, la explotación del Servicio Público de Transporte Masivo de Pasajeros del Sistema MIO [...]”.⁹

Con ocasión de la apertura de la licitación pública se expidieron los pliegos de condiciones del 23 de junio de 2006.¹⁰ La condición de Metro Cali S.A., como ente gestor y titular del SITM de Santiago de Cali, fue plasmada en el pliego de condiciones¹¹, elaborado por la Entidad Contratante, así:

“1.4. GLOSARIO (...)

“1.4.37 Gestor del Sistema: Es Metro Cali S.A. a quien le compete la planeación, expansión, gestión y control del Sistema.

[...]

“1.4.44 Metro Cali S.A.:

“Es la sociedad por acciones constituida entre entidades públicas del orden municipal bajo la forma de sociedad anónima de carácter comercial con aportes públicos, autorizada mediante Acuerdo No. 16 del 27 de noviembre de 1998 del Concejo Municipal de Cali, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, constituida mediante Escritura Pública No. 580 del 25 de febrero de 1999, registrada en la Cámara de Comercio de Cali, la cual tiene el carácter de titular del Sistema MIO.

[...]

1.5 ENTIDAD PÚBLICA CONTRATANTE

La entidad pública contratante será Metro Cali S.A., sociedad por acciones constituida entre entidades públicas del orden municipal bajo la forma de sociedad anónima de carácter comercial con aportes públicos, autorizada mediante Acuerdo No. 16 del 27 de noviembre de 1998 del Concejo Municipal de Cali, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, constituida mediante Escritura Pública No. 580 del 25 de febrero de 1999, registrada en la Cámara de Comercio de Cali, la cual tiene el carácter de titular del Sistema MIO.” (destacado fuera de texto).

Una vez realizadas las adjudicaciones a los cuatro proponentes seleccionados -entre los que se encuentra Git Masivo S.A.- según consta en la Resolución N.º 415 del 16 de noviembre de 2006¹², fue celebrado el Contrato de Concesión N.º 1 del 15 de diciembre de 2006¹³ “para la prestación del servicio público de transporte masivo de pasajeros dentro del sistema integrado de transporte masivo de Santiago de Cali, Sistema Mio”,

⁹ Cuaderno de Pruebas No. 8.5 Folios 1260 – 1261.

¹⁰ Cuaderno de Pruebas No. 8.6 Folio 1555 - 1640

¹¹ Cuaderno de Pruebas No. 8.6 Folios 1561 – 1573.

¹² Cuaderno de Pruebas N.º 8.5 Folios 1266-1270.

¹³ Cuaderno de Pruebas N.º 8.5 Folios 1365 - 1500

suscrito entre Metro Cali S.A., como concedente y Git Masivo S.A. como concesionario. Para esos efectos, debe anotarse que las consideraciones de dicho contrato indicaban que **“Metro Cali S.A., es la sociedad titular del SITM MIO- y tiene a su cargo el desarrollo e implementación del mismo”** (destacado fuera de texto).

En cuanto a los derechos y obligaciones de Metro Cali S.A. que surgieron por virtud de dicho Contrato, debe señalarse que la cláusula 9 dispuso que **“[l]a Concesión que se otorga por medio del presente Contrato, implica para Metro Cali S.A., los derechos que le corresponden conforme a la ley y a su condición de titular y ente gestor del Sistema Mio [...]”** (Destacado fuera de texto). Esta misma cláusula indica en su numeral primero que es un derecho de Metro Cali S.A. el de **“mantener la titularidad sobre el Sistema, y por tanto, a que dicha titularidad sea reconocida y respetada por el CONCESIONARIO.”** (Destacado fuera de texto).

Por su parte, la cláusula 95 (modificada mediante el otrosí N.º 6 al Contrato de Concesión)¹⁴ facultó a Metro Cali S.A., como ente gestor, a imponer multas al concesionario en caso de incumplimiento de sus obligaciones contractuales. Al respecto, dicha cláusula señala que **“[s]i el incumplimiento subsiste, Metro Cali S.A., en su calidad de gestor del Sistema MIO, podrá exigir del CONCESIONARIO la sustitución del responsable administrativo del incumplimiento, lo cual éste deberá contemplar dentro de los estatutos o manuales de trabajo”** (destacado fuera de texto).

Ahora bien, debe advertirse que la condición de Metro Cali S.A. como titular y ente gestor del SITM-MIO en la ciudad de Santiago de Cali, no solo surge por virtud de las previsiones contractuales y legales antes descritas, sino que también consta en diferentes documentos expedidos por el Consejo Nacional de Política Económica y Social – CONPES. En efecto, el CONPES 3166 de mayo de 2002, por virtud del cual se recomendó un sistema basado en buses de alta capacidad para la ciudad de Santiago de Cali, recomendó también **“[r]ealizar, a través del titular del sistema (Metro Cali S.A.), los estudios complementarios necesarios para la realización del proyecto en los plazos previstos”** (destacado fuera de texto).

Del mismo modo, el CONPES 3369 de 2005, formuló una serie de recomendaciones a la entidad territorial con miras a obtener la participación de la Nación en el SITM-MIO, entre las cuales se destaca la de **“[a]doptar los mecanismos legales y administrativos necesarios para el manejo autónomo e independiente por parte del Ente Gestor (Metro Cali S.A.), de los recursos aportados por las entidades participantes”** (destacado fuera

¹⁴ Cuaderno de Pruebas N.º 8.8 Folios 2101 – 2150.

de texto). A su turno, el CONPES 3767 del 2013 también señaló que “[e]n este contexto, el Municipio de Santiago de Cali, a través de **Metro Cali S.A. (ente gestor del proyecto), adelanta la construcción y operación del sistema de servicio público urbano de transporte masivo de pasajeros para el Municipio**. Este proceso ha contado con la participación de la Nación de acuerdo con la legislación vigente. Para este fin, la Nación, el Municipio y Metro Cali S.A., suscribieron el Convenio de Cofinanciación para la implementación del proyecto el 27 de agosto de 1998, cuya última modificación (Otrosí No. 7) se firmó el 9 de febrero de 2009” (destacado fuera de texto).

Aunado a todo lo anterior, aparece reconocido en el expediente por la convocada, al contestar la reforma de la demanda, que es cierto el hecho de que Metro Cali S.A. funge como ente gestor y titular del SITM de la ciudad de Santiago de Cali, circunstancia que refuerza la conclusión a la que ha llegado el Tribunal.

A la luz de las anteriores consideraciones, aparece probado que Metro Cali S.A. es una sociedad comercial constituida con aportes públicos autorizada mediante Acuerdo N.º 16 del 27 de noviembre de 1998 del Concejo Municipal de Cali, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, que funge además como la sociedad titular y ente gestor del SITM-MIO de la ciudad de Santiago de Cali, conforme a lo establecido, particularmente, por las Leyes 86 de 1989, 310 y 336 de 1996 y el Decreto 3109 de 1997, y por lo tanto es la entidad investida con las facultades necesarias para lograr la ejecución de dicho proyecto. En esa medida, Metro Cali S.A. se encuentra sujeta a las obligaciones y responsabilidades que de dicha condición se desprendan por virtud del contrato y de la ley.

En consecuencia, para el Tribunal no existe duda alguna en cuanto a que Metro Cali S.A. ostenta la condición jurídica de “ente gestor” del SITM-MIO, presupuesto necesario para estudiar la prosperidad o la desestimación de las pretensiones que exigen el estudio de los deberes propios del ente gestor del SITM-MIO. En tal sentido, con lo expuesto hasta ahora, con fundamento en las normas legales, en las disposiciones contractuales citadas y en las pruebas allegadas al expediente, el Tribunal encuentra, hasta este punto, acreditados los supuestos para declarar la prosperidad de la pretensión cuarta de la reforma de la demanda, en cuanto a la declaración de que Metro Cali S.A. es el “ente gestor” del SITM-MIO.

Sin embargo, es preciso anotar que la pretensión cuarta bajo estudio también hace mención al hecho de que, como ente gestor, Metro Cali S.A. tenía la obligación de adelantar las actividades de gestión, planeación y control del SITM-MIO, que permitieran

a Git Masivo S.A., desarrollar la actividad de transporte masivo urbano de pasajeros y su explotación económica, en los términos definidos en el contrato de concesión. Para esos efectos, el Tribunal se ocupará de analizar las obligaciones que por virtud de ese contrato fueron asumidas por Metro Cali S.A. en su condición de ente gestor del SITM-MIO. Lo anterior, con el fin de determinar si las atribuciones y los deberes previstos en las normas legales fungen como verdaderas obligaciones contractuales, o si por el contrario, se trata de simples atribuciones otorgadas por la ley que no tienen el carácter de obligaciones de naturaleza contractual.

Pues bien, lo primero que debe decirse es que la prestación del servicio público de transporte masivo urbano de pasajeros en la ciudad de Santiago de Cali y su área de influencia a través del Sistema MIO se encuentra regulado por las Leyes y Decretos Nacionales relacionadas con el servicio público masivo de pasajeros, por Decretos Municipales que contienen obligaciones propias de Metro Cali S.A., y por diversos Convenios suscritos entre esa entidad, el municipio y la Nación. En verdad, como se mencionó anteriormente, las obligaciones legales de Metro Cali S.A., y su condición de titular y ente gestor del SITM-MIO, por lo menos en cuanto a la legislación nacional, corresponden en su integridad al marco normativo general integrado por las Leyes 86 de 1989, 310 y 336 de 1996 y el Decreto 3109 de 1997.

Todo el anterior bloque normativo, de cara a los contratos de concesión, constituye parte del contenido de estos y, por ello, de él surgen auténticas obligaciones contractuales. En verdad, de acuerdo con el contenido de la cláusula 17 del Contrato de Concesión que consagra el régimen legal aplicable, las partes acordaron que *“[e]ste Contrato se regirá en general por las normas civiles y comerciales vigentes en la República de Colombia, salvo en los aspectos particularmente regulados por la Ley 80 de 1993, las normas y decretos que la adicionen, la modifiquen o reformen y por lo previsto en las demás normas concordantes que resulten aplicables.”* En ese sentido, para el Tribunal resulta importante resaltar que no se trata de meras enunciaciones normativas ajenas a los Contratos de Concesión, sino todo lo contrario, obligaciones que de un lado se entienden incorporadas a éste, y del otro, supuestos necesarios que sustentaron la presentación de la propuesta por parte de los hoy concesionarios. Se reitera lo anterior, como quiera que la celebración de los contratos parte de la necesaria base de que Metro Cali S.A. actuaría como el gestor del Sistema-MIO; todo lo que ello conlleva será objeto de análisis por parte del Tribunal.

Concretamente, en cuanto a los deberes de Metro Cali S.A. de gestión, planeación y control del Sistema MIO que, en principio podrían parecer simplemente el ejercicio de una función administrativa, el Tribunal destaca desde ya que los mismos fueron

incorporados al contenido obligacional de los contratos de concesión, cuando en la cláusula 10.1 se pactó, como obligación de Metro Cali S.A. la de “[a]delantar por sí o por interpuesta persona **las actividades de gestión, planeación y control del Sistema MIO**, que permitan al CONCESIONARIO el desarrollo de la actividad de transporte que es objeto de la presente concesión.” (destacado fuera de texto).

Aunado a lo anterior, es preciso anotar que estas obligaciones estaban, incluso, plasmadas desde el pliego de condiciones, pues en dicho instrumento se señaló que “[e]s Metro Cali S.A. a quien le compete la **planeación, expansión, gestión y control del Sistema**”¹⁵ (destacado fuera de texto). Ahora bien, en cuanto a las reglas de interpretación del pliego, el numeral 1.3. del pliego de condiciones señalaba que “[e]l presente Pliego de Condiciones **debe ser interpretado como un todo**, sus disposiciones **no deben ser entendidas de manera separada**; por lo tanto, se entienden integrados a él los **Anexos y Proformas que lo acompañan y los Adendos** que se expidan durante el proceso licitatorio. (...)”¹⁶ (destacado fuera de texto). De igual manera, la cláusula 3 del Contrato de Concesión señala que “[e]l presente Contrato de Concesión, sus **cláusulas y los demás documentos que hagan parte de él, deberán interpretarse conforme a la naturaleza y alcance del mismo. [...] En caso de discrepancia entre el presente Contrato y la minuta del contrato** contenida en el Anexo 1 de la Licitación Pública No. MC-DT-001 de 2006 **prevalecerán las cláusulas contenidas en el presente documento**” (destacado fuera de texto).

Dicho lo anterior, el Tribunal encuentra probado que, por virtud de las estipulaciones contractuales bajo estudio, Metro Cali S.A. como ente gestor del SITM-MIO, estaba encargado de realizar la planeación, expansión, gestión y control del sistema. Sobre este mismo punto, es relevante traer a consideración lo dispuesto en el Laudo Arbitral correspondiente al proceso de Transmasivo S.A. y Somos K S.A. contra Transmilenio S.A.¹⁷, en cuanto a las obligaciones de gestión, control y planeación del SITP, en los siguientes términos:

*“Para el efecto, debe tenerse en cuenta que en las consideraciones de los Contratos de Concesión, las partes expresaron, de manera muy precisa que **“6. Que TRANSMILENIO S.A. es el titular del Sistema Transmilenio, y en tal calidad le compete la planeación, gestión y control del Sistema”, lo cual implica que, desde un comienzo de la relación contractual, las***

¹⁵ Cuaderno de Pruebas No. 8.6 Folios 1561 – 1573.

¹⁶ Cuaderno de Pruebas No. 8.6 Folio 1555 - 1640

¹⁷ Laudo Arbitral de Transmasivo S.A. y Somos K S.A. contra Transmilenio S.A. Árbitros Carmenza Mejía Martínez (Presidente) Juan Carlos Expósito Vélez, César Augusto Torrente Bayona del 21 de diciembre de 2016. Página 45 y 46. El recurso de anulación promovido se declaró infundado por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera – Subsección C, mediante sentencia del 19 de julio de 2017, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas Rad. 11001-03-26-000-2017-00043 - 00 (59067).

partes asumieron que Transmilenio debía ejecutar, como parte de sus deberes respecto de la relación contractual, las tareas de planeación, gestión y control del Sistema [...] En ese sentido, para el Tribunal resulta importante resaltar que no se trata de meras enunciaciones normativas ajenas a los Contratos de Concesión, sino todo lo contrario, obligaciones que de un lado se entienden incorporadas a éstos, y del otro, supuestos necesarios que sustentaron la presentación de la propuesta por parte de los hoy concesionarios. Se reitera lo anterior como quiera que la celebración de los contratos parte de la necesaria base de que Transmilenio es y sería el gestor del Sistema Transmilenio y todo lo que ello conlleva se estudiará.

Concretamente, en cuanto a los deberes de Transmilenio S.A. de gestión, planeación y control del Sistema Transmilenio que, en principio podrían parecer simplemente el ejercicio de una función administrativa, el Tribunal destaca desde ya que los mismos fueron incorporados al contenido obligatorio de los Contratos de Concesión, cuando en la cláusula 12.1 se pactó, como obligaciones de Transmilenio, entre otras, las siguientes: “12.1 Adelantar por sí o por interpuesta persona las actividades de gestión, planeación y control del Sistema TransMilenio, que permitan al CONCESIONARIO el desarrollo de la actividad de transporte que es objeto de la presente concesión.” (destacado fuera de texto).

Así las cosas, como ya lo advirtió antes este Tribunal, Metro Cali S.A., como ente gestor del SITM-MIO, tenía a su cargo la responsabilidad y obligación legal y contractual de adelantar las actividades de gestión, planeación, expansión y control del SITM-MIO, que le permitieran a los concesionarios —incluyendo Git Masivo S.A.— el desarrollo de la actividad de transporte objeto del contrato de concesión. En vista de la anterior, el Tribunal encuentra que habrá de prosperar íntegramente la pretensión cuarta de la reforma de la demanda y así lo declarará en la parte resolutive de este laudo.

2.3.2. Pretensiones encaminadas a declarar las obligaciones de Metro Cali S.A. en materia de infraestructura

Este grupo de pretensiones se encamina a los siguientes pronunciamientos:

“Quinta: Que se declare que METRO CALI S.A. está obligada a poner a disposición del Concesionario de Transporte GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. – GIT MASIVO S.A. la infraestructura física y tecnológica necesaria que permita la utilización de las Rutas Troncales, Auxiliares y Alimentadoras, para adelantar la operación del Servicio Público de Transporte Masivo.”

“Sexta: Que se declare que METRO CALI S.A. está obligada a entregar al Concesionario de Transporte GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. – GIT MASIVO S.A., en administración, los Patios y Talleres definitivos.

i. Posición de la parte convocante

Para sustentar su posición, la convocante sostiene, en síntesis, que varios documentos de Planeación Nacional, entre ellos los documentos CONPES 2775 de 1995, CONPES 2928 de 1997, CONPES 2932 de 1997 y el CONPES 3166 de 2002, permiten determinar que incluso desde la etapa de planeación se definió que en Metro Cali reposaban las obligaciones de construcción de la infraestructura y los riesgos correspondientes a la disposición oportuna de la misma.

También señaló la demandante que el CONPES 3166 de 2002, permite determinar el objeto de las obligaciones de Metro Cali relacionadas con Infraestructura:

“De la misma manera, dicho documento estableció que: “La Infraestructura incluye estaciones en los corredores troncales con facilidades de acceso peatonal, terminales de cabecera y terminales intermedios. Así mismo, se considera la adecuación de vías y paraderos en corredores pretroncales y complementarios (p.5), y recalca: “para su óptima operación, los corredores troncales requieren la construcción de estaciones al nivel de los buses, terminales, intermedios y de cabecera, puentes vehiculares, puentes peatonales, paraderos y adecuación de intersecciones semaforizadas” (p.7), haciendo énfasis en lo siguiente: “la sociedad Metro Cali S.A. se constituyó con el objeto de ser la titular del sistema de transporte masivo de la ciudad y de ejecutar todas las actividades previas, concomitantes y posteriores para construir y poner en operación el sistema. Metro Cali, en su calidad de titular del SITM, organizará los aspectos relativos a su construcción, operación, mantenimiento y demás actividades conexas relacionadas con el mismo” (p.15).”

Igualmente se afirma que, en la etapa precontractual, Metro Cali señaló que se obligaba a entregar la infraestructura necesaria a los concesionarios y a “planear, programar, ordenar los recursos para el mantenimiento y expansión de la infraestructura del sistema”, lo cual quedó consagrado en el oficio DT-E113-2006 expedido por esa sociedad.

Concluye señalando que la obligación de Metro Cali respecto a la entrega de infraestructura quedó expresamente plasmada en inciso 10.2 del contrato de concesión.

ii. Posición de la parte convocada

Al contestar la reforma de la demanda principal, la demandada se opuso a las pretensiones manifestando que las partes acordaron que no podían presentarse reclamaciones a Metro Cali por infraestructura, teniendo en cuenta que dichas obligaciones dependían de terceros. Afirma también que respecto a la Infraestructura Tecnológica, Metro Cali ha cumplido.

iii. Consideraciones del Tribunal

Para resolver, procede el Tribunal a determinar inicialmente cuál es el objeto y alcance de las obligaciones contraídas por Metro Cali respecto a la entrega de infraestructura al concesionario Git Masivo.

Para iniciar la tarea anterior, es necesario precisar, como ya han adelantado otros Tribunales de Arbitrales, que los documentos CONPES no son fuente de obligaciones:

“1. Los CONPES no tienen carácter contractual. No lo son por su naturaleza. El argumento de que las fechas para la adjudicación o el inicio del SIUR o las fechas a partir de las cuales empezaría el Concesionario a recibir ingresos fueron establecidas en documentos CONPES y que tales documentos son contractualmente vinculantes, resulta inaceptable para el Tribunal.

En Colombia, por mandatos constitucionales y legales, la Nación tiene que participar en diversos ejercicios de planeación y presupuestación. Realizar esos ejercicios no significa, en forma alguna, que la Nación pueda pasar sobre las reglas que dan personería jurídica, y autonomía presupuestal a las Entidades descentralizadas.

Tampoco significa que, a base de decisiones del CONPES, pueda alterarse la capacidad legal que tienen los órganos del Estado, las entidades descentralizadas, las Comisiones de Regulación, las Juntas de las empresas, el Congreso mismo, etc. para tomar autónomamente decisiones contrarias.

Los documentos CONPES emiten recomendaciones de política económica y social y no órdenes; contienen directrices que coadyuvan a las actividades de planeación del Estado mas no mandamientos obligatorios para las entidades u órganos estatales y muchísimo menos para los particulares.

No sobra recordar que las entidades estatales se obligan con los particulares por la vía contractual y los documentos CONPES no son compulsivos para los particulares, de manera que las entidades estatales no asumen responsabilidad frente a los particulares cuando éstos toman decisiones con base en documentos CONPES.”¹⁸

Estos documentos no hicieron parte de la etapa precontractual adelantada para la Concesión, ni fueron expresamente señalados por las partes como documentos integrados al contrato, por lo cual no existe ningún fundamento para afirmar que pueden ser considerados como fuente de obligación alguna en cabeza de Metro Cali o de Git Masivo, siendo pertinente en este capítulo evaluar exclusivamente los documentos que regulan expresamente el vínculo contractual entre las partes.

¹⁸ Laudo Arbitral del 26 de junio de 2013, proferido por el Tribunal de Arbitramento Concesionaria Cali Mio S.A. Vs. Metro Cali S.A.,

Por ello, en virtud del contrato de concesión, Metro Cali adquirió, entre otras, la obligación de *“10.2 Poner a disposición, para el uso por parte del CONCESIONARIO, la infraestructura física y tecnológica necesaria que permitirán el cumplimiento de las Rutas Troncales, Auxiliares y Alimentadoras, para adelantar la operación del Servicio Público de Transporte Masivo”*, cuyo contenido coincide íntegramente con la pretensión quinta de la demanda principal reformada, motivo por el cual se accederá a su prosperidad.

En lo que se refiere a la entrega de los patios y talleres, en el numeral 10.5 del contrato las partes pactaron que estaría en cabeza de Metro Cali la obligación de *“Entregar a los Concesionarios de Transporte los Patios y Talleres que se ofrece en administración, según las condiciones previstas en el presente Contrato de Concesión”*; esto es, según las condiciones señaladas en el numeral 1.1. del apéndice 1 del contrato, así como en el numeral 1.113 de su cláusula primera.

Igualmente pactaron los contratantes lo siguiente:

“CLÁUSULA 45 ENTREGA EN ADMINISTRACIÓN DE PATIOS Y TALLERES

Los Patios y Talleres se entregarán a los Concesionarios de Transporte, mediante el Acta de Entrega definitiva o provisional del Patio y Taller, donde se consignarán las condiciones en que se efectúa la entrega y se incorporará el Reglamento de Patios y Talleres previamente aprobado por Metro Cali S.A.

45.1 Es obligación de los Concesionarios de Transporte recibir los Patios y Talleres en las condiciones en que Metro Cali S.A. los entregue de acuerdo con lo estipulado en el Apéndice 1 (Patios y Talleres), e implementar en ellos, a su costo y bajo su responsabilidad, según se establezca en el Reglamento de de (sic) Patios y Talleres aprobado por Metro Cali S.A. la funcionalidad de las áreas previstas, suministrando e instalando los equipos de dotación, para el soporte técnico y demás necesidades del Patio y Taller, conforme al Apéndice 1 del presente Contrato de Concesión.

45.2 Es obligación del CONCESIONARIO, una vez le sea asignado el Patio y Taller, de conformidad con el Reglamento de Patios y Talleres recibirlo en las condiciones en que Metro Cali S.A. lo entregue, e implementar en el (sic) a su costo y bajo su responsabilidad, la funcionalidad de las áreas previstas suministrando e instalando los equipos de dotación para el soporte técnico y demás necesidades del Patio y Taller. conforme al Apéndice 1 del presente Contrato de Concesión.

45.3 Al finalizar el Contrato de Concesión, el CONCESIONARIO deberá revertir a Metro Cali S.A. el Patio y Taller entregado en administración en condiciones óptimas (sic) de funcionamiento y mantenimiento y revertir de igual manera, las adiciones y mejoras del Patio y Taller. incluidos los inmuebles por adhesión y destinación que se hayan incorporado al terreno, a la infraestructura construida y a las instalaciones, así como todos los elementos constitutivos del Patio y Taller. dotación, mobiliario y equipos. en los términos y condiciones que se prevén en el presente Contrato de Concesión.”

“CLÁUSULA 46 ENTREGA DE BIENES AL CONCESIONARIO

Los Patios y Talleres se entregarán a los Concesionarios de Transporte en virtud del presente contrato de concesión y en calidad de tenencia, de conformidad con el Acta de Entrega definitiva o provisional del Patio y Taller tan pronto como las condiciones técnicas lo permitan. Al efecto Metro Cali S.A. notificará al CONCESIONARIO, con treinta (30) días corrientes de anticipación a la fecha prevista para la entrega.

La entrega a los Concesionarios de Transporte, de los Patios y Talleres, se entenderá surtida mediante la suscripción de un acta de entrega provisional o definitiva en la que se encontrarán debidamente identificados y descritos los bienes que se entregan. En caso de que los Concesionarios de Transporte se nieguen a recibir los Patios y Talleres. Metro Cali S.A. podrá hacer firmar el Acta de Entrega a dos testigos presenciales, con lo cual se entenderá efectuada dicha entrega.

El inicio de la Etapa de Operación Regular no estará supeditado a la entrega de la totalidad de los patios y talleres a los Concesionarios de Transporte antes del inicio de la Etapa de Operación Regular en condiciones mínimas de operación, lo cual permitirá la disposición física de los vehículos”.

No cabe duda de que las anteriores estipulaciones contemplan la obligación a cargo de la demandada de entregar los patios y talleres como herramienta fundamental para la correcta operación del concesionario. E, implica lo anterior, que el cabal cumplimiento de la prestación no se obtendrá sino hasta que esa infraestructura sea entregada en los términos y condiciones pactados en el contrato. Por ello, la pretensión se abre paso, precisando que el cumplimiento íntegro de la obligación, es la entrega definitiva en administración de esos bienes cuando cumplan con los requisitos acordados en las cláusulas contractuales.

2.4. PRETENSIONES RELATIVAS A LA ASIGNACIÓN DE LOS RIESGOS

2.4.1. La pretensión declarativa vigesimoquinta

En esta petición de la demanda, la parte convocante solicita lo siguiente:

“Vigesimoquinta: Que se declare que METRO CALI S.A. está obligada a asumir los riesgos que le son atribuibles legal y contractualmente y adoptar las medidas conducentes para obtener el restablecimiento del equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 1 suscrito con el Concesionario de Transporte GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A.”

El objeto de esta pretensión es, en estricto sentido, que el Tribunal profiera una declaración conceptual entorno a la distribución de riesgos en este tipo de contratos, para

lo cual resulta pertinente efectuar unas breves consideraciones y precisiones sobre el tema de la asignación de riesgos.

Con posterioridad a la Ley 80 de 1993 surgió la necesidad de fijar unas reglas jurídicas contractuales claras, simples y estables con las siguientes finalidades:

- a. Estimular la inversión extranjera;
- b. Permitir el desarrollo de los proyectos de infraestructura en los sectores de transporte, energía, comunicaciones, agua potable y saneamiento básico;
- c. Establecer unos mecanismos de equilibrio fiscal, con el propósito de que las entidades públicas apropien los recursos para atender los riesgos asumidos en virtud de los contratos celebrados para las actividades descritas antes, que eviten un compromiso grave de la situación fiscal; y
- d. Tener la disponibilidad de un mecanismo de liquidez para el cubrimiento de eventos no esperados y asegurar la eficiencia de los recursos.

Para ello, el Congreso expidió la Ley 448 de 1998, *"por medio de la cual se adoptan las medidas en relación con el manejo de las obligaciones contingentes de las entidades estatales y se dictan otras disposiciones en materia de endeudamiento público"*. Dicha norma legal fue reglamentada, a su vez, por el Decreto 423 de 2001, que, en concordancia con la ley, consagra la obligación para las entidades públicas nacionales y territoriales de incluir en sus presupuestos las apropiaciones necesarias para cubrir las posibles pérdidas causadas por las obligaciones contingentes a su cargo¹⁹.

La Ley creó un Fondo de Contingencias Contractuales de las Entidades Estatales para atender las obligaciones contingentes que contraigan las Entidades y, además, de acuerdo con sus artículos 15 y 16, le asignó al Gobierno Nacional, por intermedio del CONPES, la adopción de lineamientos de políticas de riesgo contractual.

El CONPES a su turno, ha venido fijando las reglas de identificación y asignación de los riesgos contractuales, según se trate de eventualidades atinentes a factores de construcción, operación, comerciales, financieros, regulatorios, de compra de predios, políticos o de soberanía, determinando como regla general que ellos deben identificarse desde el inicio de los diferentes proyectos, distribuyéndolos entre las partes²⁰.

¹⁹ Artículo noveno del decreto 423 de 2001.

²⁰ Documentos CONPES 3107 del 3 de abril 2001 y 3133 del 3 de septiembre del mismo año, "Políticas de manejo del riesgo contractual del Estado para procesos de participación privada en infraestructura".

Esos documentos tienen como objeto obtener información confiable para identificar y asignar de forma clara los riesgos a las partes en los contratos, de tal manera que se minimice el costo de su mitigación y se asigne cada riesgo a la parte que mejor lo pueda controlar según su capacidad de gestión, disponibilidad de información, conocimiento y experiencia.

Debe precisarse que en el proceso de asignación de riesgos, lo primero que debe hacer la administración es identificarlos o tipificarlos y posteriormente proceder a su cuantificación, es decir, hacer un cálculo aproximado sobre su incidencia en el resultado esperado en relación con los costos o ingresos. A este respecto, el documento CONPES 3107 de 2001 señala que, *“aun cuando el riesgo esté identificado, el mismo está sujeto a una condición, por lo que su impacto se puede predecir para determinados niveles de confianza, pero su ocurrencia está sujeta a fenómenos aleatorios. Sin embargo, en la mayoría de los casos se puede valorar estimando su probabilidad de ocurrencia y el costo a cubrir para los diferentes escenarios. De allí resulta el valor esperado de este costo. Según las particularidades de cada riesgo, las partes están en capacidad de establecer mecanismos de mitigación de su impacto y cobertura, así como su asignación a los distintos agentes involucrados”*.

La Ley 80 de 1993, al definir en su artículo 32 el contrato de concesión, dispone que

“Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicios o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede constituir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”.

Y si bien en esa norma el legislador utilizó la expresión *“por cuenta y riesgo del concesionario”*, resulta importante precisar, como lo ha ratificado el Consejo de Estado, que no puede entenderse que todos los riesgos del contrato quedan radicados en cabeza del particular contratista, sino que evidentemente serán del riesgo de éste, aquellos aleas propios del negocio que el concesionario ha de operar, sin que por ello pueda entenderse que el Estado queda despojado de cualquier riesgo.

El máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, sobre el particular consideró:

“Consustancial, por consiguiente, al concepto de concesión, resulta que el concesionario tendrá a su cargo la ejecución del objeto del negocio concesional por su cuenta y riesgo, lo cual le adscribe la responsabilidad de la consecución de los recursos técnicos y económicos requeridos a tal fin; como contrapartida, el Estado contratante le otorgará, a más del derecho a construir la obra o explotar el bien o servicio, la remuneración correspondiente, la cual usualmente provendrá de la explotación económica del objeto de la concesión, con exclusión de terceros en esa actividad, a modo de privilegio, por un plazo determinado con el fin exclusivo de que recupere la inversión del capital destinado a la obra y, de esta forma, igualmente se garantiza la obtención de las utilidades lícitas que lo movieron a celebrar el contrato, de conformidad con las normas legales que regulan la materia.

Por lo demás, las anteriores aseveraciones se desprenden de la propia definición legal del contrato de concesión -artículo 32, numeral 4 de la Ley 80 de 1993-, precepto en el cual se dispone con toda claridad que la ejecución del objeto pactado se realizará por ‘cuenta y riesgo del contratista’, expresión ésta que el Legislador no empleó al hacer alusión a los elementos estructurales de otros contratos de la Administración y que no excluye las estipulaciones que con sujeción al ordenamiento vigente puedan convenir las partes en orden a efectuar la correspondiente asignación de riesgos en la etapa precontractual y sin que la anotada particularidad de la concesión pueda entenderse como un álea abierta o ilimitada de riesgos que se radican en cabeza del concesionario impidiéndole a éste reclamar, frente a cualquier tipo de circunstancias, por la ocurrencia de hechos sobrevivientes, previstos o no, que pudieren afectar la ecuación económica del contrato. La asunción de riesgos por parte del contratista como elemento esencial del contrato de concesión, entonces, se verá atemperada por la operatividad del principio del equilibrio contractual.

En realidad, los riesgos que por definición legal asume el concesionario en atención a la especial naturaleza del contrato de concesión y a su tipificación, dicen relación, principalmente, con la obligación de conseguir los recursos financieros requeridos para la ejecución del objeto pactado, aunque también se extienden, por vía de ejemplo, en la concesión de obra y cuando el diseño corre por cuenta del concesionario, a la determinación de las cantidades de la misma requeridas para la ejecución del objeto contractual, por manera que constituirán un riesgo a cargo del concesionario las variaciones técnicas o cuantitativas que se verifiquen en el curso de la ejecución del negocio y que eventualmente pudieren causar un mayor costo de construcción.

De todas formas, las anteriores premisas deben tomarse en consideración apenas en línea de principio, como punto de partida, sin que devengan inmodificables, se insiste, en la negociación propia de cada contrato de concesión en particular”²¹.

En igual sentido, la jurisprudencia arbitral, ha sostenido que:

“(...) la ley exige que la actividad del concesionario se desarrolle por su cuenta y riesgo. Ahora bien, es pertinente recordar que ello no significa que el contrato de concesión suponga que el concesionario asuma todos los riesgos, pues desde los primeros casos en los que el Consejo de Estado Francés

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 18 de marzo de 2010. Expediente 14390.

*reconoció la existencia de reglas especiales aplicables a los contratos administrativos, aceptó que a los contratos de concesión se les debe aplicar el principio del equilibrio económico del contrato, por lo cual el concesionario si bien debe asumir ciertos riesgos, como más adelante se verá, dicha asunción no es ilimitada*²².

Con la asignación de riesgos se le impone un deber a las partes del contrato estatal para que obren conforme a los principios de planeación y de previsibilidad, determinando los posibles acontecimientos que puedan surgir con ocasión de la ejecución del contrato y que puedan alterar la ecuación económica del mismo, al igual que las consecuencias de la materialización de dichos acontecimientos y la asignación de las partes que lo deben asumir. De esta forma, la entidad estatal debe realizar un ejercicio juicioso y detallado de la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles que se puedan materializar en la ejecución del contrato, y el contratista debe complementar la información suministrada por la entidad contratante con su experticia y conocimientos sobre el objeto por contratar²³.

El principio de la conmutatividad del contrato, entendido como la equivalencia existente entre las prestaciones que cada parte ha contraído, exige entonces para su preservación que cada sujeto asuma los efectos económicos de los riesgos que desde el comienzo, o que por su posición contractual, se radiquen en su cabeza. De esta forma, cada una de las partes debe preservar la equivalencia de las prestaciones, adoptando las medidas que sean necesarias cuando en el desarrollo del contrato acaezcan eventos que debiendo ser soportados por ella, afecten a la otra parte.

En vista de lo anterior, y partiendo del hecho de que la conmutatividad del contrato exige el mantenimiento de su equilibrio económico, en caso de surgir acontecimientos que lo rompan, se deberá proceder a su restablecimiento.

Conllevan las anteriores consideraciones a concluir que efectivamente en los contratos de concesión, cada una de las partes está en la obligación de asumir aquellos riesgos que por ley o por contrato le hayan sido atribuidos, y en consecuencia, cuando algunos de esos eventos ocurra en la práctica y genere un desequilibrio en el contrato, deberá adoptar las medidas necesarias para ajustarlo, entendiendo que no es únicamente un deber de las entidades públicas, sino que también puede constituirse en una obligación a cargo del particular.

²² Laudo Arbitral de 13 de enero de 2016, el Tribunal de Arbitraje de Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. CABG Vs. la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 8 de febrero de 2017. Radicado No. 2013-1717-01. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Se abre entonces paso la prosperidad de la pretensión aquí estudiada, con una precisión específica, por cuanto su planteamiento puede llevar a equívocos, y es que la Entidad demandada estaría en la obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato, cuando por ocurrencia de uno o alguno de los riesgos a su cargo, éste se desequilibre.

2.4.2. Las pretensiones vigesimosexta, trigésimocuarta, trigésimoquinta y trigésimosexta

Toda vez que estas pretensiones se encaminan a que se declare la asignación de ciertos riesgos en cabeza de Metro Cali, el Tribunal procederá a estudiarlas conjuntamente.

Las pretensiones que se analizan son las siguientes:

“Vigesimosexta: Que se declare que METRO CALI S.A. está obligada a tener a su cargo los riesgos del Contrato de Concesión No. 1 que legalmente está en capacidad de gestionar, administrar y mitigar, tales como el riesgo de la disponibilidad de infraestructura, el riesgo de implantación y el riesgo de variación de tarifa”.

“Trigésimocuarta: Que se declare que el riesgo de la variación de las tarifas por orden de la autoridad municipal competente, que afecte la remuneración de GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A., no corresponde a éste (sic) último en los términos de las cláusulas 1.146., 10.10. y 92. del Contrato”.

“Trigésimoquinta: Que se declare que el riesgo de la implantación del Sistema MIO le corresponde a METRO CALI S.A. y por lo tanto, la obligación de mitigar los riesgos así como de compensar a GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A. por los efectos desfavorables que a partir de ellos se generen”.

“Trigésimosexta: Que se declare que el riesgo de la infraestructura del Sistema MIO le corresponde a METRO CALI S.A. y por lo tanto, la obligación de mitigar los riesgos así como de compensar a GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A. por los efectos desfavorables que a partir de ellos se generen”.

Para resolver lo anterior, resulta pertinente resaltar lo pactado por las partes en la cláusula 92 del contrato, según la cual:

“RIESGO DEL CONTRATO NO ATRIBUIDO AL CONCESIONARIO

No se encontrará atribuido al CONCESIONARIO el riesgo de variación de las tarifas por orden de autoridad municipal competente, que afecte la remuneración del CONCESIONARIO. Tampoco se encuentra atribuido al CONCESIONARIO el riesgo de implantación del Sistema MIO ni el riesgo de la infraestructura, los cuales le corresponden a Metro Cali S.A.”.

En el mismo sentido, en la cláusula 89 del contrato, las partes asignaron a la convocante los siguientes riesgos:

- El riesgo por obligaciones ambientales (numeral 89.1)
- El riesgo de demanda (numeral 89.2)
- El riesgo de operación de transporte (numeral 89.3)
- El riesgo financiero (numeral 89.4)
- El riesgo de financiabilidad (sic) (numeral 89.5)
- El riesgo de retorno de su inversión (numeral 89.6)
- El riesgo de cambiario (numeral 89.7)
- El riesgo de regulatorio (numeral 89.8)
- El riesgo tributario (numeral 89.9)
- El riesgo político (numeral 89.10)

Así las cosas, encuentra el Tribunal que los riesgos a los que hacen referencia las pretensiones fueron expresamente asumidos por Metro Cali y no por el Concesionario, y en ese sentido accederá ellas.

Por otra parte, solicita igualmente la demandante que se declare que la convocada *“está obligada a tener a su cargo los riesgos del Contrato de Concesión No. 1 que legalmente está en capacidad de gestionar, administrar y mitigar (...)”*.

Corresponde preguntarse en este punto si ¿los únicos riesgos asumidos por Metro Cali son los previstos en la cláusula 92 del contrato o si, por el contrario, también pueden serle atribuidos otros que no estén consagrados en esa estipulación?

Y es que, en la práctica, no siempre es posible que la totalidad de los riesgos que pueden afectar una relación comercial pueda ser prevista y distribuida desde su inicio y por ello, si bien es deseable que exista una asignación de riesgos previa, debe también quedar trazado un parámetro que permita determinar a quién corresponde asumir los efectos de aquellos eventos riesgosos que no pudieron preverse. Para ese efecto, resulta de fundamental relevancia la posición contractual de cada parte, su calidad, y el objeto de las prestaciones radicadas en cabeza de cada una.

Sobre el particular, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que:

“Incluso, desde antes de la expedición de la referida preceptiva, a la luz de los dictados de la Ley 80 de 1993, por vía de la interpretación a los alcances

de lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 24, se avizoraba que cualquier esquema de distribución de riesgos en el campo contractual del Estado debía contener previsiones y reglas justas, claras y objetivas que permitieran ofrecimientos de la misma índole. De igual forma, se habrían de definir con exactitud las condiciones de costo y calidad de los bienes necesarios para la ejecución del contrato, no se incluirían condiciones y exigencias de imposible cumplimiento y no se establecerían reglas que permitieran ofrecimientos de extensión ilimitada”²⁴.

Así, los riesgos contenidos en la cláusula 92 del contrato no pueden ser entendidos como los únicos que fueron asumidos por la convocada, pues bien puede ocurrir que en el curso de la relación comercial hayan surgido o surjan eventos que las partes no distribuyeron entre ellas como riesgos potenciales.

Sin embargo, y sin que se pierda de vista la anterior conclusión, el Tribunal considera imperativo precisar que no se accederá a la pretensión vigesimosexta en la forma en que ella ha sido planteada, esto es, declarando que Metro Cali “*está obligada a tener a su cargo los riesgos del Contrato de Concesión No. 1 que legalmente está en capacidad de gestionar, administrar y mitigar, tales como (...)*” por cuanto mal podría imponerse en una decisión judicial un parámetro general y abstracto como el que pretende el demandante. Precisamente, puede ocurrir que en punto de algún evento riesgoso, ambas partes se encuentren en capacidad de gestionarlo, administrarlo o mitigarlo, y por ello corresponderá, en casos como ese, que las partes, o en su defecto el Juez, establezcan con exactitud a quién corresponde asumir sus efectos, pero no se podrá hacer una declaratoria genérica como la que en este punto solicita el demandante. En otras palabras, de la misma forma en que no se puede concluir que los únicos riesgos asumidos por la demandada son los referidos en la cláusula 92, tampoco se puede declarar de manera genérica lo solicitado en la pretensión.

2.4.3. La pretensión vigesimooctava

En esta solicitud, la convocante pretende que el Tribunal declare lo siguiente:

Vigesimooctava: Que se declare que el riesgo de demanda es “la contingencia que consiste en la eventual disminución o aumento en el número de los viajes que constituyen pago en el Sistema MIO que inciden en el número de kilómetros programados y recorridos frente a los que fueron estimados por el CONCESIONARIO, al momento de estructurar su propuesta económica dentro de la Licitación Pública No. MC-DT-001 de 2006 convocada por Metro Cali S.A.” y que debe ser asumido por el Concesionario en los términos del numeral 1.135. y la cláusula 89.2. del Contrato.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 23 de marzo de 2017. Expediente 51526.

La resolución de esta pretensión reposa en la revisión de la cláusula 89 del contrato en la cual, como se dijo, aparecen atribuidos los riesgos del Concesionario, y en ella se advierte en su numeral 89.2. que efectivamente acordaron los contratantes que el riesgo de demanda consistía en los efectos favorables y/o desfavorables de la eventual disminución o aumento en el número de los viajes que constituyen pago en el Sistema MIO que inciden en el número de kilómetros programados y recorridos frente a los que fueron estimados por el Concesionario, al momento de estructurar su propuesta económica dentro de la Licitación Pública No. MC-DT-001 de 2006 convocada por Metro Cali S.A., por lo cual, se accederá a su prosperidad.

2.4.4. La pretensión trigésima

El contenido de esta pretensión es el siguiente:

“Trigésima: Que se declaren absolutamente nulas las siguientes disposiciones contractuales por ir en contravía de lo dispuesto en los artículos 4º numeral 3º, 8º y 9º, 5º numeral 1º de la Ley 80 de 1993 y 830 del Código de Comercio:

Cláusula 10. OBLIGACIONES DE METRO CALI

En el numeral 10.10. ‘cuando este haya sido declarado por el juez del contrato’”.

Para resolver esta solicitud, el Tribunal considera necesario efectuar algunas consideraciones adicionales en relación con la figura del equilibrio económico del contrato y su naturaleza.

La Ley 80 de 1993 norma bajo la cual se celebró el contrato de concesión que da origen a este proceso, contempla en el numeral octavo del artículo 4, el deber de la entidad pública de adoptar las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer o de contratar, para lo cual dispuso que debían utilizarse los mecanismos de ajuste y revisión de precios o acudir a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos, si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución.

En el mismo sentido, el numeral primero del artículo 5 de ese Estatuto, dispuso que el contratista tendrá derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

En esa misma línea de razonamiento, el artículo 27 dispuso que en los contratos estatales se habría de mantener la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos

al momento de proponer o de contratar, según el caso, de tal suerte que si dicha equivalencia se perdiera por causas no imputables a quien hubiera resultado afectado, las partes adoptarían, en el menor tiempo posible, las medidas necesarias para su restablecimiento.

El artículo 28 de la Ley 80 marca como criterio orientador para la interpretación de las normas sobre contratos estatales, entre otros principios, el del equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos, como ya ha quedado expuesto anteriormente.

Este recuento normativo, permite concluir que el principio del equilibrio económico del contrato es uno de los fundamentos esenciales de la contratación estatal, y que por ende debe gobernar la ejecución del contrato y se debe procurar su mantenimiento durante todo el tiempo de la vigencia de aquel.

En relación con ese postulado, el Consejo de Estado se ha pronunciado los siguientes términos:

“Se recuerda que un principio tutelar del contrato como acuerdo de voluntades generador de obligaciones es el pacta sunt servanda, según el cual las estipulaciones acordadas por las partes al celebrar un contrato, deben prevalecer durante todo el término de ejecución del mismo y sólo pueden variarse por un nuevo acuerdo de voluntades; en consecuencia, una de las partes no puede, en principio, unilateralmente, desconocer las condiciones en las que se obligó inicialmente y debe cumplir las prestaciones a su cargo exactamente en los términos en que se comprometió a hacerlo. Manifestación positiva de este principio, es el artículo 1602 del Código Civil, de acuerdo con el cual ‘Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales’.

“No obstante lo anterior, en consideración de las variaciones que pueden surgir en las condiciones que dieron lugar a la celebración del respectivo contrato y que pueden afectar gravemente su cumplimiento, el pacta sunt servanda ha sido morigerado mediante la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus, que corresponde a la regla jurídica contractus qui habent tractum succesivum vel dependant de futuro rebus sic stantibus intelliguntur: todo acuerdo de voluntad, de tracto sucesivo, cuyos efectos se extienden al futuro, obliga a las partes contratantes sólo si las condiciones originalmente previstas se mantienen inalteradas. Con lo cual, surge la figura de la ecuación contractual, como aquella equivalencia entre derechos y obligaciones que existía al momento de contratar, creada a partir de las precisas circunstancias de índole económica, técnica, fiscal, etc., vigentes a la celebración del negocio jurídico y que fueron tenidas en cuenta por los contratantes al obligarse en la forma en que lo hicieron. Al hablar del mantenimiento del equilibrio económico del contrato, se hace alusión, precisamente, a la preservación de esa ecuación contractual que surgió al momento de celebrarse aquel. Es claro entonces que, por regla general, esta figura se manifiesta en los contratos de tracto

sucesivo, en los que las prestaciones se van realizando en un lapso más o menos largo; por ejemplo, los contratos de suministro, de prestación de servicios o de obra pública, en los cuales, hechos sobrevinientes a la celebración del contrato y que se presentan durante su ejecución, que no eran razonablemente previsibles por las partes cuando se suscribió el acuerdo de voluntades, pueden afectar de manera grave el cumplimiento de las obligaciones haciéndolo más gravoso para una de ellas.”²⁵

Y en sentencia posterior, esa misma Corporación concluyó que aquellas cláusulas contractuales que desconocen el postulado que exige mantener la ecuación financiera del contrato, se encuentran viciadas por objeto ilícito, así:

“Es por ello que la autonomía de la voluntad intrínseca en la relación negocial en modo alguno puede erigirse como soporte válido para la inobservancia de las normas de orden público que, en este caso, propende por defender el equilibrio de intereses que convergen para la celebración de contrato, como lo son por un lado la satisfacción del bien público a cargo del ente estatal y, por otro, el sano y lícito propósito de obtener un provecho económico por parte del contratista.

Al respecto, la Sala considera que la cláusula en mención se encuentra viciada de nulidad absoluta por objeto ilícito, en la medida en que contraviene las normas y principios que orientan la contratación estatal, específicamente, aquellos relativos al mantenimiento de la ecuación económica del negocio jurídico (...).”²⁶

El anterior marco legal y jurisprudencial, permite entonces concluir que las normas que contemplan y reglamentan el principio de la preservación de la ecuación financiera del contrato son normas de orden público, y por ende cualquier previsión contractual que busque desconocer o soslayar ese principio, estará viciada de nulidad absoluta por objeto ilícito.

Descendiendo al análisis de lo pretendido en relación con el numeral décimo de la cláusula décima del contrato de concesión, la parte convocante solicita que el Tribunal declare la nulidad absoluta de la expresión “*cuando éste haya sido declarado por el juez del contrato*”, refiriéndose a la obligación de la entidad de adoptar las medidas necesarias para el restablecimiento de su equilibrio económico.

La forma como la cláusula se encuentra redactada, puede generar una primera interpretación consistente en que la Entidad está obligada a acatar una decisión judicial que ordene el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, lo cual no hace mucho sentido, pues sería una cláusula obvia y sin ningún contenido prestacional para la demandada. Por esa razón, es importante revisar lo que ocurriría si el entendimiento que

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de agosto 25 de 2011. Expediente 14461.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 29 de julio de 2015. Expediente 41008.

se da a la estipulación es que las partes condicionaron (condición suspensiva) el nacimiento de la obligación únicamente al evento específico de que haya una declaración judicial previa.

Así entendido, el alcance de esa previsión contractual efectivamente contraviene el principio de preservación del equilibrio comercial, pues está condicionando el deber legal que tiene la entidad de mantenerlo, a que previamente al surgimiento de la obligación, haya una sentencia judicial que así lo declare.

No es ese el sentido que el legislador imprimió a las disposiciones de la Ley 80, pues ésta es clara en el sentido de imponer el deber de que ese postulado se mantenga desde el momento en que el equilibrio se rompe. No puede condicionarse, por vía comercial, el cumplimiento de esa obligación legal a la existencia de una sentencia, ya que, de admitirse un tal acuerdo, la entidad quedaría “excusada” de cumplir las normas de orden público, hasta que un juez se lo ordene, en detrimento de la economía del contrato y en últimas, de su objetivo final, la prestación del servicio público.

Adicionalmente, es claro que la intención del legislador al propugnar por la preservación de la economía del contrato es evitar su parálisis o frustración y por ello no resulta viable condicionar de manera obligatoria su ejercicio a una decisión judicial. La regla general es que las partes deben velar por ese postulado durante toda la vigencia del contrato, y solo, en los casos en que ello no sea posible por desacuerdo entre ellas, es admisible acudir al juez. No puede ser este último escenario la regla contractual, sino su excepción.

Carece de total sentido que en una cláusula como la que se analiza, las partes condicionen el cumplimiento de un principio imperativo de la contratación estatal, a una decisión judicial y, por ende, el Tribunal habrá de acceder a declarar nulo parcialmente el numeral décimo de la cláusula décima del contrato.

2.4.5. La pretensión vigesimoséptima y su subsidiaria

Pretende en este punto la convocante lo siguiente

“Vigesimoséptima: Que se declare que METRO CALI S.A. incumplió sus obligaciones al no indemnizar o compensar al Concesionario de Transporte GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A. los efectos económicos derivados de la ocurrencia de los riesgos a su cargo tales como de la disponibilidad de infraestructura, de implantación y de variación de tarifas.

Subsidiaria a la Vigésimoséptima: Que se declare que la ocurrencia de los riesgos a cargo de METRO CALI S.A. tales como como de la disponibilidad de

infraestructura, de implantación y de variación de tarifas, etc. constituyen eventos ajenos y no imputables a los Concesionarios que rompió el equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 1, el cual debe ser restablecido por METRO CALI S.A. al Concesionario”.

No existe en el contrato una obligación indemnizatoria respecto de la cual se pueda predicar un incumplimiento. En efecto, la obligación indemnizatoria surge de una decisión judicial que declare una responsabilidad, y por ello, no existe fundamento legal ni contractual para acceder a la prosperidad de la pretensión vigesimoséptima en ese sentido.

En cuanto al supuesto incumplimiento por no compensar los efectos económicos de los eventos enunciados en la petición, el Tribunal advierte que la medida en que en la cláusula 10.10 las partes habían condicionado la obligación de restablecer el equilibrio económico a que este fuera declarado por un Juez, si bien ese aparte ha sido declarado ilegal en esta providencia, lo cierto es que antes de esa declaratoria era una estipulación que producía todos sus efectos, por lo cual tampoco podrá accederse a la prosperidad de la pretensión en ese sentido.

Ahora bien, en lo que respecta a la pretensión subsidiaria, se observa que su objeto lo constituyen unas declaraciones idénticas a otras que se analizarán más adelante en esta providencia, por lo cual, el Tribunal entenderá que la decisión específica sobre esa solicitud corresponderá a aquellas que se adopten en relación con los temas de infraestructura, implantación, y variación de tarifas, que más adelante se estudian.

2.4.6. Las pretensiones trigésima primera y trigésima tercera

El Tribunal resolverá en conjunto estas pretensiones, en la medida en que el desarrollo de las mismas efectuado en los alegatos de conclusión de la parte convocante, reposa sobre los mismos fundamentos.

La parte convocante solicita al Tribunal lo siguiente:

“Trigesimoprimera: Que se declaren absolutamente nulas las siguientes disposiciones contractuales por asignar riesgos al Concesionario que no están dentro de su capacidad de gestión, mitigación y control y el artículo 830 del Código de Comercio, así como las demás disposiciones constitucionales y legales aplicables:

Cláusula 88 DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS DEL CONTRATO:

“el CONCESIONARIO asume los efectos derivados de los riesgos descritos en el presente capítulo, además de aquellos que se desprenden de sus cláusulas o estipulaciones de este Contrato de Concesión y/o que se derivan de la naturaleza de este Contrato de Concesión”.

“acepta que la remuneración que recibirá de acuerdo con las condiciones establecidas en el Pliego de Condiciones y en el presente Contrato de Concesión es suficiente para asumir los riesgos a que está expuesto”.

“Por lo tanto, no procederán reclamaciones del CONCESIONARIO basadas en el acaecimiento de alguno de los riesgos que fueron asumidos por el CONCESIONARIO y – consecuentemente – Metro Cali S.A. no hará reconocimiento alguno, ni se entenderá que ofrece garantía alguna al CONCESIONARIO, que permita eliminar o mitigar los efectos causados por la ocurrencia de alguno de estos riesgos, salvo que dicho reconocimiento o garantía se encuentre expresamente pactados en el Contrato.”

Cláusula 89 RIESGOS DEL CONTRATO ATRIBUIDOS AL CONCESIONARIO

Inciso 3º: “además de aquellos que se deriven de otras cláusulas o estipulaciones de este Contrato, o de la naturaleza de este Contrato”.

Inciso 4º: “El CONCESIONARIO asumirá en su totalidad los riesgos que se deriven del cumplimiento de las obligaciones derivadas del Contrato de Concesión”.

La Cláusula 91 EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN en su totalidad, o en los apartes que el Tribunal encuentre nulos.

La Cláusula 124 COMPENSACIÓN POR TERMINACIÓN ANTICIPADA en su totalidad, o en los apartes que el Tribunal encuentre nulos”

“Trigesimotercera: Que se declaren absolutamente nulas la siguiente disposición contractual por constituir una obligación de imposible cumplimiento a cargo del Concesionario:

Cláusula 89 RIESGOS DEL CONTRATO ATRIBUIDOS AL CONCESIONARIO (Inciso 4º)

“como una obligación de resultado”.

En relación con estas pretensiones sostiene el apoderado de la convocante en sus alegatos de conclusión que las cláusulas 88, 89, 91 y 124 del contrato, en los apartes demandados, son abusivas y por lo tanto deben ser declaradas nulas.

Conviene recordar brevemente que por cláusula abusiva se entiende aquella que afecta de manera injustificada y significativa una obligación esencial del contrato, al punto que éste llega a desnaturalizarse, en la medida en que la finalidad perseguida por las partes al celebrarlo desaparece para una de ellas.

Puede decirse que una estipulación es abusiva cuando genera un desequilibrio, profundo e injustificado de los derechos que surgen del contrato, de tal manera que éste pierde su utilidad y su sentido para la parte titular de ese derecho, pues la finalidad por ella perseguida (causa), de aplicarse la cláusula, ya no podría obtenerse.

“El ejemplo emblemático es el famoso fallo Chronopost, en el que la Corte de casación francesa, tuvo por no escrita, por abusiva, una cláusula en virtud de la cual, un transportador, que se había obligado a entregar el escrito contentivo de una oferta para un contrato de obra pública dentro de un plazo

señalado, estipuló que, en caso de no hacerlo, sólo respondería por el valor del porte. Esta cláusula que limitaba la responsabilidad del transportador, convirtiéndola en irrisoria, por no decir que lo exoneraba de toda responsabilidad, hacía que desapareciera la razón que llevó a contratar al remitente: la puntualidad y rapidez del transporte, pues de no llegar a tiempo, su oferta sería descartada del proceso de licitación. Cumplir con el plazo era la obligación esencial del transportador, de modo que la cláusula que, en la práctica, la eliminaba, era abusiva y debía ser eliminada del contrato”²⁷.

Este marco teórico permite abordar el estudio del tema planteado por la convocante en relación con las cláusulas 88, 89, 91 y 124 del contrato.

En las cláusulas 88, 89 y 91 las partes pactaron lo siguiente:

“CLÁUSULA 88 DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS DEL CONTRATO:

La distribución de riesgos del presente Contrato de Concesión se basa en la Política Estatal sobre el manejo de riesgo contractual del Estado en proyectos de participación privada en infraestructura.

El CONCESIONARIO, con las condiciones de experiencia y capacidad acreditadas en su propuesta, cuenta con la capacidad requerida para manejar y mitigar los riesgos del negocio y por ello, a partir de la fecha de suscripción del presente Contrato de Concesión, el CONCESIONARIO asume los efectos derivados de los riesgos descritos en el presente capítulo, además de aquellos que se desprenden de sus cláusulas o estipulaciones de este Contrato de Concesión y/o que se derivan de la naturaleza de este Contrato de Concesión”.

Para todos los efectos legales, se entenderán incluidos dentro de los riesgos propios del negocio del CONCESIONARIO todos aquellos que no estén expresamente asignados a Metro Cali S.A. También le corresponden los riesgos que no estén explícitamente excluidos de la órbita de responsabilidad del CONCESIONARIO según las cláusulas del presente Contrato de Concesión.

El concesionario como profesional de la actividad de transporte, conoce los beneficios y riesgos de la misma y por ello acepta que la remuneración que recibirá de acuerdo con las condiciones establecidas en el Pliego de Condiciones y en el presente Contrato de Concesión es suficiente para asumir los riesgos a que está expuesto”.

Por lo tanto, no procederán reclamaciones del CONCESIONARIO basadas en el acaecimiento de alguno de los riesgos que fueron asumidos por el CONCESIONARIO y – consecuentemente – Metro Cali S.A. no hará reconocimiento alguno, ni se entenderá que ofrece garantía alguna al CONCESIONARIO, que permita eliminar o mitigar los efectos causados por la ocurrencia de alguno de estos riesgos, salvo que dicho reconocimiento o garantía se encuentre expresamente pactados en el Contrato.”

“CLÁUSULA 89 RIESGOS DEL CONTRATO ATRIBUIDOS AL CONCESIONARIO

En la Propuesta que el CONCESIONARIO presentó a la Licitación No. MC-DT-001 de 2006 para ser adjudicatario del presente Contrato de Concesión,

²⁷ Laudo arbitral de 5 de julio de 2013. Tribunal de Microtúnel y otros contra Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá.

el CONCESIONARIO declaró haber realizado un examen cuidadoso de las características del Sistema MIO y en general de todos los aspectos que pudieran incidir en la determinación del precio y condiciones en las cuales presentó su propuesta.

El CONCESIONARIO acepta que existe un alea ordinario, inherente a la actividad propia del desarrollo del objeto del contrato, el cual ha sido considerado, estimado, previsto y por tanto asumido por él, en las estimaciones que dieron lugar a su propuesta diferente del alea extraordinario que está fuera de su órbita de control, previsión y estimación.

El CONCESIONARIO cuenta con la capacidad requerida para manejar y mitigar los riesgos inherentes al negocio objeto del presente Contrato de Concesión, y por ello, a partir de la fecha de suscripción del presente Contrato de Concesión, asume los efectos derivados de los riesgos que se describen a continuación, además de aquellos que se deriven de otras cláusulas o estipulaciones de este Contrato, o de la naturaleza del Contrato.

El CONCESIONARIO asumirá en su totalidad los riesgos que se deriven del cumplimiento de las obligaciones derivadas del Contrato de Concesión, y será responsable frente a Metro Cali S.A., como una obligación de resultado, por la regularidad y el cumplimiento de las condiciones requeridas para la Operación de Transporte del Sistema MIO, asumiendo, por lo tanto, los costos, gastos y medios que se requieran a dicho efecto.

Mediante el presente Contrato de Concesión, el CONCESIONARIO asume expresamente los riesgos propios de la actividad económica de transporte masivo de pasajeros del Sistema MIO, derivados de la explotación económica del servicio público de transporte y de los medios que utilice dentro del Sistema MIO.

Los riesgos asumidos totalmente por el CONCESIONARIO, como riesgos propios del giro de su negocio y que asumirá por la suscripción del presente Contrato de Concesión se encuentran los siguientes (...):

“CLÁUSULA 91 EQUILIBRIO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN

Las partes aceptan de manera expresa la distribución de riesgos que entre ellas han efectuado mediante el presente Contrato de Concesión, y por lo tanto cualquier costo, sobrecostos, indemnización o reconocimiento a cualquier título que pudiera llegar a generarse por la realización de los mismos, lo entienden plenamente recompensado a través de la participación en los ingresos y beneficio derivados de la operación de transporte del Sistema MIO que Metro Cali S.A. ha concedido al CONCESIONARIO conforme a lo previsto en el presente Contrato de Concesión, bajo las condiciones y términos que le son aplicables de la regulación contractual.

Por lo anterior, el CONCESIONARIO no podrá solicitar ningún tipo de compensación, reclamación o ajuste, derivados de la asignación de riesgos que le corresponda, según el presente contrato de Concesión. Se exceptúan los eventos que constituyan un alea o contingencia extraordinaria”.

Examinado el contenido de esas previsiones contractuales, no encuentra el Tribunal que ellas generen para la parte convocante un desequilibrio que las torne abusivas, y por ende que conlleve su invalidez. En efecto, lo que en ellas se prevé, es que la actora está en el deber jurídico de asumir los riesgos que derivan de su posición contractual, lo cual

no es nada distinto que la concreción en un texto negocial, del principio sobre el que reposa la distribución de riesgos en los contratos.

El correcto entendimiento de las cláusulas, esto es, que los efectos de los riesgos que le fueron asignados a Git Masivo tienen que ser asumidos por ella, desde ningún punto de vista desequilibra el contrato ni desconoce la finalidad perseguida por la actora, y evidentemente no conlleva a que se encuentre en la obligación de asumir todos los riesgos que puedan surgir de la ejecución del negocio, sino que está en el deber de afrontar aquellos que desde el comienzo le fueron asignados, o aquellos que, sin haberlo sido expresamente, correspondan por su posición negocial. Es claro que el cumplimiento de las obligaciones de cada parte del contrato, está acompañado de la eventual ocurrencia de riesgos, y por ello, lo contemplado en esas cláusulas, es simplemente la consagración de los efectos del principio de distribución de los riesgos, en la posición contractual del demandante.

En esos términos, y no encontrándose acreditado el defecto que el demandante le achaca a las cláusulas, el Tribunal considera que no hay lugar a acceder a su nulidad.

En cuanto a la controversia pactada respecto de la cláusula 124 el Tribunal considera necesario transcribir su texto así:

“CLÁUSULA 124

Las partes aceptan que dentro de los montos de indemnización y garantía que se han previsto en el presente Contrato de Concesión se entienden incluidas las indemnizaciones mutuas por concepto de todo perjuicio derivado de la terminación anticipada de este Contrato, incluyendo pero sin limitarse a los mismos, el daño emergente, el lucro cesante, los perjuicios directos, indirectos y subsecuentes, presentes y futuros, y las pérdidas o interrupciones en los negocios, etc.

“En cualquier caso en que de la terminación anticipada del Contrato surjan obligaciones a cargo de Metro Cali S.A. y en favor del CONCESIONARIO, Metro Cali, S.A. podrá optar, sujeto a la aprobación de los acreedores del CONCESIONARIO y previo el cumplimiento de los requisitos legales, por asumir las obligaciones crediticias del CONCESIONARIO en los mismos términos pactados entre éste y sus acreedores, excluyendo las penalizaciones, multas o similares que se hubiesen causado a cargo del CONCESIONARIO frente a aquellos. En este caso, el valor del saldo vigente de los créditos asumidos por Metro Cali S.A. se restará del valor a pagar al CONCESIONARIO.

En cualquier caso de pago directo al CONCESIONARIO, en virtud de la terminación anticipada del Contrato, Metro Cali S.A. tendrá un plazo de dieciocho (18) meses para pagar el cincuenta por ciento (50%) del monto correspondiente, y un año adicional para el pago del saldo remanente sin intereses.

Cuando surja la obligación de pago a cargo del CONCESIONARIO y a favor de Metro Cali S.A. en virtud de la terminación anticipada del Contrato el CONCESIONARIO pagará esta obligación con los saldos disponibles en el fideicomiso que administra centralizadamente los recursos del Sistema.

Si los valores de ellos cuales es titular Metro Cali S.A. y que no se encuentren depositados en el Patrimonio Autónomo no son suficientes, el CONCESIONARIO tendrá un plazo de dieciocho (18) meses para pagar el cincuenta por ciento (50%) del monto correspondiente, y un (1) año adicional para el pago del saldo remanente”.

El contenido de esa previsión, no es nada distinto que un acuerdo previo de las partes para establecer un mecanismo de cumplimiento de una obligación que pudiera surgir para ellas en el futuro, como consecuencia de la terminación del contrato. No advierte el Tribunal en ella, un desequilibrio o ilegalidad que conlleve su invalidez, pues los contratantes en ejercicio de la autonomía de la voluntad, y con arreglo a la ley, pueden acordar la forma de cumplimiento de las obligaciones, como ocurre en este caso, sin que ello pueda ser considerado abusivo, y menos cuando esa forma de cumplimiento es idéntica para ambos sujetos.

Por lo anterior, tampoco se accederá a declarar la invalidez de esa estipulación.

2.4.7. La pretensión trigésima segunda

En esta pretensión el convocante solicita al Tribunal lo siguiente:

“Trigesimosegunda: Que se declare que como consecuencia de los incumplimientos de METRO CALI S.A. y de los eventos ajenos y no imputables a GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A. que alteraron el equilibrio económico en perjuicio de éste último, los Riesgos de Demanda (Cláusula 89.2.) y de Operación de Transporte (Cláusula 89.3.), sólo serán de cargo del Concesionario a partir de la implementación o implantación total del Sistema, la cual se entenderá surtida a partir del retiro definitivo del Transporte Público Colectivo (TPC), o previo el agotamiento de los requisitos que establezca el Tribunal”.

El Tribunal considera que esta pretensión en la forma como se encuentra planteada no puede prosperar por cuanto con ella se busca la determinación de una situación contractual que no quedó prevista por las partes y que consiste en sujetar la asunción de riesgos de la demandante, al cumplimiento de las obligaciones de la otra parte. La figura de la distribución y asunción de riesgos, es una figura diferente del incumplimiento, y es claro que los eventos de riesgo que cada contratante asume en cualquier contrato, surgen desde que la ejecución se inicia, por cuanto su ocurrencia está ligada al cumplimiento de las prestaciones que le corresponden, y éstas, a su turno, a las eventualidades o vicisitudes que pueden afectar esa ejecución. Cosa distinta la constituye el hecho de que

si por el incumplimiento de una parte, los riesgos de la otra se ven agravados, en ese caso la solución jurídica es la reparación del perjuicio derivado de aquella situación, que la afectada no estaba en el deber de soportar.

Por ello, no resulta admisible diferir, en un contrato en el que ambas partes están ejecutando sus prestaciones desde el comienzo, la asunción de los riesgos de una a que la otra haya cumplido sus obligaciones, por cuanto la figura de la asunción de potenciales eventos desfavorables o favorables, deriva de la posición negocial y del contenido prestacional que cada uno asume, y no del cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones correlativas del otro contratante. Se insiste entonces en que si el problema que se reclama es de agravación de riesgo por incumplimiento, el ámbito de solución es el de la responsabilidad, sin que pueda condicionarse el inicio de la asunción de los riesgos al cumplimiento de las obligaciones de la otra parte. Una tal posición, implicaría trasladar temporalmente, la totalidad de los riesgos a uno solo de los contratantes, lo cual desconoce la ley.

Por lo anterior, se negará la pretensión.

2.4.8. La pretensión trigésima séptima

La pretensión que se analiza en este acápite es la siguiente:

“Trigesimoseptima: Que se declare que GIT MASIVO no está obligado a asumir los efectos derivados de riesgos, que si bien estuvieron asignados a su cargo, fueron afectados como consecuencia de incumplimientos de METRO CALI así como de eventos ajenos y no imputables al Concesionario”.

Sea lo primero advertir, en relación con esta petición, que ni en los hechos de la demanda ni en sus alegatos de conclusión, la convocante manifiesta cuáles son las situaciones fácticas concretas que supuestamente afectaron los riesgos a su cargo y a los cuales se refiere la pretensión.

Se trata entonces de una solicitud genérica en la que se reclama al Tribunal una declaratoria general respecto de todos los eventos que pudieron afectar los riesgos a cargo de Git Masivo, lo cual resulta improcedente en la medida en que serán las circunstancias propias de cada caso, las que permitan establecer cuáles riesgos y en qué medida resultaron afectados por la conducta de la convocada.

Lo anterior sin embargo no es óbice para que, cuando dichas circunstancias se encuentren acreditadas en cada caso, el Juez o las partes determinen que, en ese

evento, las consecuencias económicas derivadas de la concreción de cierto riesgo, a pesar de ser asumido por una de las partes, no pueden serle atribuidas a ella, en la medida en que en realidad el daño es consecuencia no de la concreción espontánea del riesgo, sino de una conducta de uno de los contratantes, situación que implica un análisis de causalidad específico que no resulta procedente de manera indeterminada para cualquier evento.

Además de la forma genérica en que ella fue planteada, tampoco podrá accederse a la pretensión estudiada, pues declarar que Git Masivo no está obligada a asumir las consecuencias desfavorables de la concreción de un riesgo que le fue adjudicado en los eventos en que aquel sea afectado por situaciones ajenas al concesionario, implicaría un pronunciamiento en el sentido de que aquella no asuma temporalmente ninguna contingencia, lo cual desfigura toda la teoría de los riesgos.

No sobra reiterar en este punto, que en otros apartes de este laudo, y en la medida en que las pretensiones han sido planteadas respecto de eventos específicos, es claro que se aborda el estudio de los incumplimientos alegados por la convocante, y de los efectos que éstos pueden tener respecto de sus obligaciones o riesgos, y en esos casos, se resuelve lo específicamente solicitado; pero la pretensión en los términos amplios y genéricos en que aquí ha sido planteado, no puede prosperar.

2.5. PRETENSIONES RELATIVAS A LOS INCUMPLIMIENTOS LEGALES Y CONTRACTUALES DE METRO CALI

2.5.1. Pretensiones declarativas relacionadas con el incumplimiento del régimen tarifario

En las pretensiones 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 y 52 de la reforma de la demanda se solicitó:

“Undécima: Que se declare que GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. – GIT MASIVO S.A. tiene derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5° numeral 1° de la Ley 80 de 1993.

Duodécima: Que se declare que METRO CALI S.A., incumplió las obligaciones legales y contractuales a su cargo asociadas al Contrato de Concesión No. 1, al no liquidar ni remunerar completa y oportunamente al Concesionario de Transporte GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A., - GIT MASIVO S.A., por no liquidar la Tarifa Técnica conforme a los parámetros aplicables.

Primera Subsidiaria de la Duodécima. Que se declare que METRO CALI S.A.,

incumplió las obligaciones legales y contractuales a su cargo asociadas al Contrato de Concesión No. 1, al no liquidar ni remunerar completa y oportunamente al Concesionario de Transporte GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A.

Segunda Subsidiaria de la Duodécima. Que se declare que METRO CALI S.A. incumplió las obligaciones legales y contractuales a su cargo asociadas al Contrato de Concesión No. 1 al abusar de su posición contractual dominante en relación con la liquidación y pago remuneración del Concesionario de Transporte GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A.

Decimotercera: Que se declare que METRO CALI S.A. incumplió las obligaciones legales y contractuales a su cargo asociadas al Contrato de Concesión No. 1, al no actualizar la Tarifa Técnica.

Primera Subsidiaria a la Decimotercera: Que se declare que METRO CALI S.A. abusó de sus derechos asociados al Contrato de Concesión No. 1, al no actualizar la Tarifa Técnica.

Segunda Subsidiaria de la Décimo Tercera. Que se declare que METRO CALI S.A. está obligada al restablecimiento del equilibrio financiero del Contrato de Concesión No. 1, por la falta de actualización de la Tarifa Técnica.

Decimocuarta: Que se declare que METRO CALI S.A. incumplió las obligaciones legales y contractuales a su cargo asociadas al Contrato de Concesión No. 1, al no informar el valor correcto de la Tarifa Técnica a la autoridad competente para la fijación de la Tarifa a los parámetros aplicables.

Decimoquinta: Que se declare que METRO CALI S.A. está obligado a “tramitar diligentemente las apropiaciones presupuestales que se requieran para solventar las obligaciones económicas que surjan a su cargo en desarrollo del presente Contrato de Concesión” de conformidad con lo dispuesto en la Cláusula 10.7. del Contrato.

Decimosexta: Que se declare que METRO CALI S.A. incumplió su obligación de tramitar y gestionar los recursos necesarios para asumir los valores no cubiertos por los ingresos de Tarifa al Usuario, entre otros, los requeridos para asumir oportuna y suficientemente las contingencias del Sistema.

Decimoséptima: Que se declare que METRO CALI S.A. incumplió su obligación de informar al Alcalde Municipal de Santiago de Cali y a la Secretaria de Tránsito y Transporte adecuadamente los valores de actualización de la Tarifa Técnica para tramitar la actualización de la Tarifa al Usuario y para incluir recursos necesarios para asumir los valores no cubiertos por los ingresos de Tarifa al Usuario, entre otros, los requeridos para asumir oportuna y suficientemente las contingencias del Sistema.

Quincuagésima segunda: Que se ordene a METRO CALI S.A. a cumplir los lineamientos legales y contractuales así como a estarse a lo dispuesto en el Laudo Arbitral hacia el futuro, particularmente pero sin que se limite a ello, a liquidar la Tarifa Técnica y a pagar la remuneración causada con posterioridad a la presentación de la reforma de la demanda arbitral del Concesionario de acuerdo con los parámetros indicados en el Laudo Arbitral.”

i. Posición de la parte convocante

La parte convocante señala que Metro Cali abusó de su posición contractual al liquidar la tarifa técnica en contravía de las manifestaciones efectuadas en la etapa de preguntas y respuestas y de las estipulaciones contractuales contenidas, especialmente, en las cláusulas 23, 26 y 43 del contrato de concesión.

Para empezar, señala que el SITM-MIO imponía el uso de tres (3) tarifas diferentes (i) la Tarifa Técnica; (ii) la Tarifa Licitada por kilómetro y (iii) la Tarifa al Usuario. Estas tarifas estarían diseñadas para reflejar los costos del Sistema, remunerar adecuadamente al Concesionario y promover que el pago de la Tarifa al Usuario fuera fuente de pago suficiente para los agentes del Sistema.

Con relación a la tarifa técnica, explica la actora que ésta tiene como propósito equilibrar los costos del sistema para su implementación, puesta en marcha, operación, mantenimiento entre otros, así como la remuneración de los agentes, en los que se incluye Git Masivo Agrega que, durante el proceso licitatorio, Metro Cali indicó que el cálculo de la tarifa sería determinado conforme a los costos de operación del SITM-MIO. La base para el cálculo de la tarifa técnica serían las tarifas por kilómetro recorrido licitadas y ajustadas para cada periodo, pero en ningún caso su cálculo se realizaría en función de los valores pagados a los concesionarios, según se desprende, entre otras, de la cláusula 42 del contrato de concesión.

Al respecto, agrega que el 30 de agosto de 2006 Metro Cali expidió la adenda No. 4 que modificó las Cláusulas 23, 26 y 43 del contrato (Págs. 66, 74 y 92), precisando que la participación en los ingresos del Sistema MIO para cada tipología de vehículo estaba dada por los kilómetros recorridos del período correspondiente, multiplicada por la tarifa licitada debidamente ajustada para dicha tipología de cada concesionario. La modificación a las cláusulas en mención garantizaba que el cálculo de los egresos básicos del sistema MIO establecido en la cláusula 26.4 se realizara con la participación en los ingresos del Sistema a partir de la tarifa licitada actualizada y no en función de los valores pagados en el período anterior. Así, las modificaciones introducidas tenían como propósito asegurar que la tarifa técnica reflejara los costos reales del SITM-MIO y por esa vía garantizar que los ingresos del sistema fueran proporcionales a los egresos.

A pesar de ello, advierte la demandante que Metro Cali incumplió su obligación contractual de calcular la tarifa técnica conforme a los presupuestos contractuales contenidos en las cláusulas 23, 26 y 43 del contrato, calculando los egresos básicos en

función de los valores pagados a los concesionarios del año inmediatamente anterior y no en función de la tarifa licitada.

Además, Metro Cali habría calculado la tarifa técnica sin tener en cuenta la remuneración debida al concesionario, lo cual le generó una pérdida económica. Así, explica que el pago de la remuneración al concesionario ha sido incompleta, ha generado menos recursos, lo cual conlleva a la conclusión inevitable de que Metro Cali liquidó la tarifa aplicando la “Fórmula B” y trasladó al concesionario las pérdidas imputables a su incumplimiento de actualización de la tarifa técnica y el cálculo y ajuste de la tarifa al usuario. Lo anterior, a juicio de la convocante, es producto de una interpretación errónea de la fórmula para liquidar la tarifa, lo cual devino en un desequilibrio injustificado entre la tarifa técnica y la tarifa al usuario, que además fue asumido y distribuido entre los concesionarios del sistema de transporte.

Por otra parte, sostiene que la tarifa al usuario debe ser entendida como *“el costo del pasaje para la utilización del servicio de transporte del Sistema MIO, que se cobra a los pasajeros del Sistema.”* Sin embargo, en vista de que la operación no contemplaba subsidios a la tarifa al usuario, su cálculo se realizaría aproximando la tarifa técnica a un múltiplo superior en los términos de la cláusula 23 del contrato de concesión. Es decir que, la tarifa técnica es igual a la tarifa al usuario, pues ésta equivale a un múltiplo superior de aquella. Ahora bien, por virtud de la suscripción del otrosí N.º 2 al convenio interadministrativo, el Alcalde Municipal es la autoridad responsable de fijar la tarifa al usuario con base en las recomendaciones formuladas por Metro Cali y la Secretaría de Movilidad, con miras a garantizar el equilibrio del sistema.

Sin embargo, alegó que Metro Cali habría incumplido su obligación de presentar propuestas anuales de ajustes o modificaciones a la tarifa del usuario bajo la fórmula de tarifa técnica contenida en el contrato de concesión y que sirvieran como soporte para que la Alcaldía Municipal fijara la tarifa al público para los años 2016 y siguientes a la presentación de la reforma de la demanda, hasta la fecha en que se emita el laudo arbitral. Al respecto, agrega que la tarifa al usuario debía actualizarse cada doce meses, por lo que la diferencia que surge entre la tarifa técnica y la tarifa al usuario fue un riesgo que asumió el concesionario únicamente por el primer año de operaciones cuyo valor había sido fijado previamente por Metro Cali. Las demás diferencias resultaron ser evidentemente inferiores a la tarifa técnica generando pérdidas.

Con relación a la tarifa al usuario, la demandante considera que ella solo se actualiza con base en los pagos realizados a través del fideicomiso PA FIDUMIO del año anterior y no

en función de los egresos básicos del sistema tal y como se definió en la fórmula contractual cláusula 26.4 del contrato. Esta interpretación, estaría conforme al principio de autosostenibilidad que parte del equilibrio entre ingresos y egresos del sistema. En esa medida, Metro Cali estaría trasladando el riesgo tarifario a cargo de Git Masivo. Así, Metro Cali, estaría en mora de pagar en forma completa y actualizada la remuneración del concesionario.

Ahora bien, en cuanto a la remuneración del concesionario, indica que el asunto se encontraba regulado, principalmente, por las cláusulas 20, 23, 26, 42 y 43, definiciones 1.106. a 1.108. y el Anexo No. 4. Agrega que la fuente de pago al concesionario era la tarifa al usuario. Esta tarifa, debía asegurar que los ingresos fueran suficientes para cubrir los egresos del sistema, es decir, la remuneración de los diferentes actores, para compensar los costos y gastos. Como la operación no contemplaba subsidios a la tarifa al usuario, la autoridad debía definir esa tarifa con base en la tarifa técnica aproximándola al múltiplo superior, de acuerdo con lo establecido en la Cláusula 23 del contrato.

Agrega además que, la cláusula 43 del contrato de concesión, en los numerales 1.106 a 1.108 definiciones y el Anexo No. 4, establece que la remuneración del concesionario consiste en la tarifa licitada por cada tipología de autobuses. La citada cláusula contiene dos posibles fórmulas de pago que permiten distribuir los ingresos del sistema entre todos sus agentes.

Por un lado, la denominada “Fórmula A” que calcula los ingresos del concesionario en función de los kilómetros recorridos por cada tipología de autobuses multiplicados por la tarifa licitada. Por otra parte, también existía la “Fórmula B” la cual tomaba el setenta por ciento (70%) de los ingresos provenientes de los usuarios para asignárselos a los concesionarios de transporte. Esto quiere decir, que el sistema tiene otros actores, a los que se les debe asignar un valor aproximado del 30 % de los ingresos del mismo. Agrega además que el concesionario aceptó recibir el menor valor entre las dos fórmulas.

En consecuencia, advierte la actora que el concesionario asumió diferentes riesgos en materia de remuneración. En primer lugar, respecto de la demanda, el concesionario habría asumido el riesgo de que Metro Cali programara menos viajes y ello incidiera en menores kilómetros recorridos. Por otro lado, respecto de la tarifa, el concesionario habría asumido el riesgo de la diferencia negativa resultante entre la tarifa técnica y la tarifa al usuario para el primer año cuyo valor había sido previamente determinado por Metro Cali puesto que a partir del segundo año ha debido actualizarse conforme a los parámetros de actualización de la tarifa técnica contenidos en la cláusula 23 del contrato de concesión

y en el valor de los derechos de participación del concesionario conforme a la cláusula 43 y por ende en la consecuente actualización de la tarifa al usuario. Así mismo, el concesionario asumió la actualización anual de la tarifa del usuario que se realizaría a partir de cada febrero. Agrega que Metro Cali tuvo a su cargo el riesgo de variación de tarifa según lo establecido en el acápite definiciones de la cláusula 1.146 y conforme a las cláusulas 10 y 92 del contrato.

Ahora bien, como consecuencia de los incumplimientos de Metro Cali, explica la convocante que Git Masivo ha reclamado desde el año 2010 el incremento de la tarifa, y ha venido solicitando la aplicación de la fórmula contractual para el cálculo de la tarifa técnica, sin recibir respuesta a sus reclamaciones. Señala también que tanto las anteriores administraciones como la actual se han negado a entregar a Git Masivo, los estudios técnicos elaborados por la entidad y que han servido de soporte para el cálculo de la tarifa técnica. Del mismo modo, a la firma STRATEGAS Banca de Inversión, contratada para la elaboración del peritaje financiero, Metro Cali le habría negado la entrega de la información solicitada alegando “reserva mercantil”.

Con ocasión de los incumplimientos del ente gestor, explica que surgió la necesidad de suscribir el 18 de diciembre de 2014 el otrosí N.º 6 al contrato de concesión con miras a subsanar los incumplimientos que se venían presentando. A pesar de ello, Metro Cali no habría adoptado las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en dicho documento, en especial, a las gestiones tendientes a revisar y ajustar el contrato de acuerdo con las recomendaciones generadas por el estudio contratado por el Departamento Nacional de Planeación (DNP) respecto del esquema tarifario, en cumplimiento del numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, lo cual deviene en un incumplimiento a la cláusula 23 del contrato de concesión modificada por virtud del otrosí en mención.

Ese estudio, habría sido presentado con ocasión del contrato de consultoría No. DNP-OR-044-2015 con la Unión Temporal Akiris de Colombia – Steer Davies & Gleave Limited Sucursal Colombia con el objeto de realizar el diagnóstico de la sostenibilidad financiera de SITM-MIO y proponer ajustes a la estructura tarifaria y fuentes de remuneración. Entre las conclusiones del estudio, se advierte que, respecto de la tarifa, los consultores pusieron en evidencia lo advertido por Metro Cali durante el proceso de licitación a través de la comunicación No. 149 del 2006, en donde la entidad en la respuesta dada a la primera pregunta, manifestó que “[f]rente al tema de la forma en que se calcularán los Egresos del Sistema, parece, así mismo, pertinente, modificarla de tal manera que se

calcule con base en la tarifa licitada ajustada y no en función de los valores pagados a los concesionarios. Por lo tanto, se procederá a expedir un Adenda en este sentido.”

Los consultores confirmaron también que el riesgo de demanda asumido por Git Masivo estaba dirigido a la cantidad de kilómetros programados y recorridos frente al número de kilómetros estimado. Así mismo, confirmaron que la remuneración del concesionario corresponde a la tarifa por kilómetro licitada ajustada. Agrega la convocante que las conclusiones del estudio demuestran que existe una diferencia significativa en relación con el cálculo realizado unilateralmente por Metro Cali y la aplicación de los escenarios estudiados por el consultor de cara a las condiciones establecidas en el contrato.

Así mismo, Git Masivo advierte un incumplimiento en la obligación de actualización de la tarifa para el mes de enero de 2016 en línea con la tarifa técnica del año 2015. Para esos efectos, explica que la tarifa técnica se calculaba por anualidades y se actualizaba en el mes de febrero del año siguiente y que con ocasión de la suscripción del otrosí N° 6, las partes acordaron que la tarifa técnica para el año 2015 sería la suma de \$ 1760 y se fijó la tarifa al usuario en \$ 1.700, quedando así un diferencial de \$ 60 que fue asumido vía subsidio a la tarifa por parte de la Alcaldía mediante el traslado de los recursos, de la diferencia tarifaria, al fondo de contingencias. Sin embargo, aunque las disposiciones contractuales señalaban que la tarifa técnica tenía una vigencia de un año de enero a enero, Metro Cali se negó a tramitar el pago de los \$60 para el periodo de enero de 2016, aduciendo que la tarifa técnica del año 2015 solo tuvo vigencia hasta diciembre de 2015, quedando enero de 2016 solo con el cálculo de la tarifa al usuario de \$ 1700, generándose así un incumplimiento a los términos del otrosí No 6.

Agrega que Metro Cali no se encargó de tramitar los recursos adicionales necesarios con destino al fondo de contingencias o a cualquier otro esquema con el que se pudiera compensar la falta de ajuste de la tarifa al usuario. Considera que Metro Cali está obligada a incluir nuevos recursos en el fondo de contingencias *“para superar contingencias relacionadas con diferencia tarifaria por no reajuste de la Tarifa al Usuario, en la medida en que los recursos que se encuentren depositados en dicho fondo no sean suficientes para superar la diferencia tarifaria”*. Así mismo, sostiene que Metro Cali se obligó a realizar un procedimiento conjuntamente con la Secretaría de Tránsito y Transporte para soportar ante el Alcalde Municipal de Santiago de Cali los ajustes o modificaciones a la tarifa del usuario a partir del año 2016 conforme a la fórmula contractual para la construcción de la tarifa técnica, sin que a la fecha se haya allanado a cumplir dicha obligación.

Por último, sostiene que Metro Cali se obligó a informar al municipio la existencia de una contingencia por diferencia tarifaria con el objeto de que este nutriera al fondo de contingencias con la totalidad de los recursos necesarios para cubrir la diferencia entre la tarifa al usuario y la tarifa técnica, obligación que fue incumplida por Metro Cali, durante la vigencia 2016. Es así como, en criterio de la parte convocante, Metro Cali, incumplió sus obligaciones como ente gestor al no tramitar los fondos necesarios para cubrir la diferencia tarifaria del año 2.016.

ii. Posición de la parte convocada

En criterio de la parte convocada, a la luz de lo dispuesto en el contrato de concesión, así como de la estructura del SITM-MÍO, la demanda presentada por Git Masivo pretende atribuir a Metro Cali responsabilidades por hechos de terceros y que son ajenas a las obligaciones asumidas por ella. Para esos efectos, explica que a Metro Cali no le corresponde la obligación de actualizar las tarifas pactadas en el contrato, pues sus compromisos se restringen a suministrarle a la autoridad municipal toda la información básica necesaria para su cálculo. Sostiene que la regulación del valor del pasaje al usuario corresponde a la administración municipal quien debe regular estos asuntos y fijar la tarifa correspondiente. Bajo los mismos argumentos, señala que se ha configurado el hecho de un tercero como una causal de ausencia de responsabilidad y una falta de legitimación por pasiva, por cuanto a la luz de lo establecido en su objeto social, en el pliego de condiciones así como en el contrato de concesión y sus modificaciones, a Metro Cali no le asiste la obligación de regulación y fijación de la tarifa técnica.

Por otro lado, la demandada alega que no existe solidaridad pues ni la ley, ni el contrato de concesión ni sus modificaciones prevén que Metro Cali haya asumido la obligación de responder en forma solidaria por las acciones y omisiones de terceros respecto de la ejecución o no de compromisos relacionados con la regulación y fijación de la tarifa técnica.

Adicionalmente, señala que la suscripción del otrosí N.º 6 no constituye ningún reconocimiento de su parte, del incumplimiento del contrato de concesión. Para ella, la celebración de ese acuerdo tuvo como propósito que las partes dejaran a un lado las disputas previas respecto del cumplimiento del contrato, para lo cual transigieron las controversias de contenido económico y renunciaron a reclamaciones futuras por todo concepto. Lo anterior, habría sido pactado a cambio del pago de una suma de dinero que Git Masivo consideró suficiente para satisfacer sus reclamaciones.

A juicio de la parte convocada, Metro Cali ha cumplido frente a Git Masivo con su obligación de pago en atención a las fórmulas de liquidación previstas para su remuneración en la cláusula 43 del contrato. Al respecto, advierte que Git Masivo se ha valido de interpretaciones realizadas sobre esta disposición para aplicar fórmulas que le permitan lograr cálculos con valores superiores, lo cual consta en el informe técnico financiero aportado junto con la contestación de la demanda.

Según lo explica la demandada, la cláusula 43 del contrato de concesión establecía la obligación de pago de la participación del concesionario con el valor mínimo resultado del cálculo de dos fórmulas contractuales denominadas “Fórmula A” y “Fórmula B”. La “Fórmula A” hace referencia a las tarifas licitadas por kilómetros recorridos o “tarifas licitadas”, mientras que la “Fórmula B” incluye una participación porcentual equivalente al 70% en un “Fondo General” que la parte convocada explica como los “[i]ngresos del [s]istema por los viajes realizados que constituyen pago.”

Al respecto, sostiene que desde que inició el cobro del pasaje en el sistema, esto es, el 1 de marzo de 2009 hasta el 18 de diciembre de 2014, la remuneración o derechos de participación distribuidos entre los operadores del transporte del sistema MIO, se realizó empleando la “Fórmula B” que correspondía a la distribución del 70% de los recursos que ingresaban al “Fondo General” del Sistema MIO, por tratarse del valor mínimo entre las dos fórmulas.

Así mismo, advierte que el contrato de concesión, incluyendo sus modificaciones, planteaba que por ningún motivo habría de reconocerse en la tarifa técnica los egresos generados por la “tarifa licitada” según la tipología de cada autobús, hecho que va en contra de lo expresado en la demanda.

Agrega la parte que la cláusula 20 del contrato de concesión señala que la tarifa técnica se calculaba con base en los pagos efectivamente realizados y que la remuneración de los concesionarios de la operación de transporte ha seguido la denominada “Fórmula B”. Sin embargo, en ella no se tiene en cuenta la “tarifa licitada” según la tipología de cada autobús, ítem que sí se estudia en la denominada “Fórmula A”. Todas estas condiciones, según lo explica la parte convocada, habrían sido aceptadas por Git Masivo al momento de la firma del contrato inicial.

Adicionalmente, con la posterior modificación al contrato de concesión incluida en la cláusula 3.10 del otrosí N.º 6 quedaría claro que el egreso que se tiene como fuente para el cálculo de la tarifa técnica, no tiene relación con la tarifa licitada según la tipología de

cada autobús, puesto que la fiduciaria no conoce estos valores y solo se tomarían en cuenta los pagos efectuados en el periodo anterior de conformidad con la “Fórmula B”.

A partir de la aplicación de las tarifas en mención, según explica la parte convocada, se presentaron vicisitudes en el curso de la ejecución del contrato de concesión que dieron lugar a una “contingencia tarifaria” ocasionada por la diferencia tarifaria. Parte de esa diferencia fue “transada” el 18 de diciembre de 2014 con los cuatro operadores del SITM-MÍO lo que la parte convocada denomina “compensación económica”. Por otra parte, la denominada “contingencia por diferencia tarifaria” aplica para las diferencias tarifarias posteriores, es decir, a partir del 1 de enero de 2015.

Así, en cuanto a la compensación económica, se habría girado en favor de Git Masivo la suma de \$37.269.264.261, monto liquidado de conformidad con los kilómetros recorridos previa suscripción del otrosí N.º 6, y que habría sido recibido por ella a satisfacción. En palabras de la convocada se *“identificaron que hacia el pasado se habían generado unos efectos negativos que venía lugar a compensarle a GIT por la suma de \$37.269.265.261, suma que le correspondió de acuerdo con la última liquidación de los kilómetros recorridos previa a la fecha de suscripción del [o]trosí N.º 6.”*

Señala además que en vista de que el municipio es el ente responsable de la contingencia relacionada con la “compensación económica” pactada en favor de los agentes del sistema, en línea con los numerales 3.40.1 al 3.40.6 de la cláusula tercera del otrosí N.º6, se giraron unos recursos que ascienden a un total de \$42.000.000.000 respecto de los cuales le habrían sido asignados a Metro Cali un total de \$3.675.000.000 entre los meses de enero y julio del 2015 y a Git Masivo la suma de COP\$ 11.185.342.613.

En cuanto a la fijación de la tarifa técnica, señala que no es una obligación del Metro Cali realizar su actualización. En su criterio, el hecho de fungir como ente gestor del sistema no le da competencia para determinar los valores de tarifas del transporte público masivo. A su juicio, la obligación de Metro Cali se limitó a elevar ante la administración municipal de Cali una solicitud para que se determinara la tarifa técnica lo cual fue cumplido satisfactoriamente por el demandado.

En todo caso, explica que de conformidad con la cláusula 23 del contrato de concesión y el otrosí N.º 3 al convenio interadministrativo de utilización de vías y operación del sistema integrado del transporte masivo de Cali, las partes acordaron que a partir de febrero de 2016 la tarifa al usuario sería incrementada anualmente por la autoridad municipal competente, de acuerdo con el cálculo de la tarifa técnica que certificara Metro Cali en

un mínimo en \$50. Así, el cálculo de la tarifa técnica para el año 2016 fue de \$1.795 y el municipio decretó el aumento de la Tarifa al Usuario en \$100 quedando la misma en un valor de \$1.800. En consecuencia, alega que para el periodo febrero de 2016 a enero de 2017 no se presentó un diferencial tarifario lo cual consta en el Decreto Tarifa del año 2016.

Por último, señala que el Municipio de Santiago de Cali habría cumplido con la totalidad de la diferencia tarifaria de \$60 incluido el mes de enero de 2016, lo cual fue girado en diciembre de 2016 según consta en la página 9 del informe de la Fiduciaria Bancolombia P.A. Fidumio de esa misma fecha.

iii. Posición del Ministerio Público

En criterio del Ministerio Público, no existía obligación alguna, de acuerdo con el contenido del otrosí N.º 6 del 18 de diciembre de 2014, de entregar al concesionario el estudio que debía adelantar el Departamento Nacional de Planeación ni se fijó un plazo para la obtención de dicho estudio. Ahora bien, las recomendaciones contenidas en dicho documento, no constituían obligación alguna, sino más bien, el planteamiento de diversas alternativas encaminadas a *“definir la estructura tarifaria que permita la sostenibilidad del sistema, siendo esta la finalidad del estudio contratado con el DNP”*, especialmente para variar la interpretación respecto de las fórmulas de remuneración “A” y “B”.

Finalmente, advierte que en caso de existir alguna diferencia tarifaria, ésta solo podía entrar en negociación desde el mes de noviembre de 2016. Sin embargo, Metro Cali, habría incumplido su obligación de revisar la tarifa de acuerdo con los parámetros contractuales.

iv. Consideraciones del Tribunal

Las controversias planteadas por la convocante en este grupo de pretensiones están encaminadas a que el Tribunal se ocupe de estudiar diferentes aspectos relacionados con el régimen tarifario pactado por las partes del contrato de concesión. El problema jurídico planteado en la demanda consiste, principalmente, en identificar si Metro Cali calculó o no en forma correcta la tarifa técnica de acuerdo con las estipulaciones contractuales, y si remitió los valores correspondientes a la autoridad municipal competente a fin de que esta última calculara la tarifa al usuario. Para esos efectos, es particularmente relevante que este Tribunal se ocupe de estudiar si los egresos básicos del sistema corresponden a la remuneración recibida por el concesionario en el año

inmediatamente anterior o, si en su lugar, este concepto tiene relación más bien con la tarifa licitada que busca remunerar al concesionario en función a los kilómetros recorridos. Con miras a desentrañar la verdadera intención de las partes en cuanto al régimen tarifario, el Tribunal se ocupará de estudiar las cláusulas del contrato, el pliego de condiciones de la licitación que lo originó y sus adendas o modificaciones que regulan el esquema tarifario, así como el otrosí N° 6 suscrito el 18 de diciembre de 2014. Respecto de estos instrumentos contractuales, el Tribunal aplicará las reglas de interpretación previstas en el contrato y en la ley.

Para esos efectos, se estudiarán los siguientes aspectos planteados en las pretensiones de la demanda reformada:

- (i) Identificar si Metro Cali incumplió con las obligaciones legales y contractuales asociadas al contrato de concesión por no liquidar ni remunerar en forma completa y oportuna al concesionario Git Masivo
- (ii) Determinar si Metro Cali incumplió sus obligaciones legales y contractuales asociadas al contrato de concesión al no liquidar la tarifa técnica de conformidad con los parámetros aplicables
- (iii) Determinar si Metro Cali incumplió sus obligaciones legales y contractuales asociadas al contrato de concesión al no actualizar la tarifa técnica
- (iv) Identificar, en forma subsidiaria, si Metro Cali abusó de sus derechos asociados al contrato de concesión al no actualizar la tarifa técnica
- (v) Identificar si Metro Cali incumplió sus obligaciones legales y contractuales asociadas al contrato de concesión al no informar el valor correcto de la tarifa técnica a la autoridad competente para la fijación de la tarifa en línea con los parámetros aplicables
- (vi) Determinar si Metro Cali está obligada a tramitar, de manera diligente, las apropiaciones presupuestales necesarias para solventar las obligaciones económicas que se presenten en el curso de la ejecución del contrato de concesión con sujeción a lo previsto por la cláusula 10.7.
- (vii) Identificar si Metro Cali está obligada o no a tramitar y gestionar los recursos necesarios para asumir los valores no cubiertos por los ingresos de la tarifa usuario, en particular, aquellos requeridos para cubrir las contingencias del sistema, y determinar su posible incumplimiento
- (viii) Establecer si Metro Cali incumplió obligación alguna relacionada con informar a la Alcaldía Municipal de Santiago de Cali y a la Secretaría de Movilidad acerca de los valores de actualización de la tarifa técnica para tramitar la actualización de la tarifa al usuario, y para incluir los recursos

necesarios para asumir los valores no cubiertos por los ingresos de la tarifa al usuario, especialmente, para cubrir las contingencias del sistema.

Antes de resolver el problema jurídico central sometido a consideración del Tribunal, es necesario realizar algunas consideraciones preliminares en cuanto a las reglas generales de interpretación aplicables a los contratos estatales y, en particular, al contrato de concesión bajo estudio. Al respecto, es preciso partir de la base de que los contratos estatales se regulan, principalmente, por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenido en la Ley 80 de 1993, así como en sus normas reglamentarias o modificatorias. En lo no previsto en estas disposiciones²⁸, los contratos estatales deberán regirse por lo previsto en las reglas de derecho privado. Entre estas, las reglas generales de interpretación de los contratos contenidas en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil y los principios de interpretación de los contratos comerciales comprendidos en los artículos 822 y 823 del Código de Comercio.

Es así como, por virtud del deber contenido en el artículo 28 de la Ley 80 de 1993, la interpretación de las reglas contractuales que se desprenden de un contrato estatal, deberán tener en cuenta *“los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos”*.²⁹ Del mismo modo, por virtud de los artículos 3 y 23 la citada ley, los contratos estatales deberán tener en cuenta la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, los postulados de la función administrativa, las normas de conducta de los servidores públicos, las reglas hermenéuticas de los contratos, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

Al respecto, las reglas hermenéuticas de derecho privado también acuden a los postulados de la buena fe y a la naturaleza de la obligación con miras a desentrañar el alcance de las estipulaciones contractuales. Es así como el artículo 1603 del Código Civil establece que *“[l]os contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella”*. Al respecto, en la legislación mercantil el artículo 871 del Código de Comercio dispone que *“[l]os contratos*

²⁸ El artículo 28, Ley 80 de 1993: *“De la interpretación de las reglas contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.”* (destacado fuera de texto).

²⁹ Artículos 3 y 23 Ley 80 de 1993.

deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley la costumbre o la equidad natural”.

Pues bien, en materia de interpretación de los contratos, el Consejo de Estado ha definido tres grandes labores que el juzgador deberá estudiar al momento de establecer con precisión los derechos y obligaciones que surgen para las partes, en los siguientes términos:

*“Cuando se trata de establecer los derechos y las obligaciones que surgen en favor y a cargo de las partes en razón de un negocio jurídico, **hay tres grandes labores** que debe emprender el juzgador para la verificación correspondiente.*

*La primera es **la interpretación del negocio jurídico** celebrado que tiene por objeto fundamental constatar el acuerdo al que llegaron las partes, verificar los efectos que estos le señalaron a su convenio y la incorporación de estas comprobaciones al negocio.*

*La segunda es **la calificación del negocio celebrado**, que no es otra cosa que su valoración jurídica, esto es, determinar cuál fue el esquema negocial empleado por los disponentes, precisar las repercusiones jurídicas que de ese esquema se derivan e incorporando estas consecuencias jurídicas al acuerdo.*

*La tercera es **la integración del negocio jurídico** que consiste en incorporarle toda aquella regulación que no tiene su fuente en el acuerdo de las partes sino en la ley y en general en las restantes fuentes del derecho externas al contrato, tales como los principios generales del derecho, la equidad y los usos normativos o costumbres como también se les llama.*

*En lo que atañe a la integración de la ley al contrato debe decirse que han de incorporarse **no sólo las normas legales imperativas sino también las dispositivas**, teniendo en cuenta que las primeras tienen que anidarse de manera ineludible e inmediata en el contrato, independientemente del querer de las partes, mientras que las segundas han de integrarse a falta de estipulación o de acuerdo en contrario de los contratantes, razón por la que en este último caso se dice que estas normas supletivas colman los vacíos dejados por los disponentes pero sólo aquellos que no puedan ni deban ser llenados con los criterios de la hermenéutica negocial, pues en este evento se estaría entonces frente a una labor de interpretación y no a una de integración contractual.*

En síntesis, la precisión de los derechos y de las obligaciones que surgen en favor y a cargo de los contratantes supone que el juzgador realice las siguientes tareas fundamentales: interpretar el acto, valorarlo jurídicamente y finalmente integrarle todos los preceptos extranegociales que le correspondan.

Con otras palabras, el juez debe empezar por enterarse de qué fue lo que convinieron las partes (interpretar), proseguir con la valoración jurídica de lo pactado (calificando el acto, constatando los efectos jurídicos que de él se derivan e incorporando estas consecuencias jurídicas al acuerdo), para finalmente concluir con la integración de las disposiciones externas al contrato que le correspondan (normas imperativas, normas supletivas, principios generales del derecho, la equidad y los usos normativos).

Ahora, estas labores cobran mayor trascendencia en la actividad del juzgador cuando hay discrepancias entre las partes sobre el verdadero esquema negocial por ellos empleado puesto que ante tales divergencias es aquél quien

está llamado a puntualizarlo con autoridad y de manera vinculante y definitiva para los contendientes”³⁰ (destacado fuera de texto).

Por su parte, en cuanto a las reglas hermenéuticas de interpretación previstas en la legislación civil y mercantil, es preciso acudir a lo expresado en esta materia por la Corte Suprema de Justicia:

*“Para averiguar el querer de los obligados, a más del tenor literal de sus cláusulas y las directrices establecidas en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil, 5° y 823 del Código de Comercio, debe tener en cuenta el intérprete diversos factores que inciden en el acuerdo, **tales como las condiciones particulares de los intervinientes y su proceder en los diferentes momentos contractuales, esto es, antes, durante y después de su celebración**, de tal manera que se refleje de manera precisa el ánimo que los inspiró a vincularse”³¹ (destacado fuera de texto).*

Dicho lo anterior, es preciso ahora establecer cuál es el marco legal aplicable al contrato de concesión bajo estudio y qué otros instrumentos contractuales integran el régimen jurídico que rige los derechos y obligaciones de las partes del contrato. Con este objetivo, el Tribunal emprenderá el análisis que exige la presente controversia, partiendo primero por definir y determinar el alcance de cada una de las diversas reglas hermenéuticas aplicables al contrato de concesión N.º 01 de 2006, para luego aplicarlas en forma detallada al caso sometido a consideración del Tribunal.

A. LA INTENCIÓN DE LAS PARTES COMO CRITERIO DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS (ART. 1618 DEL C.C.)

En esta labor interpretativa, aplicando el artículo 1618 del Código Civil, se debe buscar la *“intención de los contratantes”*, y si ésta es *“conocida claramente”*, debe estarse a ella, más que a *“lo literal de las palabras”*. Es decir que, para aplicar la regla bajo estudio, deberá estudiarse el pacto escrito convenido por las partes en contraste con los demás elementos de juicio, con miras a desentrañar la verdadera intención de las partes con ocasión de la suscripción del contrato de concesión N.º 1 de 2006.

Al respecto, la jurisprudencia ha sentado criterios que definen la forma en la que deberá realizarse tal interpretación. Con relación al artículo 1618 del Código Civil, la Corte Suprema Justicia ha indicado que *“en sentencia de 7 de febrero de 2008 y reiterada el*

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia de 6 de julio de 2015. Radicación número: 20001-23-31-000-2009-00077-01 (39.122).

³¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil; Sentencia del 24 de Julio de 2012, M.P.: Fernando Giraldo Gutiérrez, Exp. 1100131030392005-00595-01.

30 de agosto de 2011, exp. 2001-06915 y 1999-01957, advirtió la Corte que ‘la interpretación se predica de los negocios jurídicos existentes, es ulterior a la existencia del acto dispositivo y, en rigor, consiste en establecer y precisar la relevancia normativa de su sentido conformemente a la ‘recíproca intención de las partes’ (art. 1618 C.C.), de ordinario plasmada en las **cláusulas, párrafos, condiciones o estipulaciones, a las cuales, sin embargo, no se reduce ni supedita, por cuanto, aun siendo ‘claro’ el sentido idiomático, literal o textual de las palabras, en toda divergencia a propósito, impónese reconstruirla, precisarla e indagarla según el marco de circunstancias, materia del negocio jurídico, posición, situación, conocimiento, experiencia, profesión u oficio de los sujetos, entorno cultural, social, económico, político, geográfico y temporal en una perspectiva retrospectiva y prospectiva, esto es, considerando además de la celebración, ejecución y conducta práctica negocial, la fase prodrómica, de gestación o formación teniendo en cuenta que ‘...los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción de un consentimiento contractual no son intrascendentes; por el contrario, una vez formado el consentimiento son parte integrante de él, y su importancia se traduce en servir de medios auxiliares para interpretar la verdadera intención de las partes, cristalizada en las cláusulas del contrato’ (cas. civ. junio 28/1989)”³². (destacado fuera de texto).**

Por su parte, el Consejo de Estado ha sostenido que “[s]i bien es cierto que el artículo 1618 establece que la intención de los contratantes prevalece sobre el sentido gramatical, también lo es que, de manera armónica con el artículo 1627 –“El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación...”–, **impone al intérprete tomar el texto como primer elemento, pues se entiende que la voluntad del autor reside en su declaración final**”³³ (destacado fuera de texto).

B. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DEL CONTRATO (ART. 1622 DEL C.C.)

La regla de interpretación sistemática o coherente del contrato encuentra origen en lo consagrado por el artículo 1622 del Código Civil, por virtud del cual:

“ARTICULO 1622. INTERPRETACIONES SISTEMATICA, POR COMPARACION Y POR APLICACION PRACTICA. Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

³² Corte Suprema de Justicia, Sala Civil; Sentencia del 24 de Julio de 2012, M.P.: Fernando Giraldo Gutiérrez, Exp. 1100131030392005-00595-01.

³³ Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa Administrativa, Sección Tercera. C.P. Danilo Rojas Betancourth, Sentencia del 29 de agosto de 2012. Radicado No 250002326000199703808 01 (21077).

*Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia.
O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte.”*

La jurisprudencia también ha definido el alcance de la regla hermenéutica bajo estudio. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha expresado lo siguiente:

*“En esas otras cláusulas trasuntadas, se patentiza la necesidad **de interpretar sistemáticamente todo el articulado negocial —regla también aneja a los convenios atípicos— conforme lo ordenado en el precepto 1622 del Código Civil** que establece que las provisiones de un acuerdo se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.*

*Cada disposición pactada, como toda norma jurídica, **no es una isla solitaria en el universo contractual**. Ella va acompañada por normas antecedentes y subsiguientes que ayudan a su mejor entender o que reclaman una visión articulada de todos los textos que integran la operación.*

*El negocio jurídico es un arreglo de voluntades que por lo general constituye un sistema y, en consecuencia **sus estipulaciones deben apreciarse en forma coordinada y armónica; no como elementos autónomos e independientes, porque de esta suerte se podría desarticular y romper aquella unidad, se sembraría la confusión y se correría el riesgo de hacerle producir a la convención efectos que las partes ni siquiera sospecharon.**”³⁴ (destacado fuera de texto)*

A su vez, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

*“[...] la Sala encuentra pertinente recordar que existe una regla de interpretación, consagrada en diferentes artículos de nuestro ordenamiento jurídico, denominada **interpretación sistemática o coherente**, la cual pone de presente la correlación entre las partes constitutivas de un discurso, como de cada manifestación del pensamiento, y su referencia común al todo del que hacen parte —‘incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere’. **La correlación y referencia posibilitan la iluminación recíproca del significado entre el todo y los elementos constitutivos.***

9.1 De conformidad con este criterio, los pliegos y la propuesta deben ser interpretados en función de las diferentes partes que los conforman, sin aislar o separar una de ellas del conjunto [...]”³⁵

Para la aplicación de esta regla, resulta relevante anotar que por virtud del postulado previsto en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, “en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”. Es decir que, una interpretación sistemática o coherente, exige el análisis de las demás leyes aplicables al

³⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Margarita Cabello Blanco. Bogotá, D.C., 22 de julio de 2015. Radicación n° 11001 31 03 039 2009 00161 01

³⁵ Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa Administrativa, Sección Tercera. C.P. Danilo Rojas Betancourth, Sentencia del 29 de agosto de 2012. Radicado No 250002326000199703808 01 (21077).

contrato de concesión, así como de sus modificaciones, adendas, e incluso de todos los actos que forman parte de la etapa precontractual, incluyendo, por ejemplo, la propuesta y los pliegos de condiciones según la voluntad de las partes. En ese sentido, el Consejo de Estado ha señalado que:

“Entonces, el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 preceptúa que en los contratos se entienden incorporadas las leyes vigentes al momento de su celebración o, lo que es lo mismo, que en principio y por regla general la normatividad sobreviniente no se integra ni rige a los contratos celebrados con anterioridad. Es en atención a lo anterior que la Ley 80 de 1993 – ley vigente para el momento de los hechos- estableció:

*‘ART. 78.—De los contratos, procedimientos y procesos en curso. Los contratos, los procedimientos de selección y los procesos judiciales en curso a la fecha en que entre a regir la presente ley, **continuaran sujetos a las normas vigentes en el momento de su celebración o iniciación**’.*

En este sentido, el Consejo de Estado, en sentencia de 30 de octubre de 2003 manifestó:

‘Además en la materia particular del caso debe tenerse en cuenta que la Ley 153 de 1887 establece que en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración salvo aquellas referidas al modo de reclamar los derechos contractuales y las penas en caso de infracción de las estipulaciones, pues ambas excepciones se rigen con arreglo a las leyes vigentes para ese momento; y que los actos y contratos celebrados en vigencia de la norma antigua podrán demostrarse con los medios probatorios que esa norma disponía pero aplicando la nueva ley respecto de la forma de rendirse la prueba (arts. 38 y 39).

En esa materia se han aplicado por regla general los mismos principios de irretroactividad y de aplicación inmediata de la ley y excepcionalmente la norma anterior, por disposición expresa, y casi siempre tratándose de actuaciones que estaban en curso para cuando entró a regir la nueva ley; así ocurren en todos los estatutos contractuales legales del Estado en Colombia.’

***En conclusión, la Sala ha sostenido que según lo previsto por el artículo 78 de la Ley 80 de 1993 concordante con el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, se debe aplicar la ley vigente al momento de la celebración del contrato estatal, dándose aplicación de esta manera al principio de irretroactividad, según el cual, las leyes rigen desde el momento de entrada en vigencia y por lo tanto prevalecen sobre las anteriores, es decir que son de aplicación inmediata excepto cuando se trate de términos que hubieren empezado a correr, actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, pues estas se rigen por la ley vigente al tiempo de su iniciación.**”³⁶ (destacado fuera de texto).*

Esta integralidad del contrato, con sus elementos esenciales, naturales y accidentales también ha sido reconocida por la Corte Suprema de Justicia en diversos pronunciamientos:

*“[...] base indicar que en el régimen de la responsabilidad negocial, imperan los principios de la **fides** y de **la utilitas**; el contenido de un negocio jurídico y, por tanto, de las obligaciones generadas, **es un todo homogéneo,***

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia del 28 de mayo de 2015. Rad.: 7600123310002004000558 01 (36.407).

unitario, complejo y compuesto por el conjunto de sus elementos esenciales (*esentialia negotia*), naturales (*naturalia negotia*) o accidentales (*accidentalialia negotia*) tal como dispone el artículo 1501 del Código Civil y a la luz de los artículos 1602 y 1603 esjudem y 871 del Código de Comercio, obliga a su cumplimiento de buena fe en todo cuanto le pertenece según su esencia, naturaleza, a lo expresamente pactado y a lo que le corresponde según la ley, la costumbre y la equidad[...]"³⁷ (destacado fuera de texto).

"[...] cumple advertir **que el contenido del negocio jurídico constituye un todo compacto, homogéneo** y está integrado con todo cuanto le pertenece por definición (*esentialia negotia*), ley, uso, costumbre o equidad (*naturalia negotia*), y lo expresamente convenido (*accidentalialia negotia*), incorporando per se las disposiciones legales consagradorias de sus efectos (artículos 864 y 871, Código de Comercio; 1501, 1602 y 1603, Código Civil)[...]"³⁸ (destacado fuera de texto).

Lo propio es igualmente confirmado por el Consejo de Estado, entidad que haciendo uso de la regla de interpretación sistemática o coherente del contrato estatal, propone incluso considerar los pliegos de condiciones y las propuestas para que sean todos estos instrumentos interpretados en conjunto y sin aislar sus cláusulas, con el propósito de obtener un resultado funcional. Al respecto, esa Corporación ha indicado que:

"8.3 Para efectos de determinar si la propuesta de los actores se sujetó a lo exigido en los pliegos de condiciones, corresponde adelantar un proceso de interpretación, en desarrollo del cual ha recordarse que la hermenéutica de los objetos jurídicos –ley, contrato, acto administrativo, sentencia, etc.– es un proceso que tiene como **propósito desentrañar el sentido de los textos respectivos** y que el primer instrumento que debe utilizarse para ello es la materia sobre la cual se exterioriza la voluntad de quien lo ha creado, es decir, el texto jurídico.

8.3.1 Diferentes fuentes de la tradición jurídica romana –*cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio*– y medieval –*in claris non fit interpretatio*–, incorporadas ampliamente dentro de nuestro ordenamiento jurídico –'Artículo 27.- Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.' 'Artículo 1618.- Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse más a ella que a lo literal de las palabras.'– guían al intérprete judicial en el sentido señalado, al poner de presente cuán importante es **lo literal para interpretar un objeto, como punto de partida del trabajo respectivo**. Si bien es cierto que el artículo 1618 establece que la intención de los contratantes prevalece sobre el sentido gramatical, también lo es que, de manera armónica con el artículo 1627 –"El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación..."–, **impone al intérprete tomar el texto como primer elemento, pues se entiende que la voluntad del autor reside en su declaración final**, salvo que se conozca

³⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M.P. William Namén Vargas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Exp. 11001-3103-039-2000-00310-01.

³⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M.P. William Namén Vargas. Sentencia de 2 de julio de 2010. Exp. 11001-3103-032-2001-00847-01.

claramente y que se acredite en el proceso judicial, que su intención era diferente a la que aparece en el texto.

“8.3.2 En ningún momento sugiere la Sala una posición literal o exégeta que agote el proceso hermenéutico en el texto –algo así constituiría claramente un error, pues el texto obedece a un contexto que habrá lugar a analizar para discernir el significado relevante para el derecho–, pero sí afirma **que el primer paso que se debe adelantar con el propósito de entender jurídicamente el pliego de condiciones y la propuesta de los oferentes, precisa de atención, detenimiento y cuidado en el sentido gramatical correspondiente, como reflejo de la intención final del autor del texto, pues en muchos casos este criterio será preponderante y suficiente.**[...]

“9 No obstante lo anterior, la Sala encuentra pertinente recordar que existe una regla de interpretación, consagrada en diferentes artículos de nuestro ordenamiento jurídico, denominada **interpretación sistemática o coherente**, la cual pone de presente la correlación entre las partes constitutivas de un discurso, como de cada manifestación del pensamiento, y su referencia común al todo del que hacen parte –‘incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere’–. La correlación y referencia posibilitan la iluminación recíproca del significado entre el todo y los elementos constitutivos.

9.1 De conformidad con este criterio, los pliegos y la propuesta deben ser interpretados en función de las diferentes partes que los conforman, sin aislar o separar una de ellas del conjunto [...]³⁹

Así, la integración normativa del contenido contractual comienza con las leyes vigentes al tiempo de la celebración del contrato como elementos naturales (*naturalia negotia*) por disposición legal. Sin embargo, tal como se sostuvo en el Laudo Arbitral emitido con ocasión del proceso promovido por *Este Es mi Bus S.A. contra Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. Transmilenio S.A.*,⁴⁰ existe la posibilidad de que las partes, en ejercicio de su libertad contractual modifiquen, sustituyan o excluyan elementos del contrato, las cuales también entrarán a formar parte integral del mismo en forma conjunta, armónica y sistemática:

“En línea de principio, las partes en ejercicio de su libertad contractual, podrán estipular en contrario y excluir, sustituir o modificar los elementos naturales del contrato, en singular respecto de ciertas normas jurídicas que se entienden incorporadas per ministerium legis, al contenido del contrato mediante una estipulación (accidentalía negotia), siempre que la misma ley no lo prohíba, excluya ni concierna a materias de ius cogens (orden público), esto es, no contraríen normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres u obedezca a abusos de poder dominante contractual, cláusula abusiva, abuso del derecho o aprovechamiento de la manifiesta condición de inferioridad,

³⁹ Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa Administrativa, Sección Tercera. C.P. Danilo Rojas Betancourth, Sentencia del 29 de agosto de 2012. Radicado No 250002326000199703808 01 (21077).

⁴⁰ Laudo Arbitral de *Este Es mi Bus S.A. contra Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. Transmilenio S.A.* 6 de julio de 2018. Página 124, 125 y 153.

*indefensión o debilidad de una parte*⁴¹. A tal efecto, las estipulaciones de los contratos ceñidas al ordenamiento jurídico prevalecen sobre normas legales dispositivas o supletivas (artículo 4º, C. de Co). En cambio, las normas imperativas no admiten posibilidad de modificación o exclusión.

La síntesis de las pruebas y de los documentos contractuales precedentes, permiten concluir que como se previó en el numeral 1.3 de los Pliegos de la Licitación Pública TM-DT-001-2006, el “marco legal” de la misma “y de los contratos” está conformado por el conjunto de las disposiciones jurídicas allí indicadas, con el sentido y alcance que las partes las acordaron en el Contrato de Concesión No. 001 de 2006, sus anexos y documentos integrantes. No, por efecto de la integración normativa, sino de lo pactado y en la forma estipulada.

[...]

*Por otra parte, en presencia de cambios, modificaciones, sustituciones o adiciones al contenido del contrato, han de examinarse en forma conjunta, armónica y sistemática para auscultar en sus estipulaciones, iniciales y ulteriores, la común intención de las partes. En esta dirección, la jurisprudencia ha dicho que los [a]cuerdos celebrados posteriormente al contrato original, amplían el entramado contractual básico o matriz, y la labor del interprete, en tal virtud, consistirá en auscultar el contenido íntegro del tejido contractual, integrado por la pluralidad de negocios o acuerdos celebrados por las partes, con el fin de esclarecer cuales de las estipulaciones inicialmente establecidas han sido modificadas o adicionadas y cuales no. **Expresado de otro modo, el hermeneuta deberá, in complexu, analizar la integridad de manifestaciones volitivas que, articuladas, conforman una red negocial, objeto de auscultación. De allí, que no puedan interpretarse tales agregaciones o adiciones como pactos insulares’, pues [c]uando un contrato es reformativo de otro, deben tenerse en cuenta, para fijar su inteligencia, las cláusulas de ambos y no tan solo las del segundo”** (destacado fuera de texto).⁴².*

C. INTERPRETACIÓN LÓGICA Y EL EFECTO ÚTIL DEL CONTRATO (ART. 1620 DEL C.C.)

La denominada regla de interpretación lógica o del efecto útil del contrato, encuentra origen en lo previsto por el artículo 1620 del Código Civil por virtud del cual “[e]l sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno.” Según lo explica la Corte Suprema de Justicia, lo expuesto en la precitada norma “significa que si la interpretación de una cláusula puede aparejar dos sentidos diversos, uno de los cuales le restaría –o cercenaría- efectos, o

⁴¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 8 de septiembre de 2011, Exp. 11001-3103-026-2000-04366-01: “[...] las libertades ciudadanas, dentro de éstas la contractual, a falta de prohibición expresa, clara e inequívoca del legislador, tienen vocación de libertad, las sanciones excepcionales, y todas las “disposiciones legales que establecen causas de nulidad en los actos y contratos son de interpretación estricta, según la regla de que las leyes odiosas han de entenderse dentro de sus términos precisos, sin que puedan aplicarse a casos no expresados en ellas” (cas. civ. de 13 de noviembre de 1923. G.J., tomo XXX, pág. 212)”.

⁴² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 12 de noviembre de 1897. Gaceta Judicial, año 13, pág. 117.

desnaturalizaría el negocio jurídico, dicha interpretación debe desestimarse, por no consultar los cánones que, de antiguo, estereotipan esta disciplina.”⁴³

Esta misma Corporación, haciendo uso de la amplia jurisprudencia dictada sobre la materia, ha reiterado lo siguiente en cuanto a la regla hermenéutica bajo estudio:

“[e]l sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno” (art. 1620 C.C.), privilegiándose la conservación del negocio jurídico, la utilidad respecto de la irrelevancia y la eficacia sobre la ineficacia del acto (effet utile, res magis valeat quam pereat).

*‘De esta forma, cuando la estipulación admite diversos significados **prevalece el sentido racional coherente con la función práctica o económica de los intereses dispositivos**, por lo común, dignos de tutela y reconocimiento normativo (art. 1620 C.C.) y la inherente a la regularidad del acto dispositivo respecto de su ineficacia o invalidez, in favorem validitatis pacti, y en „casos ambiguos, lo más conveniente es aceptar que la cosa de que se trata más bien sea válida que no que perezca’ [...] Por ende, frente a diversas interpretaciones prevalece la que **preserve la inteligencia más concorde con el acto, su relevancia y función** [...]’ (destacado fuera de texto).*

D. ACERCA DE LA REGLA “CONTRA PROFERENTEM” (ART. 1624 DEL C.C.)

Entre las reglas hermenéuticas estudiadas, es relevante destacar la regla subsidiaria contenida en el artículo 1624 del Código Civil por virtud de la cual, en caso de subsistir duda luego de aplicar las pautas contempladas en los artículos 1618 a 1623 del citado código, las estipulaciones ambiguas deberán ser interpretadas a favor del deudor (*favor debitoris o pro debitoris*), pero las extendidas por una parte, acreedora o deudora se interpretarán en su contra, siempre que la ambigüedad provenga de omitir la explicación debida (*interpretatio contra proferentem o stipularorem*). Sobre la regla *contra proferentem*, la Corte Suprema de Justicia ha indicado lo siguiente:

*“Otra regla más, resaltada a menudo por su aplicación a veces exagerada en materia de **contratos de adhesión**, es la que contiene el artículo 1624 del Código Civil, **regla meramente subsidiaria** que sólo debe aplicarse en la medida en que hayan fracasado los esfuerzos de interpretación realizados con base en las demás reglas contenidas en los artículos 1619 a 1623 del Código Civil. Establece el precepto que ‘no pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que ha debido darse por ella’.
[...]*

⁴³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Sentencia del 28 de febrero de 2005. Referencia: Exp. No. 7504

*Pero si el texto del contrato, aun el de seguro, no es claro, es necesario auscultar la intención común, para lo cual resulta de utilidad si las mismas partes han interpretado de consuno dicho texto, bien con ocasión de contratos similares anteriores o ya por la aplicación práctica que del contrato hayan hecho. **Si permanece la duda o la ambigüedad**, y sin perjuicio de la investigación de la intención común mediante los medios probatorios legalmente admisibles, las demás reglas de interpretación (que apuntan más a un plano objetivo, esto es, a la letra del contrato y no a la intención de las partes) se aplicarán en segundo lugar, **dejando para una última posibilidad, la norma del artículo 1624 del Código Civil, que además de criterio de hermenéutica, es la aplicación de tres principios: el de “favor debitoris” (inciso 1º) y los de “contra stipulatorem”(contra el predisponente) y el de no poder alegar la propia torpeza o culpa en beneficio propio (non auditur propriam allegans turpitudinem) (inciso 2º).**”⁴⁴ (destacado fuera de texto).*

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones en materia de interpretación de los contratos, el Tribunal procederá a estudiar el contenido preciso de las previsiones contractuales pactadas por las partes en cuanto al régimen tarifario, con el fin de resolver las controversias planteadas en la demanda.

2.5.1.1. El problema jurídico sobre la aplicación del régimen tarifario del contrato de concesión N° 1 de 2006

El problema jurídico principal que se plantea en esta controversia en relación con el régimen tarifario radica en la forma de calcular la Tarifa Técnica del sistema MIO por parte de Metro Cali, que a su vez incide en la fijación de la Tarifa al Usuario, por parte del Alcalde de Cali, y las consecuencias que el cálculo de la Tarifa Técnica tiene en la remuneración del concesionario.

El régimen tarifario del sistema MIO en general, y del contrato de concesión N° 1 de 2006 en particular, es sencillo en su planteamiento, pero complejo en su formulación, en su definición contractual y en su aplicación. Parte de la base de la determinación de la Tarifa Técnica por parte de Metro Cali (cláusulas 20.5 y 23), la cual debe ser suficiente para cubrir los costos de operación del sistema, bajo el principio de autosostenibilidad (cláusula 20.1). Con base en la Tarifa Técnica calculada por Metro Cali, el Alcalde de Cali define la Tarifa al Usuario.⁴⁵ Si la Tarifa al Usuario es inferior a la Tarifa Técnica, la

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M.P. Jorge Santos Ballesteros. Sentencia del 1 de agosto de 2002. Exp. 6907.

⁴⁵ La cláusula 22 del Contrato Concesión N.º 01 señala que “[s]egún lo previsto en las normas aplicables, corresponde a Alcalde Municipal de Santiago de Cali, establecer la Tarifa al Usuario, de conformidad con lo estipulado en el Convenio Interadministrativo de Utilización de Vías y Operación del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Cali entre la Secretaría de Tránsito y Transporte del Municipio de Santiago de Cali y Metro Cali S.A., y en el que o adicione o modifique.”

diferencia negativa debe ser cubierta por Metro Cali con recursos del Fondo de Contingencias (cláusulas 1.146 y 92).⁴⁶ Adicional a ello, es pertinente señalar que por virtud de la cláusula 10.7 del contrato de concesión, Metro Cali está obligada a “[t]ramitar diligentemente las apropiaciones presupuestales que se requieran para solventar las obligaciones económicas que surjan a su cargo en desarrollo del presente Contrato de Concesión, si a ello hubiere lugar”.

La controversia que se ha puesto en conocimiento y decisión de este Tribunal, en cuanto al régimen tarifario del contrato de concesión, gira en torno a la determinación de la Tarifa Técnica conforme a la cláusula 23 del contrato, principalmente respecto de uno de los elementos de la fórmula para su determinación y su actualización, cual es el de los “Egresos del Sistema para el período inmediatamente anterior al período de ajuste”, tal y como está descrito en la fórmula consagrada en la cláusula 23 del contrato.

Metro Cali ha considerado, desde el inicio del contrato, que este componente para calcular y actualizar anualmente la Tarifa Técnica es el monto de lo que se ha pagado efectivamente a los concesionarios y a los demás agentes del sistema conforme a los ingresos efectivamente recaudados con base en la Tarifa al Usuario en el año inmediatamente anterior. Esto es lo que, para Metro Cali, es el componente denominado “Egresos del Sistema para el periodo inmediatamente anterior al período de ajuste” como elemento de la fórmula para ajustar la Tarifa Técnica anualmente.

Para Git Masivo, por el contrario, el componente “Egresos del Sistema para el período inmediatamente anterior al período de ajuste” de la fórmula para ajustar la Tarifa Técnica anualmente, debe ser el valor de la remuneración pactada para el concesionario conforme a la cláusula 43 del contrato, consistente en el valor que resulte de multiplicar los kilómetros recorridos durante el año anterior, por la tarifa licitada por el concesionario, ajustada conforme lo establece la misma cláusula 23.

⁴⁶ La cláusula 1.146 del Contrato de Concesión N° 1 señala lo siguiente: “1.146. Riesgo de Variación de las Tarifas por Orden de la Autoridad Municipal Competente: Es la contingencia que consiste en el detrimento que en los ingresos del Sistema MIO, pueda causar una modificación en la tarifa al usuario por debajo de la tarifa técnica provocada por un acto de autoridad.”

Por su parte, la cláusula 92 del citado instrumento señala lo siguiente: “CLÁUSULA 92. RIESGO DEL CONTRATO NO ATRIBUIDO AL CONCESIONARIO. No se encontrará atribuido al CONCESIONARIO el riesgo de variación de las tarifas por orden orden de la autoridad municipal competente, que afecte la remuneración del CONCESIONARIO. Tampoco se encuentra atribuido al CONCESIONARIO el riesgo de implantación del Sistema MIO ni el riesgo de la infraestructura, los cuales le corresponden a Metro Cali S.A.”.

La diferencia en la forma de actualizar la Tarifa Técnica es fundamental, y arroja unos resultados muy distintos para el cálculo de la remuneración del concesionario en cada anualidad, principalmente por el efecto de la demanda en el recaudo efectivo de los ingresos del sistema con base en la Tarifa al Usuario.

En efecto, teniendo en cuenta que la demanda del sistema MIO ha sido sustancialmente inferior a la estimada desde la estructuración del modelo ⁴⁷, si se actualiza la Tarifa Técnica conforme lo interpreta Git Masivo, cada año la Tarifa Técnica arrojará una cifra superior a la que recaudará el sistema MIO con base en la Tarifa al Usuario, toda vez que el número de pasajeros es inferior al estimado, mientras que el número de kilómetros recorrido seguirá siendo el mismo, o podrá variar en aumento o disminución, de acuerdo con la programación de kilómetros que haga Metro Cali como ente gestor del sistema.

La diferencia radica en que los ingresos del sistema se originan en el número de pasajeros multiplicado por la Tarifa al Usuario, mientras que la remuneración del concesionario no depende de ninguna de estas dos variables (número de pasajeros y Tarifa al Usuario), sino que se calcula con base en el número de kilómetros recorridos multiplicado por la Tarifa Licitada, debidamente ajustada, como lo indica la cláusula 23 del contrato.

⁴⁷ De acuerdo con las conclusiones del estudio de Cal y Mayor “[...] en junio de 2010, cuando se dio inicio a la etapa de operación regular para la Fase I, la demanda registrada en el MIO era de tan solo 215.000 viajes/día, **es decir, el 57% de la demanda prevista para la implantación de la Fase I de operación (375.000 viajes/día), resaltando que a esa fecha no se habían cumplido en su totalidad los compromisos de infraestructura establecidos por Metro Cali S.A. para la fase I. Esa diferencia tan marcada y significativa entre la demanda prevista y la demanda realmente captada por el MIO persiste hasta la fecha, movilizándose a diciembre de 2015 en promedio entre 495.000 y 505.000 pasajeros diarios, lo cual representa apenas el 52% de la demanda proyectada para el 100% de la flota de referencia y los kilómetros comerciales previstos por el Ente Gestor para la Fase II.**” (destacado fuera de texto). Cfr. Cuaderno N.º 15.9. Folio 74. Por su parte, el estudio de Steer Davies Gleave, “7. A pesar de las modificaciones hechas al sistema de rutas y a la expansión del mismo, **la flota del MIO sigue por debajo de lo esperado (en un 80% de lo definido para fase 2) y con las mismas tipologías vehiculares definidas inicialmente.** [...]” (destacado fuera de texto). Cfr. Cuaderno 8.8. Folios 2292-2293. Por su parte, el informe de la firma Strategas presenta un cálculo proyectado entre la tarifa técnica contra la tarifa al usuario, para lo cual concluyó que “[b]ajo el escenario de la demanda planteada se observa que **la Tarifa Técnica no logra alcanzar la Tarifa al usuario aplicada hoy en día, generado un déficit en los Ingresos del Concesionario para todo el periodo de análisis. De las proyecciones se observa también, que en el 2018 se espera que con la implementación del Sistema, es decir con el retiro de los vehículos del TPC(transporte público tradicional) que a la fecha aún no se ha completado, según lo expuesto en el peritaje técnico aportado por Cal y Mayor, el delta entre Tarifa Usuario y Tarifa Técnica se reduce de manera importante**” (destacado fuera de texto). Cfr. Cuaderno N.º 15.8. Folio 45.

Como Metro Cali ha ajustado siempre la Tarifa Técnica teniendo en cuenta las variables que determinan los ingresos del sistema (número de pasajeros y Tarifa al Usuario), y no con las variables que determinan la remuneración del concesionario conforme al contrato (número de kilómetros recorridos y la Tarifa Licitada), entonces la demanda de pasajeros inferior a la esperada necesariamente marca una diferencia deficitaria, que cada año es mayor, entre la Tarifa Técnica y la remuneración del concesionario pactada conforme al contrato.

Esto se refleja, a su vez, en las dos fórmulas (A y B) para determinar la remuneración del concesionario, previstas en la cláusula 43. Mientras que la fórmula A claramente parte del cálculo de los ingresos máximos del concesionario de acuerdo con su Tarifa Licitada, la fórmula B hace depender la remuneración del concesionario de un factor descrito como *“Ingresos del Sistema MIO generados por los viajes efectivamente realizados y que constituyen pago de la tarifa de transporte en el período i”*.

Para Metro Cali, estos ingresos generados por los viajes efectivamente realizados y que constituyen pago, son los ingresos del sistema determinados, a su vez, por lo efectivamente recaudado en la operación, que a su turno se origina en dos variables (número de pasajeros y Tarifa al Usuario) muy diferentes a las que se aplican para calcular la remuneración del concesionario (número de kilómetros recorridos y la Tarifa Licitada).

Para Git Masivo, la Tarifa Técnica debe ajustarse teniendo en cuenta la Tarifa Licitada multiplicada por los kilómetros recorridos en el año inmediatamente anterior, por cuanto ese es el verdadero significado de la expresión *“Egresos del Sistema para el periodo inmediatamente anterior al periodo de ajuste”* consignado en la cláusula 23. De este modo, entonces, la Tarifa Técnica debe ajustarse anualmente con base en estas variables, y no con base en el número de pasajeros movilizados en el año anterior multiplicado por la Tarifa al Usuario (que es lo que genera los “ingresos del sistema”). Así, la Tarifa Técnica reconocería los costos reales de operación del sistema y se mantendría actualizada para garantizar el principio de autosostenibilidad. De este modo, cuando Metro Cali informara al Alcalde el valor de la Tarifa Técnica ajustada cada año en el mes de febrero, éste debería fijar la Tarifa al Usuario teniendo en cuenta este ajuste. Y si decidía fijar una Tarifa al Usuario inferior a la Tarifa Técnica, entonces la diferencia negativa debería ser asumida por el municipio, a través del Fondo de Contingencias, pero no tendría por qué afectar la remuneración del concesionario (cláusulas 1.146 y 92).

De acuerdo con lo que sostiene Git Masivo, como Metro Cali ajusta en forma incorrecta la Tarifa Técnica, esta arrastra un déficit constante y siempre resulta inferior a los costos de operación del sistema, pues la actualización no tiene en cuenta los kilómetros recorridos y la Tarifa Licitada, sino el número de pasajeros y la Tarifa al Usuario. Como el ajuste a la Tarifa Técnica es inferior, entonces el Alcalde no se ve enfrentado a la disyuntiva de fijar una Tarifa al Usuario menor a la Tarifa Técnica, ya que ésta ya contiene el déficit que origina la baja demanda del sistema, déficit que finalmente se traslada a los concesionarios, y no al sistema.

Por lo tanto, lo que tiene que decidir el Tribunal en este punto de la controversia, es si la interpretación del contrato en cuanto a la determinación y la actualización anual de la Tarifa Técnica, conforme a la cláusula 23, es la que ha aplicado Metro Cali, o si, por el contrario, la interpretación correcta de cómo se debe hacer el cálculo de la Tarifa Técnica es la que sostiene Git Masivo en la demanda reformada.

Esta interpretación de cómo se debe calcular y actualizar la Tarifa Técnica, a su vez, tiene una consecuencia en el cálculo de la remuneración debida a Git Masivo, al aplicar la fórmula, A o B, establecida en la cláusula 43 del contrato.

Otro aspecto que debe decidir el Tribunal es si el efecto económico de la forma en que se debe interpretar la fórmula de calcular y ajustar la Tarifa Técnica debe aplicarse a toda la vida del contrato, desde su inicio, o solamente desde la firma del otrosí N° 6 al contrato, dadas las consecuencias de transacción pactadas en dicho otrosí, lo cual se hará depender, también, de lo decidido en este laudo acerca de las pretensiones de resolución de ese otrosí, con fundamento en su alegado incumplimiento por parte de Metro Cali.

Para adoptar estas decisiones, el Tribunal hará una descripción del régimen tarifario del contrato de concesión N° 1 de 2006, se referirá a las cláusulas que lo integran y aplicará las reglas de interpretación de los contratos con el fin de dilucidar la solución correcta, ajustada a derecho, de la controversia planteada.

2.5.1.2. ACERCA DEL RÉGIMEN TARIFARIO EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN

El análisis que emprenderá el Tribunal estará sujeto a las reglas de interpretación de los contratos contenidas en el derecho privado atrás descritas. Desde ya, el Tribunal debe advertir que la interpretación correcta del contrato de concesión N° 1 de 2006, y en particular de su cláusula 23, será aquella por cuya virtud se aseguren los fines pactados por las partes y se garanticen los fines superiores previstos en la legislación aplicable al

contrato de concesión. En concreto, el Tribunal deberá evaluar y adoptar aquella interpretación que, ajustada al contrato, asegure la funcionalidad del SITM-MIO, su puesta marcha y operación en forma ajena a todo esquema deficitario y que por esa vía garantice la efectividad del principio de la autosostenibilidad del sistema.

2.5.1.3. LA INTENCIÓN DE LAS PARTES DEL CONTRATO DE CONCESIÓN N.º 1

Con el fin de desentrañar la intención de las partes al suscribir el contrato de concesión N.º 01, con base en la regla contenida en el artículo 1618 del Código Civil atrás definida, el Tribunal comenzará por analizar el tenor literal de las cláusulas del contrato que componen el régimen tarifario, pues en aplicación de esta regla es menester comprender primero la literalidad de las palabras contenidas en el pacto escrito.

El 15 de diciembre de 2006 se suscribió el contrato de concesión N.º 1 “*para la prestación del servicio público de transporte masivo de pasajeros dentro del sistema integrado de transporte masivo de Santiago de Cali, Sistema Mío*”, entre Metro Cali, como concedente y Git Masivo como concesionario. Los numerales 1.166 y 1.167 de la parte considerativa de dicho contrato, definen la tarifa técnica y la tarifa al usuario en los siguientes términos:

*“1.166 **Tarifa técnica de operación:** Corresponde a una tarifa de equilibrio técnicamente estructurada que refleja los costos de la implementación, puesta en marcha, operación, mantenimiento y escalabilidad del Sistema MIO, representados por los pagos a todos los agentes que hacen parte de éste. Es el resultado aritmético de dividir la sumatoria de los egresos representados por la remuneración a los agentes del Sistema MIO entre el total de viajes que constituyen pago, en un periodo de tiempo determinado.*

*1.167 **Tarifa al usuario:** Es el costo del pasaje para la utilización del servicio de transporte del Sistema MIO, que se cobra a los pasajeros del Sistema”.*

A su vez, respecto de la tarifa técnica y la tarifa al usuario, la cláusula 20 del contrato de concesión señala lo siguiente:

“CLÁUSULA 20 PRINCIPIOS BÁSICOS DEL MARCO ECONÓMICO DEL CONTRATO. *El marco económico del presente Contrato de Concesión, la interpretación de las cláusulas que lo regulan, y el ejercicio de las facultades, obligaciones y derechos que se confieren a cada una de las partes, se orientarán al cumplimiento de los siguientes principios:*

[...]

20.4. Costeabilidad de la Tarifa al Usuario: *Con sujeción a la aplicación previa de los demás principios, la Tarifa al Usuario deberá considerar la capacidad de pago de éstos, y ser competitivas con otros sistemas de transporte público de pasajeros en el área de influencia que se encuentren operando durante la vigencia del Contrato.*

20.5. Tarifa técnica: *Corresponde a una **tarifa de equilibrio, técnicamente estructurada, que refleja los costos de la implementación, puesta en***

marcha, operación, mantenimiento y escalabilidad del Sistema MIO, representados por los pagos a todos los agentes que hacen parte de éste. Es el resultado aritmético de dividir la sumatoria de los egresos representados por la remuneración a los agentes del Sistema MIO entre el total de viajes que constituyen pago, en un periodo de tiempo determinado.” (destacado fuera de texto).

Por su parte, la cláusula 22 del contrato regula la competencia para la determinación de la tarifa al usuario en los siguientes términos:

“Según lo previsto en las normas aplicables, **corresponde a Alcalde Municipal de Santiago de Cali, establecer la Tarifa al Usuario**, de conformidad con lo estipulado en el Convenio Interadministrativo de Utilización de Vías y Operación del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Cali entre la Secretaría de Tránsito y Transporte del Municipio de Santiago de Cali y Metro Cali, y en el que o adicione o modifique.” (destacado fuera de texto).

De acuerdo con las previsiones contractuales, la tarifa al usuario debe ajustarse en febrero de cada año a partir del cálculo de los egresos del sistema. Para esos efectos la cláusula 23 del contrato señala que:

“El ajuste de la Tarifa al Usuario cada año **se realizará en febrero de cada año**, a partir del cálculo de los **Egresos Básicos del Sistema** y los viajes que constituyeron pago en el año inmediatamente anterior, de acuerdo con la siguiente formulación

$$TP_i = \text{MultripoSuperior}(TT_i) [\dots]”$$
 (destacado fuera de texto).

Dicho lo anterior, es preciso definir el alcance de la expresión “Egresos Básicos del Sistema” según el contenido del contrato de concesión. Para esos efectos, la cláusula 26 señala lo siguiente:

“26.3 **Los egresos básicos del Sistema están determinados por los diferentes usos y destinos que tendrán los ingresos del Sistema de conformidad con la participación de los agentes que constituyen el Sistema MIO y a los agentes titulares de los Sistemas Externos (Transporte Complementario)** legalmente reconocidos por Metro Cali S.A. y que se integren tarifariamente al Sistema MIO. Los usos a los cuales se destinarán estos ingresos son:
La Participación Económica de los titulares de las Concesiones de Operación de Transporte.

La Participación Económica de la Concesión del SIUR.

La participación Económica de Metro Cali S.A.

La Participación Económica del Concesionario de Construcción de Patios y Talleres.

La Participación Económica de Sistemas Externos o Transportes Complementarios.

La Participación Económica para el Fondo de Reconversión Empresarial, Social y Ambiental (FRESA) y el Mantenimiento de la

Infraestructura del Sistema (Fondo de Mantenimiento y Expansión del Sistema FMES)

26.4 La determinación de los Egresos Básicos del Sistema, se calculará de acuerdo con la siguiente formulación:

$$ESi = (PartConc1,i + PartConc2,i + PartConc3,i + PartConc4,i + PartConc5,i + PartSIURi + PartSIURi + PartPati + PartMetroi + PartFRESA-FMESi + PartComi)$$

Donde:

ESi Egresos del Sistema MIO en el periodo *i*

PartConc1,i: Participación del Titular de la Concesión 1 en el Sistema MIO en el periodo *i*.

PartConc2,i: Participación del Titular de la Concesión 2 en el Sistema MIO en el periodo *i*.

PartConc3,i: Participación del Titular de la Concesión 3 en el Sistema MIO en el periodo *i*.

PartConc4,i: Participación del Titular de la Concesión 4 en el Sistema MIO en el periodo *i*.

PartConc5,i: Participación del Titular de la Concesión 5 en el Sistema MIO en el periodo *i*.

PartSIURi: Participación económica de la Concesión del SIUR en el periodo

PartPati: Participación Económica de la Concesión de Construcción de Patios y Talleres en el periodo *i*,

PartMetroi: Participación Económica de Metro Cali S.A en el periodo *i*.

PartFRESA-FMESi: Participación Económica del FRESA-FMES

PartComi: Participación Económica los Transportadores Complementarios [...]” (destacado fuera de texto).

Ahora bien, con relación a la remuneración del Concesionario, las cláusulas 42 y 43 del contrato de concesión, definen la forma en la que el concesionario recibiría ingresos u obtendría una “participación” con ocasión del desarrollo de operaciones de transporte en el SITM-MIO. Al respecto, la cláusula 42 señala lo siguiente:

*“Como remuneración por las obligaciones que impone el presente Contrato de Concesión al CONCESIONARIO, se le otorgará el derecho a una participación en los ingresos generados por la operación de transporte en el Sistema MIO, lo cual se instrumentará mediante el pago periódico de un valor que para los efectos del presente Contrato se denominará **“participación”**, el que se ha establecido conforme a las condiciones previstas en el Pliego de Condiciones y en el presente Contrato de Concesión, y que le será pagado con cargo y hasta concurrencia **de los recursos producidos por los viajes que constituyen pago del Sistema MIO**, y en concurrencia con las otras concesiones de Operación de Transporte, Concesión del Sistema de Unificado de Respuesta del Sistema MIO, Concesión de Construcción de Patios y Talleres, Metro Cali S.A., el Fondo de Reconversión Empresarial Social y Ambiental y el Fondo de Mantenimiento y Expansión del Sistema de acuerdo con lo establecido en el Contrato de Fiducia.”* (destacado fuera de texto).

Por su parte, la cláusula 43 del contrato de concesión dispone que:

“EI CONCESIONARIO obtendrá a título de participación en los beneficios económicos derivados de la operación de transporte en el Sistema MIO, durante el término de vigencia del presente Contrato, un valor que estará determinado en función de los kilómetros recorridos, de acuerdo con los tipos de autobuses que componen su flota, y de acuerdo con las órdenes de servicio de operación impartidas por Metro Cali S.A. y efectivamente ejecutadas por cada uno de los autobuses que se encuentren vinculados a la operación del Sistema, sujeto al nivel de ingresos generados por los viajes que constituyen pago.

Los ingresos para cada uno de los Concesionarios de transporte del Sistema, por cada tipo de Autobús, corresponderán a la tarifa licitada por kilómetro multiplicada por los respectivos kilómetros recorridos. Siendo el ingreso total del CONCESIONARIO, la sumatoria de los ingresos percibidos por los recorridos de todos los autobuses de su flota en operación.

El valor máximo del ingreso total del CONCESIONARIO será el menor valor entre las expresiones A y B:

$$A: IO_{max,j,i} = FNS * (PartArt_{j,i} + PaftPadrón_{j,i} + PartCompl_{j,i})$$

$$B = IO_{max,j,i} = (70\% * IS_i * FR_{j,i})$$

Donde,

$IO_{max,j,i}$ = Ingresos Operacionales Máximos del Concesionario j en el Periodo i

FNS Factor de Nivel de Servicio

Nivel de Servicio Factor de Pago

Nivel de Servicio	Factor de Pago
A	100%
B	98%
C	95%
D	90%
E	75%

$PartArt_{j,i}$ Ingresos del CONCESIONARIO j en el Periodo i, por los recorridos del Autobús Articulado en la prestación del servicio

$PaftPadrón_{j,i}$ Ingresos del CONCESIONARIO j en el Periodo i, por los recorridos del Autobús Padrón en la prestación del servicio

$PartCompl_{j,i}$ Ingresos del CONCESIONARIO j en el Periodo i, por los recorridos por el Autobús Complementario en la prestación del servicio

IS_i Ingresos del Sistema MIO generados por los viajes efectivamente realizados y que constituyen pago de la tarifa de transporte en el período i

$FR_{j,i}$ Factor de participación del CONCESIONARIO de transporte j en el Periodo j como porcentaje del Total de la flota del Sistema MIO en el periodo i [...] (destacado fuera de texto).

El Tribunal pudo comprobar que, mediante comunicación No. DT-E419-2006 del 4 de agosto de 2006, Metro Cali respondió las preguntas formuladas por el entonces proponente Blanco y Negro Masivo S.A., en la que es particularmente relevante destacar lo señalado en cuanto a la forma en que se deben calcular los “Egresos del Sistema”. En

esa oportunidad, Metro Cali sostuvo que “[e]s cierto que la fórmula debería utilizar los valores del periodo [i]nmediatamente anterior, para lo cual se expedirá un adendo en ese sentido. **Frente al tema de la forma en que calcularan (sic) los Egresos del Sistema, parece, así mismo, pertinente, modificarla de tal manera que [se] calcule con base en la tarifa licitada ajustada y no en función de los valores pagados a los concesionarios.** Por lo tanto, se procederá a expedir un Adenda en ese sentido”⁴⁸ (destacado fuera de texto). Es decir que, desde la etapa precontractual, se podía comprobar que la intención de las partes consistía en calcular los egresos del sistema en función de una “tarifa licitada ajustada” y no con base en las sumas efectivamente pagadas a los concesionarios en el período inmediatamente anterior.

Para corroborar esto, Metro Cali expidió la adenda N.º 4 de la Licitación Pública por virtud del cual se modificaron las cláusulas 23 y 43 del contrato de concesión. Estas modificaciones tuvieron importantes cambios en cuanto a la forma que se calcularían los ingresos del SITM-MIO a partir de los kilómetros recorridos en el periodo anual correspondiente.

Para esos efectos, la modificación a la cláusula 23 señaló lo siguiente:

“CLÁUSULA 23. TARIFA AL USUARIO. *El ajuste de la Tarifa al Usuario cada año se realizará en febrero de cada año, a partir del cálculo de los Egresos Básicos del Sistema y los viajes que constituyeron pago en el año inmediatamente anterior, de acuerdo con la siguiente formulación*
 $TP_i = \text{MultripoSuperior}(TT_i)$ [...]

Las tarifas licitadas por los Concesionarios de Transporte serán ajustadas por periodos anuales, el primero de febrero de cada año, de acuerdo con el incremento de una canasta básica de costos de operación del Sistema. Anualmente se calculará una Tarifa por Kilómetro de cada tipología de autobuses, que servirá como base para el pago de los kilómetros recorridos por los Concesionarios en el periodo anual correspondiente. La tarifa inicial, que deberá presentarse en pesos enero de 2007 se actualizará únicamente con base en la información oficial y el mecanismo descrito en los Contratos de Concesión. [...]⁴⁹ (destacado fuera de texto).

Por su parte, la modificación a la cláusula 43⁵⁰ señaló lo siguiente:

“El CONCESIONARIO obtendrá a título de participación en los beneficios económicos derivados de la operación de transporte en el Sistema MIO, durante el término de vigencia del presente Contrato, un valor que estará determinado en función de los kilómetros recorridos, de acuerdo con los tipos de autobuses que componen su flota, y de acuerdo con las ordenes (sic) de servicio de operación impartidas por Metro Cali S.A. y efectivamente

⁴⁸ Cuaderno 8.5. Folios 1348 – 1354.

⁴⁹ Cuaderno 8.1. Folio 135.

⁵⁰ Cuaderno 8.1. Folio 146.

ejecutadas por cada uno de los autobuses que se encuentren vinculados a la operación del Sistema, sujeto al nivel de ingresos generados por los viajes que constituyen pago.

Los ingresos para cada uno de los Concesionario del Transporte del Sistema, por cada tipo de Autobús, **corresponderán a la tarifa licitada por kilómetro multiplicada por los respectivos kilómetros recorridos**. Siendo el ingreso total de CONCESIONARIO, la sumatoria de los ingresos percibidos por los recorridos de todos los autobuses de su flota de operación.

El valor máximo del ingreso total del **CONCESIONARIO será el menor valor entre las expresiones A y B:**

$$A: IO_{max,j,i} = FNS * (PartArt_{j,i} + PaftPadrón_{j,i} + PartComp_{j,i})$$

$$B = IO_{max,j,i} = (70\% * IS_i * FR_{j,i})$$

Donde,

$IO_{max,j,i}$ = Ingresos Operacionales Máximos del Concesionario j en el Periodo i

FNS Factor de Nivel de Servicio

Nivel de Servicio Factor de Pago

Nivel de Servicio	Factor de Pago
A	100%
B	98%
C	95%
D	90%
E	75%

$PartArt_{j,i}$ Ingresos del CONCESIONARIO j en el Periodo i, por los recorridos del Autobús Articulado en la prestación del servicio

$PaftPadrón_{j,i}$ Ingresos del CONCESIONARIO j en el Periodo i, por los recorridos del Autobús Padrón en la prestación del servicio

$PartComp_{j,i}$ Ingresos del CONCESIONARIO j en el Periodo i, por los recorridos por el Autobús Complementario en la prestación del servicio

IS_i Ingresos del Sistema MIO generados por los viajes efectivamente realizados y que constituyen pago de la tarifa de transporte en el período i

$FR_{j,i}$ Factor de participación del CONCESIONARIO de transporte j en el Periodo j como porcentaje del Total de la flota del Sistema MIO en el periodo i [...]" (destacado fuera de texto).

Dicho lo anterior, es claro que existían dos fórmulas posibles para determinar la remuneración del concesionario y que las partes acordaron que esta remuneración resultaría del menor valor arrojado entre la fórmula "A" y la fórmula "B". La "Fórmula A", se reitera, calculaba los ingresos del concesionario con base en los kilómetros recorridos según la tipología de cada autobús. Por su parte, la "Fórmula B" tomaba en cuenta el 70% del recaudo del sistema multiplicado por los viajes efectivamente realizados y según la participación del concesionario en un periodo determinado como porcentaje total de la flota del sistema.

Aparte de las cláusulas 23, 26 y 43, atrás referidas, del contrato de concesión y la adenda No. 4, existen otras fuentes del contrato que dan cuenta de la intención de las partes para que se calcule la remuneración del concesionario con base en una “*tarifa licitada*”. En verdad, la cláusula 69 del contrato de concesión también señala que las operaciones adelantadas a través de los autobuses articulados, padrón y complementarios serán remuneradas de acuerdo con la tarifa licitada y los mecanismos de actualización previstos en el Pliego de Condiciones:

“CLÁUSULA 69

GENERALIDADES SOBRE OPERACIÓN

69.1. Operación con Autobús Articulado: *Se refiere a la actividad de transporte de pasajeros que deberá desarrollar el CONCESIONARIO en las Rutas Troncales y dentro de los corredores Troncales del Sistema MIO, la cual será remunerada de acuerdo con la tarifa licitada y sus mecanismos de actualización previstos en el Pliego de Condiciones y en el presente contrato de concesión, independientemente del corredor que utilice para la prestación del servicio de transporte.*

69.2. Operación con Autobús Padrón: *Se refiere a la actividad de transporte de pasajeros que deberá desarrollar el CONCESIONARIO en las Rutas Auxiliares o Alimentadoras y dentro de los corredores del Sistema MIO, la cual será remunerada de acuerdo con la tarifa licitada y sus mecanismos de actualización previstos en el Pliego de Condiciones y en el presente Contrato de Concesión, independientemente del corredor que utilice para la prestación del servicio de transporte.*

69.3. Operación con Autobús Complementario: *Se refiere a la actividad de transporte de pasajeros que deberá desarrollar el CONCESIONARIO en las Rutas Alimentadoras y dentro de los corredores del Sistema MIO, la cual será remunerada de acuerdo con la tarifa licitada y sus mecanismos de actualización previstos en el Pliego de Condiciones y en el presente Contrato de Concesión, independientemente del corredor que utilice para la prestación del servicio de transporte.” (destacado fuera de texto).*

Del mismo modo, las definiciones previstas en el prefacio, numeral 1 del contrato de concesión respecto del autobús articulado, padrón y complementario traen consigo la referencia a que su operación será remunerada de acuerdo con la “*tarifa licitada*” y los mecanismos de actualización previstos en el pliego de condiciones, en los siguientes términos:

“1.106 Operación con Autobús Articulado: *Se refiere a la actividad mediante la cual se pone a disposición del Sistema MIO, el Autobús Articulado para realizar la operación troncal, la cual será remunerada de acuerdo con la tarifa licitada y sus mecanismos de actualización previstos en el Pliego de Condiciones y en el presente Contrato de Concesión, independientemente del corredor que utilice para la prestación del servicio de transporte.*

1.107 Operación con Autobús Complementario: *Se refiere a la actividad mediante la cual se pone a disposición del Sistema MIO, el Autobús Complementario para realizar la operación auxiliar o alimentadora, la cual*

será remunerada de acuerdo con la tarifa licitada y sus mecanismos de actualización previstos en el Pliego de Condiciones y en el presente Contrato de Concesión, independientemente del corredor que utilice para la prestación del servicio de transporte.

1.108 Operación con Autobús Padrón: Se refiere a la actividad mediante la cual se pone a disposición del Sistema MIO, el Autobús Padrón para realizar la operación troncal, auxiliar o alimentadora, **la cual será remunerada de acuerdo con la tarifa licitada y sus mecanismos de actualización previstos en el Pliego de Condiciones y en el presente Contrato de Concesión, independientemente del corredor que utilice para la prestación del servicio de transporte**” (destacado fuera de texto).

Por otra parte, el otrosí No. 6 del contrato de concesión, al modificar la cláusula 43⁵¹, vuelve a incluir la necesidad de que los derechos de participación del concesionario sean calculados en función de una “*Tarifa por Kilómetro de tipología Articulado licitada por el CONCESIONARIO actualizada para el Periodo i*”, lo cual también se aplica para los autobuses tipo padrón y complementarios, según se expone a continuación:

“CLÁUSULA 43. VALOR DE LOS DERECHOS DE PARTICIPACION DEL CONCESIONARIO. El CONCESIONARIO obtendrá a título de participación en los beneficios económicos derivados de la operación de transporte en el Sistema MIO, durante el término de vigencia del presente Contrato de Concesión, un valor que estará determinado en función de los kilómetros recorridos, de acuerdo con los tipos de autobuses que componen su Flota, y de acuerdo con las órdenes de servicio de operación impartidas por Metro Cali S.A. y efectivamente ejecutadas por cada uno de los autobuses que se encuentren vinculados a la operación del Sistema MIO, sujeto al nivel de ingresos generados por los viajes que constituyen pago.

El ingreso total del CONCESIONARIO j en el periodo i será el menor valor entre las expresiones $A_{j,i}$ y $B_{j,i}$:

$$A_{j,i} = ICD_{j,i} * (KmArt_{j,i} * TarArt_{j,i} + KmPad_{j,i} * TarPad_{j,i} + KmCom_{j,i} * TarCom_{j,i})$$

$$B_{j,i} = 0,7 * IS_i * (A_{j,i} / (\sum=1)^N A_{j,i})$$

Donde,

$A_{j,i}$	Ingreso Máximo Posible para el CONCESIONARIO j en el periodo i.
$B_{j,i}$	Pago Máximo Posible para el CONCESIONARIO j en el periodo i.
N	Cantidad de CONCESIONARIOS operadores de transporte del SITM MIO.
$ICD_{j,i}$	Índice de Calidad de Desempeño del CONCESIONARIO j en el Periodo i.
$KmArt_{j,i}$	Kilómetros de tipología Articulado reconocidos al CONCESIONARIO j en el Periodo i.
$KmPad_{j,i}$	Kilómetros de tipología Padrón reconocidos al CONCESIONARIO j en el Periodo i
$KmCom_{j,i}$	Kilómetros de tipología Complementario reconocidos al CONCESIONARIO j en el Periodo i.
$TarArt_{j,i}$	Tarifa por Kilómetro de tipología Articulado licitada por el CONCESIONARIO j actualizada para el Periodo i.

⁵¹ Cuaderno 1.2. Folios 207-208.

<i>TarPad_{j,i}</i>	Tarifa por Kilómetro de tipología Padrón licitada por el CONCESIONARIO <i>j</i> actualizada para el Periodo <i>i</i> .
<i>TarCom_{_j,i}</i>	Tarifa por Kilómetro de tipología Complementario licitada por el CONCESIONARIO <i>j</i> actualizada para el Periodo <i>i</i> .
<i>IS_i</i>	Ingresos del Sistema MIO generados por los viajes efectivamente realizados y que constituyen pago de la tarifa de transporte en el período <i>i</i> . [...]” (destacado fuera de texto).

De acuerdo con el artículo 823 del Código de Comercio, a los términos “técnicos” o “usuales” contenidos en un contrato se les debe dar, en primer lugar, el sentido jurídico que tenga la expresión; a falta de éste, se debe acudir al significado técnico que le dé la ciencia o el arte a que pertenezca; y, finalmente, en defecto de un significado técnico, se le debe dar el significado conforme al sentido natural y obvio de las palabras. Pues bien, en cuanto a las nociones de “*Tarifa Licitada*” y “*Egresos Básicos del Sistema*”, es preciso resaltar que ambos conceptos están ampliamente definidos por las partes, particularmente, según consta en las cláusulas 23, 26, 43 y 69 del contrato de concesión, la adenda N.º 4, los numerales 1.106, 1.107, 1.108 del prefacio del contrato y el otrosí No. 6 del mismo instrumento.

Así, resulta claro para el Tribunal que las nociones de “*Tarifa Licitada*” y “*Egresos Básicos del Sistema*” deben ser consideradas como términos “técnicos”. Es así como las expresiones bajo estudio deberán incluirse dentro del análisis que incumbe a la participación económica de los agentes del sistema y por ende a la remuneración de Git Masivo en el contrato de concesión bajo estudio, por tratarse de un sentido literal que forma parte del contenido de la regla consagrada en el artículo 1618 del Código Civil.

Lo anterior, sin perjuicio de que el Tribunal, en aplicación de esta misma regla, otorgue desde ya plena validez a la intención de las partes contenida en la respuesta otorgada por Metro Cali al proponente Blanco y Negro S.A. en la etapa precontractual y por virtud de la cual, como ya se dijo, se acordó calcular los egresos del sistema con base en una tarifa licitada ajustada y no con relación a la remuneración pactada en favor de los concesionarios.

En efecto, la respuesta dada por Metro Cali en la comunicación No. DT-E419-2006 del 4 de agosto de 2006, a las preguntas formuladas por el entonces proponente Blanco y Negro Masivo S.A., en el sentido de que la forma en que se deben calcular los “Egresos del Sistema” “(...) debería utilizar los valores del periodo [i]nmediatamente anterior, para lo cual se expedirá un adenda en ese sentido” que **“frente al tema de la forma en que calcularan (sic) los Egresos del Sistema, parece, así mismo, pertinente, modificarla de tal manera que [se] calcule con base en la tarifa licitada ajustada y no en función de los valores pagados a los concesionarios. Por lo tanto, se procederá a expedir un**

*Adenda en ese sentido*⁵² (destacado fuera de texto), constituye, a juicio del Tribunal, una expresión inequívoca de parte de Metro Cali, en la cual manifiesta positivamente su voluntad contractual de que los egresos del sistema, para los efectos de la actualización de la tarifa técnica, deben calcularse en función de una “*tarifa licitada ajustada*” y no con base en las sumas efectivamente pagadas a los concesionarios en el período inmediatamente anterior.

Con esta manifestación, que tiene poder vinculante para Metro Cali por haberse hecho en la etapa precontractual de la licitación que originó el contrato de concesión N° 1 de 2006, para el Tribunal resulta evidente que la intención y la voluntad del ente gestor, en el contexto de dicho contrato, es que el cálculo de la tarifa técnica debía tener en cuenta la tarifa por kilómetro licitada y ajustada por el número de kilómetros recorridos, de acuerdo con las reglas del contrato de concesión. La misma debía ser calculada por Metro Cali y ser informada a la Alcaldía de Santiago de Cali con el fin de que el ente territorial fijara, a su turno, la tarifa al usuario según se ha anotado con anterioridad.

Y tiene sentido esta interpretación, puesto que, al utilizarse la tarifa licitada como criterio para el cálculo de los egresos del sistema, se está viendo reflejado en ese cálculo, el verdadero costo de operación del concesionario, en la medida en que esa tarifa licitada tuvo que haber sido calculada para cubrir el costo que implicaba prestar el servicio. Así se garantiza el principio contractual y legal de autosostenibilidad del sistema.

Pero además, sobre este mismo punto, el Tribunal encuentra que la voluntad de las partes también se encuentra recogida particularmente en el otrosí N.º 6 al contrato de concesión, por virtud del cual se resolvía otorgar carácter vinculante al estudio que adelantara el Departamento Nacional de Planeación para revisar la estructura tarifaria del contrato de concesión N° 1 de 2006 y para lo cual Metro Cali debía adoptar las recomendaciones producidas por dicho estudio.

En efecto, con ocasión de la suscripción del otrosí N.º 6 al contrato de concesión, del 18 de diciembre de 2014, se incluyeron también importantes previsiones en cuanto al régimen tarifario. Al respecto, a través del citado instrumento las partes acordaron que, para efectos de la fijación de la tarifa técnica y la tarifa al usuario, debía ahora tenerse en cuenta el estudio financiero adelantado por el Departamento Nacional de Planeación – DNP. Para la elaboración del estudio en mención, el DNP contrató a la firma consultora Steer Davies Gleave quien presentó un estudio relacionado con el régimen tarifario

⁵² Cuaderno 8.5. Folios 1348 – 1354.

derivado del contrato de concesión. Respecto al alcance de ese documento, la cláusula 4 del otrosí N.º 6 señala lo siguiente:

*“4.1.1. Las Partes han acordado que con el objeto de establecer la eventual necesidad de **revisar la estructura tarifaria** y la participación de los Concesionarios en la Bolsa del Sistema, y aspectos tales como, la forma de **fijación de la tarifa técnica y de la tarifa al usuario** y la estructura de costos de la operación, entre otros, **harán uso de los estudios financieros a ser adelantados por el Departamento Nacional de Planeación** a los que se ha hecho mención en el numeral 2.19.6. de las Consideraciones del presente documento.*

*4.1.2. En consonancia con lo establecido en el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, Metro Cali adoptará las medidas necesarias **para revisar y ajustar el Contrato de Concesión, de acuerdo con las recomendaciones y resultados de los estudios mencionados en el numeral anterior**” (destacado fuera de texto).*

Al respecto, el citado numeral 2.19.6 del otrosí No. 6 señala lo siguiente:

“Que las partes han sido informadas acerca de que el Departamento Nacional de Planeación adelantará en fecha próxima un estudio que tiene por objeto la ‘Aplicación de la metodología de estimación de capacidad de pago y propuesta de estructura tarifaria para el SITM MIO de Santiago de Cali’, según oficio No. 20146641088011 de fecha 3 de diciembre de 2014, y que podría adelantar otros estudios relacionados con la estructura tarifaria del MIO durante el primer semestre del año 2015”.

Así mismo, la cláusula 3.10 del mencionado otrosí, adicionó cinco párrafos a la cláusula 23 del contrato, de los cuales es pertinente destacar el siguiente:

*“3.10. (...) PARÁGRAFO QUINTO: Se ha identificado que el Departamento Nacional de Planeación adelantará estudios financieros relacionados con la estructura tarifaria para el municipio de Santiago de Cali, y que los mismos **podrán tener una incidencia respecto a lo pactado en la presente cláusula y sus párrafos, en cuyo caso Metro Cali deberá actuar en concordancia con lo establecido en el numeral 4.1.2. del presente modificador (...)**”.* (Destacado fuera de texto)

Continuando con la aplicación de la regla de interpretación de los contratos consagrada en el artículo 1618 del Código Civil y con el fin de dilucidar la verdadera intención de las partes de cara a las previsiones literales pactadas, el Tribunal estima necesario acudir también a la definición contractual de tarifa técnica. Como se explicó anteriormente, las cláusulas 1.166 y 20.5 del contrato de concesión N.º 1 de 2006 disponen que ésta se trata de una *“tarifa **de equilibrio** técnicamente estructurada que refleja los costos de la implementación, puesta en marcha, operación, mantenimiento y **escalabilidad del Sistema MIO, representados por los pagos a todos los agentes que hacen parte de éste**”* (destacado fuera de texto). Así mismo, debe decirse que la cláusula 23 del contrato,

aunque regula la “*Tarifa al Usuario*”, lo cierto es que a partir de su contenido se desprenden también los elementos que conforman la tarifa técnica.

En efecto, de acuerdo con la fórmula allí contenida, es claro que la tarifa técnica será calculada con base en los **egresos del sistema** para el período inmediatamente anterior al del ajuste, multiplicados por el factor de ajuste de los costos de la operación de transporte y dividido entre los viajes que constituyeron pago en el periodo inmediatamente anterior. La competencia para calcular la tarifa técnica, tal como lo reconoció el representante legal de Metro Cali en su informe juramentado, recae en el ente gestor: “[c]omo se ha referido en varias oportunidades a lo largo del proceso, **Metro Cali S.A. es la entidad encargada de calcular la tarifa técnica según la fórmula estipulada en los contratos de concesión de operación, Cláusula 23 – Tarifa al Usuario**” (destacado fuera de texto).

Así, es claro para el Tribunal que el cálculo de la tarifa técnica debe comprender los egresos del sistema. En efecto, según se explicó anteriormente, el numeral 1.166 y la cláusula 20.5 del contrato ya definían la tarifa técnica como “*el resultado aritmético de dividir la sumatoria de los egresos representados por la remuneración a los agentes del Sistema MIO entre el total de viajes que constituyen pago, en un periodo de tiempo determinado*” (destacado fuera de texto). Así mismo, la cláusula 23 del contrato, modificada por la adenda N.º 4, señalaba que el ajuste de la tarifa al usuario se realizaba en febrero de cada año “*a partir de los Egresos Básicos del Sistema*”.

Es decir que, los egresos del sistema, que hacían parte del cálculo de la tarifa técnica, incluían a su vez la remuneración de los agentes del SITM-MIO. En efecto, según se expuso con anterioridad, la cláusula 26.3 del contrato señala que “[l]os egresos básicos del Sistema están determinados por los diferentes usos y destinos que tendrán los ingresos del Sistema de conformidad **con la participación de los agentes que constituyen el Sistema MIO y a los agentes titulares de los Sistemas Externos (Transporte Complementario)** legalmente reconocidos por Metro Cali S.A. y que se integren tarifariamente al Sistema MIO.” (destacado fuera de texto). En otras palabras, el cálculo de la tarifa técnica tiene un impacto en la remuneración debida a los concesionarios.

En contexto con lo anterior, la remuneración del concesionario debía realizarse a su vez con base en la “**tarifa licitada por kilómetro multiplicada por los respectivos kilómetros recorridos**” lo cual se desprende de una gran variedad de disposiciones contractuales atrás citadas (cláusulas 1.106, 1.107, 1.108, 23, 26, 43 y 69 del contrato de

concesión, la adenda No. 4 y el otrosí N° 6 que modifica la cláusula 43 del contrato). Es decir que, con base en el tenor literal de las palabras incluidas en el pacto escrito que conforma el contrato de concesión N.º 01, la tarifa técnica, y por lo tanto la tarifa al usuario, debían calcularse en función de los egresos básicos del sistema, calculados de acuerdo con la tarifa licitada por cada concesionario multiplicada por el número de kilómetros recorridos, y no con base en la remuneración efectivamente pagada a los concesionarios de acuerdo con el recaudo efectivo del sistema en el mismo periodo.

Tal interpretación está también en línea con lo expresado por el testigo Héctor Ulloa. Este testimonio da cuenta de que los concesionarios presentaron sus propuestas con la intención de participar en un proyecto de concesión que calculaba la tarifa técnica con base en una tarifa licitada en función de kilómetros recorridos, y cuyo cálculo se realizaba en forma independiente de lo que haya recibido el concesionario en el año anterior, pues esto último es un asunto que concierne al sistema de recaudo. A continuación, se citan los apartes pertinentes de este testimonio:⁵³

“DR. FALLA: Doctor Ulloa, yo le voy a preguntar por generalidades, sé que esto ocurrió hace 10, 12 años, lo que usted recuerde. ¿Usted recuerda si dentro de la estructura de licitación los concesionarios licitaron kilómetro recorrido por tarifa licitada o licitaron pasajeros?”

*SR. ULLOA: En este caso particular **solo se licitó kilómetros recorridos hasta donde me acuerdo.**”*

DR. FALLA: ¿Usted recuerda el tema del cálculo de la tarifa técnica y cómo era la estructura financiera para el cálculo de la tarifa técnica?

*SR. ULLOA: Sí, pero si me permiten quisiera como dar un barrido específico de por qué se llegó a esa estructura. [...] Entonces aquí lo que dijimos es vamos a un sistema donde al final de cuentas yo le estoy pagando es a una compañía par que me transporte personas pero en últimas el negocio de ellos es tener un parque de buses y **simplemente le íbamos a pagar por recorrido**, que entre otras si usted se da cuenta son los que estamos empezando a implementar por ejemplo ahora con Transmilenio que es un sistema que simplemente le voy a pagar a los dueños de los buses porque transporte pasajeros simplemente le voy a pagar con una disponibilidad digamos del sistema, incluso más allá de que no me lo preguntaron, yo soy el Director Financiero de la Estructuración de la primera línea del Metro de Bogotá en este momento, y exactamente esa es la decisión que estamos tomando, o sea una cosa es el tema de los pasajeros, cuál es la demanda, cuál es la tarifa al público, y la segunda es que yo voy hacer unos pagos por la disponibilidad digamos de una infraestructura, y esa disponibilidad en nuestro caso era nosotros habíamos solicitado que se comprara un número específico de buses y la disponibilidad era usted tiene que tener los buses suficientes para que en la media en que **METRO CALI le ordenara digamos la utilización de esa flota se le pagaba simplemente por kilómetro recorrido**; entonces en ese sentido digamos que ese componente de gasto*

⁵³ Cfr. Audiencia del 9 de mayo de 2018.

nosotros lo que dijimos es le vamos a pagar por sus costos de operación más una renta específica, y si sus costos de operación están en función de la utilización de esa misma infraestructura, sin embargo dentro de la misma licitación tuvimos el cuidado, en todo caso esa remuneración en ningún escenario podrá superar un porcentaje específico del valor digamos de los recursos con los que cuenta el sistema, que si no estoy mal en ese caso era cercano al 65 o al 70%, **es decir yo le pago por kilómetro recorrido, pero en ningún caso ese ingreso que yo le pago a los concesionarios de operaciones**, a los que compran los buses y a los que los operaban **podía superar digamos un porcentaje en particular**, obviamente la idea es que cada uno de los distintos digamos proveedores del sistema tuvieran un porcentaje máximo incluyendo incluso el mismo METRO CALI y ese porcentaje pues en todo caso en ninguno caso debía ser por encima al 100%. **Venia entonces el tema de la trifa, la famosa tarifa técnica. Entonces digamos aquí había como dos componentes, uno a los concesionarios de operación se les pagaba por kilómetro recorrido y se diseñó una fórmula de ajuste de ese kilómetro recorrido con base en lo que pudiera ser las distintas unidades de costos fijos y variables en los que tenía que incurrir directamente ese concesionario**, incluso algunos de ellos si no estoy mal estaban de alguna forma determinados por variables exógenas como cuál es la tasa del cambio o cuál es el precio internacional digamos del crudo que tiene un efecto directamente digamos en los costos de operación del sistema.

Qué vimos para efectos de la tarifa técnica. **Pues hombre la tarifa técnica debería reflejar dos componentes, uno cuál es el costo de operación de todo el sistema, y lo segundo es cuáles son los ingresos del sistema**; el nuevo ingreso del sistema es cuánto es el número de los viajeros que utilizan diariamente el sistema y que están pagando, porque acuérdense que son muchos viajes que no son pagos, entonces básicamente es el $T \times Q$ número de pasajeros que pagan, y básicamente lo que nosotros tratamos de hacer es que la tarifa técnica teniendo en cuenta esos dos componentes cuánto vale todo el sistema, cuánto vale el costo de operación del sistema versus cuál era o cuál es los recaudos que tiene el sistema, eso generaba un valor específico que se denomina normalmente la tarifa técnica y se generan normalmente unas fórmulas de aproximación al etéreo superior más cercano o al etéreo inferior más cercano, de tal manera que si tengo una cifra redondeada para el público, incluso hay sistemas donde los famosos fondos de compensación es la diferencia entre la tarifa técnica y la tarifa al público generaba digamos las formas de producción de recursos para el sistema.[...]

DR. FALLA: Listo, ya me respondió usted que no se acordaba. Para concretar. **¿Dentro de la estructura el cálculo de los egresos del sistema con fórmula del cálculo de la tarifa técnica está dado por kilómetro recorrido por tarifa licitada por tipología y no por lo que se le pagó a concesionario?**

SR. ULLOA: **Así es. [...]**

DR. PABÓN: Yo quisiera que la explique, doctor Ulloa; explique para abogados esa fórmula, así clarita.

SR. ULLOA: **Lo que se licitó en su momento es un valor por kilómetro recorrido, luego ingreso al concesionario es cuántos kilómetros se despacharon en un año particular por la tarifa del tipo de bus** porque aquí teníamos buses grandes, medianos y relativamente pequeños, entonces ese riesgo que se le pasó al concesionario es ese **$P \times Q$** , el **P** es digamos el

precio que ellos licitaron y el Q es la cantidad de kilómetros que tuvieron por correr en el sistema.

DR. FALLA: ¿Pero es la tarifa licitada por cada uno?

SR. ULLOA: Sí, por cada uno, y había tarifas diferentes, hay operadores que teóricamente por kilómetros les salía más barato a METRO CLI que a otros. [...]

DR. CRESPO: Retomando una respuesta a una pregunta que le formuló el doctor Falla, me surge esta inquietud. ¿Si la demanda no se daba cómo se garantizaba entonces la costeabilidad al usuario y cómo se garantizaba la autosostenibilidad?

SR. ULLOA: [...] pero en últimas el factor de ajuste para que el sistema sea **autosostenible** como lo dice usted en su pregunta es la tarifa al público porque si yo no hago el ajuste tal y como está en el contrato en **últimas la diferencia la tiene que coger alguna entidad pública que era el riesgo que precisamente nosotros no queríamos dejar en cabeza de METRO CALI** porque es que ese riesgo me llevaba a la aplicación de la ley de obligaciones contingentes de la Nación lo cual significaba una valoración de ese riesgo y un aporte específico al Fondo de Contingencias; entonces en estos procesos la Nación dice listo yo le aporto hasta el 70% del valor del proyecto pero cualquier sobrecosto del proyecto o los riesgos en la operación de mantenimiento los asume directamente el sistema, así está actualmente o así está saliendo el actualmente Transmilenio, entonces lo que pasaba es que en ese momento nosotros, Cali como tal no tenía recursos disponibles para hacer una valoración y llevar recursos al Fondo de Contingencias, entonces **la fórmula era la tarifa al público si este tiene que ser tal que multiplicado por los usuarios por lo menos cubra los costos de operación del sistema**, y eso lo dije yo de alguna forma era la razón que incluso en ese momento se escribió frente al Ministerio de Hacienda para decirles por qué nosotros no estamos llevando este riesgo a una valoración específica para el aporte del Fondo de Contingencias, y aquí no se previó Fondo de Contingencias como sí lo había en otras ciudades.[...]

DR. PABÓN: ¿Pero por qué es obligación, es obligación de calcular la tarifa, pues entendida, usted se refiere a la obligación de METRO CALI calcular la tarifa?

SR. ULLOA: **Claro, y de aplicarlo al sistema.** [...]

DR. GUZMÁN: La pregunta es: En esa definición 1.166 los egresos representados por la remuneración a los agentes del sistema Mío. ¿Esos egresos se determinan de acuerdo con la remuneración pactada en el contrato, es decir la tarifa licitada por kilómetro recorrido por tipo de bus o lo efectivamente pagado en el año anterior de acuerdo con el recaudo del sistema, cuál de los dos es?

SR. ULLOA: Nosotros estructuramos es que esto está recogido **dentro de la tarifa licitada, y esa tarifa licitada se ajusta con base a una canasta de costos** que también quedó determinada en el contrato de concesión.”[...]

El Tribunal otorgará pleno valor probatorio al testimonio del señor Héctor Ulloa, por cuanto a la luz de la normatividad procesal vigente, no existe ninguna circunstancia que pueda afectar su credibilidad e imparcialidad en los términos del artículo 211 del Código General del Proceso. En efecto, según se desprende de su declaración, el testigo no tenía ninguna relación o vínculo de alguna clase con las partes que conforman el presente litigio. Por el

contrario, el señor Ulloa se desempeñó como Director de Banca de Inversión de la Compañía profesionales de Bolsa, la cual tuvo a cargo la estructuración financiera del SITM en la ciudad de Santiago de Cali, situación que, por el contrario, le asigna mayor credibilidad al aludido testimonio en razón a que su participación se destacó desde el inicio mismo de la estructuración del sistema. Así lo corroboró el testigo en su declaración:

*“DR. PABÓN: ¿Usted tiene algún vínculo con alguna de las partes de este proceso, que es por un lado es GIT MASIVO y por el otro lado METRO CALI?
SR. ULLOA: **No tengo ningún vínculo con ninguna de las dos partes en este momento ni lo tengo.***

DR. PABÓN: En este proceso como usted sabe se debaten unas controversias entre esas dos entidades en relación con la operación del contrato para la explotación del Mío en la ciudad de Cali. ¿Usted por alguna razón tuvo que ver algo con este contrato o antes de ese contrato entendemos que la firma que usted representa participó en la estructuración del proyecto?

*SR. ULLOA: No, yo fui Director de Banca Inversión de Compañía profesionales de Bolsa, Compañía para la cual trabajo este momento, y Compañía Profesionales de Bolsa **en ese momento tuvo el mandato para hacer la estructuración financiera del sistema de transporte masivo de Cali; entonces yo participé en representación de esa Compañía.**”*
(destacado fuera de texto).

Es decir que, lo declarado por el señor Ulloa también da cuenta de la verdadera intención de las partes (art. 1618 del C.C.) desde el momento en que se planeaba la estructuración financiera del SITM-MÍO, y por cuya virtud, como ya se dijo, se pretendía actualizar la tarifa técnica (cláusula 23 del contrato) calculada con base en una tarifa licitada en función de kilómetros recorridos y no con referencia a los pagos efectivamente hechos a los concesionarios en el período inmediatamente anterior.

En este punto, es preciso hacer una comparación con el testimonio de Álvaro Rengifo, quien se desempeñaba como Vicepresidente de Metro Cali.⁵⁴ En su declaración el testigo señaló en cuanto al cálculo de la tarifa técnica que:

*“TESTIGO: [...]leamos la definición de tarifa técnica, que dice el contrato que es tarifa técnica, entonces cuando uno lee la definición dice que corresponde a una tarifa de equilibrio técnicamente estructurada que refleja los costos de la implementación, puesta en marcha, operación, mantenimiento, escalabilidad, representado por los pagos a todos los agentes que hacen parte de esto, en el resultado aritmético de dividir la sumatoria de los egresos presentados por la **remuneración a los agentes** lo... hago énfasis porque digamos esas son las diferencias recientes que han surgido, **a los agentes del sistema MIO entre la totalidad de viajes que constituyen pago en un periodo de tiempo determinado***

DR. GUZMÁN: ¿Qué cláusula está leyendo, perdón?

⁵⁴ Cfr. Audiencia de 17 de enero de 2018

*TESTIGO: Definiciones, la uno punto ciento sesenta y seis, que es la tarifa técnica de operación, básicamente, **pues ahí se dice los pagos y la remuneración. Pago y remuneración.[...]*** (destacado fuera de texto).

Dicho lo anterior, según lo expresa el citado testigo, la tarifa técnica debía tener en cuenta necesariamente la remuneración de los agentes del sistema, sin hacer mención a una tarifa licitada ni al número de kilómetros recorridos.

Ahora bien, en vista de que la intención de las partes también estaba orientada a otorgarle plenos efectos vinculantes al estudio del Departamento Nacional de Planeación — la naturaleza vinculante de este estudio será analizada a continuación — respecto del esquema tarifario (cláusula 4 del otrosí N.º 6), es preciso anotar que entre las conclusiones presentadas con dicho estudio se desprende con claridad la necesidad de que Metro Cali ajustara la interpretación que debía darse para el cálculo correcto de la tarifa técnica para evitar promover e implantar un sistema deficitario. Al respecto, el numeral 3.101 del informe final con corte a diciembre de 2015, señaló que “[s]e **recomienda a Metro Cali analizar la conveniencia de aplicar esta fórmula ya que bajo el escenario de cálculo actual de la tarifa técnica, el efecto de incorporar el déficit del Sistema del año anterior al nuevo periodo de ajuste de la operación, no permite alcanzar la sostenibilidad del sistema**”⁵⁵ (destacado fuera de texto).

Por otra parte, el dictamen pericial rendido por Strategas Consultores S.A., con corte al mes de marzo de 2017, explica con claridad por qué Metro Cali ha calculado de manera equivocada “los egresos del sistema” y con ello la tarifa técnica, en contravía de las estipulaciones del contrato de concesión, y con ello, en contra de la voluntad de las partes. Ello por cuanto el ente gestor ha entendido que los egresos del sistema son calculados con base en los viajes realizados y que constituyen pago de tarifa al usuario, interpretación que resulta alejada de lo pactado en el contrato de concesión y que no promueve ningún sentido útil o funcional, en aplicación de la regla prevista en el artículo 1620 del Código Civil:

*“La definición de Egresos del Sistema, de acuerdo con el numeral 26.4 de la Cláusula 26 del contrato, corresponde a la sumatoria de las participaciones de cada uno de los agentes del sistema, donde se incluye, entre otros, a los Concesionarios de Transporte, el Concesionario de Recaudo, y Metro Cali S.A. La determinación de los Egresos Básicos del Sistema, se calcula de acuerdo con la fórmula expuesta en el numeral 3.2 del presente documento. Se concluye entonces que los **Egresos del Sistema** es la sumatoria de las **Participaciones de cada uno de los agentes del Sistema**. Para los Concesionarios de Transporte, la **Participación** a que hace referencia el numeral 26.4 se determina a partir de la **Tarifa Licitada** (por cada*

⁵⁵ Cfr. Cuaderno N.º 8.9. Folio 2439.

tipo de autobús) multiplicada por el número de kilómetros recorridos por la flota de buses, esto a partir de lo estipulado en la cláusula 43 del contrato de Concesión.

En consecuencia, de manera general el contrato establece que los **Egresos del Sistema** para los concesionarios de transporte son:

Egresos del sistema = kilómetros ejecutados x Tarifa licitada

b. Egresos del Sistema según Metro Cali S.A.

Según el detalle expuesto en la respuesta N° 5 del presente documento, Metro Cali S.A. aplica el siguiente concepto para estimar los Egresos del Sistema para los concesionarios de Transporte:

Egresos del sistema = Viajes efectivamente realizados y que constituyeron pago de la tarifa al Usuario x 70% del año anterior

Se observa que Metro Cali S.A. modifica la forma de estimación de los Egresos del Sistema asimilándola o sustituyéndola por lo pagado el año inmediatamente anterior, lo cual se aparta de lo previsto en el Contrato de Concesión y, en consecuencia, no es la base para actualizar la Tarifa Técnica y por ende la Tarifa al Usuario.⁵⁶ (destacado fuera de texto).

Ahora bien, con respecto al dictamen pericial rendido por la firma Strategas Consultores S.A., el apoderado de Metro Cali señaló en sus alegatos de conclusión que dicho dictamen no se ajusta a las formalidades procesales exigidas por cuanto no reúne los requisitos exigidos, particularmente, por el numeral 5 del artículo 226 del Código General del Proceso, en razón a que “[n]o expresó las materias sobre las cuales versaron los dictámenes de los casos relacionados con el capítulo de ‘idoneidad’(numeral 5, artículo 226 del C.G.P.). 2. No declaró sobre sí los exámenes, métodos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de los utilizados en peritajes anteriores rendidos sobre la misma materia. 3 La experiencia declarada no les da la experticia sobre planeación, gerencia y asesoría en materia de transporte.”

Pues bien, a pesar de las anteriores declaraciones, el Tribunal estima necesario atribuirle plenos efectos al dictamen pericial presentado por la firma Strategas Consultores S.A. Ello por cuanto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido contundente en señalar cuáles son las condiciones que deberá reunir la prueba pericial para que pueda tener eficacia probatoria, —requisitos que desde ya, valga decir, cumple el dictamen objeto de estudio — en los siguientes términos:

“(i) el perito informe de manera razonada lo que de acuerdo con sus conocimientos especializados sepa de los hechos; (ii) su dictamen sea personal y contener conceptos propios sobre las materias objeto de examen y no de otras personas por autorizadas que sean, sin perjuicio de que pueda utilizar auxiliares o solicitar por su cuenta el concurso de otros técnicos, bajo su dirección y responsabilidad; (iii) que el perito sea competente, es decir, un verdadero experto para el desempeño del cargo; (iv) que no exista un motivo serio para dudar de su imparcialidad; (v) que no se haya probado una objeción por error grave; (vi) que el dictamen esté debidamente fundamentado y sus

*conclusiones sean claras firmes y consecuencia de las razones expuestas; (vii) que sus conclusiones sean conducentes en relación con el hecho a probar; (viii) que se haya surtido la contradicción; (ix) que no exista retracto del mismo por parte del perito; (x) que otras pruebas no lo desvirtúen y (xi) que sea claro, preciso y detallado, es decir, que dé cuenta de los exámenes, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que de los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones”.*⁵⁷

Dicho lo anterior, es claro que las alegaciones del demandado no se dirigen a controvertir ninguno de estos presupuestos, de los que además goza el dictamen rendido por la firma Strategas Consultores S.A., sino más bien a advertir algunas unas omisiones que se relacionan con la identidad y la idoneidad del perito que en todo caso no le restan eficacia probatoria al dictamen bajo estudio. En cualquier caso, es preciso anotar que el citado estudio sí incorpora un acápite en el que se explica en detalle la idoneidad e imparcialidad del perito, la metodología del estudio y la experiencia de la firma en peritajes financieros previos, lo cual incluye estudios presentados para otros Tribunales Arbitrales en asuntos de infraestructura y de transporte, entre ellos, el litigio entre Trasmasivo y Somos K contra la Empresa de Transportes del Tercer Milenio TRANSMILENIO S.A y el de la Concesión Autopista Bogotá – Girardot y la Agencia Nacional de Infraestructura.⁵⁸ Adicionalmente, el Tribunal tuvo la oportunidad de interrogar en extenso al mencionado perito, y pudo apreciar el fundamento de sus conclusiones, el conocimiento que tuvo del tema y la idoneidad en los temas materia de su experticia.

Así, pues, con base en los elementos de juicio recogidos, el Tribunal encuentra que la intención de las partes derivada de la aplicación de la regla contenida en el artículo 1618 del Código Civil, consiste en calcular la tarifa técnica a partir del valor de los egresos del sistema que incluye la remuneración pactada para el concesionario (cláusulas 42 y 43 del contrato) resultante de multiplicar los kilómetros recorridos (cláusulas 23 y 43 modificadas por la adenda N.º 4 de la licitación pública) durante el año anterior, por la tarifa licitada por el concesionario (cláusulas 1.106, 1.107, 1.108, 23, 43, 69, adenda N.º 4, otrosí N.º 6 que modifica la cláusula 43 del contrato, y comunicación No. DT-E419-2006 del 4 de agosto de 2006 por la cual Metro Cali responde las preguntas formuladas por Blanco y Negro Masivo S.A) ajustada en la forma prevista en la cláusula 23 del contrato.

2.5.1.4. LA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA O COHERENTE DEL CONTRATO DE CONCESIÓN N.º 1

⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 2 de mayo de 2016. C.P. Ramiro Pazos Guerrero. Rad. 37729

⁵⁸ Cuaderno 15.8. Folios 2 – 5.

Advierte el Tribunal, como se mencionó anteriormente, que el contrato de concesión N° 1 de 2006 está integrado no solamente por sus cláusulas, sino por los documentos que forman parte de la etapa precontractual (propuesta, pliego de condiciones e incluso la respuesta otorgada por Metro Cali al proponente Blanco y Negro S.A. N.° DT-E419-2006 del 4 de agosto de 2006), así como las adendas de la licitación y los otrosíes del contrato, e incluso los estudios adelantados por el Departamento Nacional de Planeación que como se pasará a exponer, resultan vinculantes para las partes.

En virtud de la cláusula 17 del contrato de concesión, se acordó que “[e]ste Contrato se regirá en general por las normas civiles y comerciales vigentes en la República de Colombia, salvo en los aspectos particularmente regulados por la Ley 80 de 1993, las normas y decretos que la adicionen, la modifiquen o reformen y por lo previsto en las demás normas concordantes que resulten aplicables.” Como sostuvo este Tribunal anteriormente, no se trata de meras enunciaciones normativas ajenas a los contratos de concesión, sino que se trata de acuerdos imperativos incorporados al contrato. Así, resulta claro que en lo no previsto en él, ni en la Ley 80 de 1993 o sus normas modificatorias o reglamentarias, el contrato bajo estudio deberá regirse por las disposiciones civiles y comerciales pertinentes.

Ahora bien, como se mencionó anteriormente, el contrato de concesión, en el numeral 1.3. del pliego de condiciones⁵⁹, también consagra reglas especiales en materia de interpretación, según el cual:

“1.3. NORMAS DE INTERPRETACIÓN DEL PLIEGO

*El presente Pliego de Condiciones **debe ser interpretado como un todo**, sus disposiciones **no deben ser entendidas de manera separada**, por lo tanto se entienden integrados a él los **Anexos y Proformas que lo acompañan y las adendas** que se expidan durante el proceso licitatorio. (...)* (destacado fuera de texto).

De igual manera, la cláusula 3 del contrato de concesión consagró algunas reglas especiales en materia de interpretación del contrato:

“CLÁUSULA 3. INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO. *El presente Contrato de Concesión, sus cláusulas y los demás documentos que hagan parte de él, deberán interpretarse **conforme a la naturaleza y alcance del mismo**. En todo caso, los términos que se incluyan en las cláusulas y en los Apéndices del presente Contrato de Concesión, se entenderán según su sentido natural y obvio, **salvo el caso de las palabras que se definen en el presente Contrato o en el Pliego de Condiciones** al que se encontró sometido el proceso de selección que dio origen al Contrato, las que para todos los efectos*

2005. Referencia: Exp. No. 7504

legales se entenderán según el alcance y significado que allí se les otorga. Harán parte del presente Contrato y de sus Apéndices, para efectos de interpretación y alcance de derechos y obligaciones, el Pliego de Condiciones y la Propuesta presentada por el CONCESIONARIO.

En caso de discrepancia entre el presente Contrato y la minuta del contrato contenida en el Anexo 1 de la Licitación Pública No. MC-DT-001 de 2006 prevalecerán las cláusulas contenidas en el presente documento (destacado fuera de texto)."

Es decir que, lo pactado por las partes en cuanto a la integración del contrato de concesión, consiste en una noción verdaderamente amplia del contrato, que incluía, inclusive, documentos que formaban parte de la etapa precontractual (anexos, proformas, adendas, etc.) conforme a la naturaleza del contrato. Además de esto, las partes acordaron diversas modificaciones al acuerdo que tuvieron como consecuencia, a su vez, la asignación de fuerza vinculante a otros documentos posteriores a la suscripción del contrato, particularmente, a los estudios adelantados por el Departamento Nacional de Planeación.

En efecto, por virtud de las cláusulas 4.1.1. y 4.1.2 del otrosí N.º 6 del contrato de concesión atrás transcritas, es claro que los estudios del Departamento Nacional de Planeación forman parte integral del contrato y deben ser implantados por las partes en función del esquema tarifario. En efecto, tal como se explicará en detalle en capítulo posterior, la fuerza vinculante del estudio encuentra su origen a partir de lo acordado por las partes en el otrosí número 6, en concordancia con las reglas contenidas en los artículos 1618 y 1622 del Código Civil. La primera de éstas, por ser la intención de las partes la de otorgarle fuerza vinculante a estos estudios, y la segunda, con motivo de una interpretación sistemática o "*como un todo*" del contrato de concesión.

De acuerdo con lo anterior, las reglas de interpretación del pliego de condiciones estaban encaminadas a que éste fuera interpretado "*como un todo*" incorporando los anexos, proformas y adendas que surgieran durante el proceso licitatorio. De igual manera, la cláusula 3 del contrato señala que éste será interpretado conforme a su naturaleza y alcance, incluyendo sus apéndices y todos aquellos documentos predispuestos en la etapa precontractual, en especial, el pliego de condiciones y sus adendas, la propuesta del concesionario, las respuestas otorgadas por Metro Cali a los concesionarios y, en general, cualquier otro documento que las partes convengan incorporar como parte del mismo, lo cual incluye, como ya se dijo, el estudio presentado por el Departamento Nacional de Planeación.

Así, con base en una interpretación coherente o sistemática, el Tribunal deberá agregar a la interpretación antes descrita, que la misma se ajusta a las modificaciones posteriores del contrato de concesión, en particular al otrosí N.º 6, a las conclusiones presentadas por el Departamento Nacional de Planeación e incluso, a los documentos precontractuales que contienen la voluntad de las partes, en particular, la comunicación N.º DT-E419-2006 del 4 de agosto de 2006 emitida por Metro Cali en respuesta al proponente Blanco y Negro S.A. según se ha hecho referencia.

La aplicación de este criterio de interpretación, coincide igualmente con la conclusión expuesta en el acápite inmediatamente anterior, entorno al contenido y alcance de las cláusulas que establecen la tarifa y la forma en que ésta debe ser calculada.

2.5.1.5. INTERPRETACIÓN LÓGICA O ÚTIL DEL CONTRATO DE CONCESIÓN N.º 1

La interpretación acogida por este Tribunal, desprendida de la voluntad de las partes, para calcular la tarifa técnica en función de los kilómetros recorridos y la tarifa licitada ajustada en la forma prevista en la cláusula 23 del contrato, también se ajusta a la regla hermenéutica contenida en el artículo 1620 de Código Civil. Ello encuentra lugar, particularmente, en el principio de autosostenibilidad pactado en la Cláusula 20.1 del contrato de concesión, así como en sus cláusulas 23, 26 y 43.

En verdad, entender que la tarifa técnica debe calcularse en función de la remuneración efectivamente pagada a los concesionarios en el año anterior, es una interpretación contraria a las disposiciones contractuales bajo estudio, que estaría orientada a promover un sistema de transporte masivo deficitario cuya implementación no tendría la virtualidad de generar una remuneración adecuada y sostenible para todos los agentes del sistema, lo cual además conduciría indefectiblemente a su desfinanciación del sistema MIO y, por ende, a incumplir el principio de autosostenibilidad del mismo, previsto en la cláusula 20.1 del contrato.

Es preciso recordar que la denominada regla de interpretación lógica o del efecto útil del contrato, le atribuye efectos a aquella cláusula capaz de producir efecto alguno, y si bien ambas interpretaciones de la cláusula 23 en cuanto al cálculo de la tarifa técnica, esto es, la aplicada por Metro Cali y aquella propuesta por Git Masivo, están orientadas a producir efectos, lo cierto es que el Tribunal deberá preferir aquella que sea capaz de guardar cercanía con el contrato de concesión, no desnaturalizarlo, pero sobre todo una interpretación que sea *“racional coherente con la función práctica o económica de los intereses dispositivos”* y que esté *“más concorde con el acto, su relevancia y función”* en

línea con los criterios fijados por la Corte Suprema de Justicia atrás descritos. Es decir que, el Tribunal no podrá beneficiar aquella interpretación dirigida a implantar un sistema de transporte masivo deficitario, como la que propone Metro Cali.

La anterior interpretación también guarda relación con el marco legal que resultaba aplicable al contrato de concesión bajo estudio. En efecto, el artículo 14 de la Ley 86 de 1989 señala que “[l]as tarifas que se cobren por la prestación del servicio de transporte masivo **deberán ser suficientes para cubrir los costos de operación, administración, mantenimiento y reposición de los equipos.** En ningún caso el Gobierno Nacional podrá realizar transferencias para cubrir estos costos” (destacado fuera de texto). Más recientemente, la Ley 1753 de 2015, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “*Todos Unidos por un Nuevo País*” que entró en vigencia durante la ejecución del contrato de concesión que aquí se estudia, consagra también importantes previsiones en cuanto a la financiación de los sistemas de transporte a través del cobro de tarifas.

Para esos efectos, el artículo 31 —que modifica el artículo 14 de la Ley 86 de 1989— señala que “[l]os sistemas de transporte deben ser **sostenibles. Para ello las tarifas que se cobren por la prestación del servicio de transporte público de pasajeros, sumadas a otras fuentes de financiación de origen territorial si las hubiere, deberán ser suficientes para cubrir los costos de operación, administración, mantenimiento, y reposición de los equipos.** En ningún caso el Gobierno nacional podrá realizar transferencias para cubrir estos costos. Lo anterior, sin perjuicio de que las entidades territoriales y/o el Gobierno Nacional, dentro del Marco de Gasto de Mediano Plazo, en los casos en que cofinancie estos sistemas, puedan realizar inversiones en la etapa preoperativa en infraestructura física y adquisición inicial total o parcial de material rodante de sistemas de metro o de transporte férreo interurbano de pasajeros incentivando la incorporación de tecnologías limpias y la accesibilidad a los vehículos para personas con movilidad reducida, estrategias de articulación y fomento de la movilidad en medios no motorizados, así como implementación de sistemas de recaudo, información y control de flota que garanticen la sostenibilidad del Sistema. Para el caso de cofinanciación de sistemas de metro, el CONFIS podrá autorizar vigencias futuras hasta por el plazo del servicio de la deuda del proyecto de conformidad con la Ley 310 de 1996, dentro del límite anual de autorizaciones para comprometer vigencias futuras establecidas en el artículo 26 de la Ley 1508 de 2012”. (Destacado fuera del texto)

La Ley 1753 de 2015 cambió el concepto de “autosostenibilidad” de los sistemas de transporte masivo, por el criterio de “sostenibilidad” de dicho sistema, permitiendo que se acuda a otras fuentes de financiación de origen territorial, y no de origen nacional – es

decir, con cargo a fuentes de financiación del Gobierno Nacional -, para poder financiar el sistema, cuando la sola tarifa al usuario no fuera suficiente para cubrir sus costos de operación. Pero ni bajo el anterior principio de “autosostenibilidad”, ni en el nuevo principio de “sostenibilidad” la ley preveía que existieran sistemas de transporte masivo estructuralmente deficitarios, mediante un cálculo antitécnico de la tarifa técnica – como se deriva de la interpretación que Metro Cali ha dado a la cláusula 23 del contrato de concesión N° 1 de 2006 - y mucho menos que dicho déficit estructural del sistema debiera ser soportado por el concesionario.

Una interpretación contraria a aquella acogida por este Tribunal tal como lo advirtió el testigo Ulloa, no tendría ningún sentido funcional, pues se estaría cambiando la forma de calcular la tarifa técnica, aun cuando desde la licitación se planteaba su cálculo a partir de los kilómetros recorridos y con base en una tarifa licitada. Así lo señaló el mencionado testigo:

“DR. GUZMÁN: Pero de acuerdo con la tarifa licitada e independientemente de lo que haya recibido el concesionario en el año anterior por el recaudo que es otra cosa distinta.

SR. ULLOA: Disculpe se lo contesto de esta forma, porque es sino no tendría ningún incentivo, ningún sentido digamos licitar una tarifa por kilómetro y tener dentro del contrato una manera de reexpresar o indexar esa tarifa si a final de cuentas se aplica otra distinta”. (destacado fuera de texto).

Este cálculo indebido de la tarifa técnica también se encuentra ampliamente soportado en los estudios presentados por Steer Davies Gleave. Este estudio demuestra que los cálculos realizados por Metro Cali han generado una contingencia tarifaria lo cual es ajeno a todo fin funcional o útil del contrato de concesión, y por ende dista de una interpretación lógica o útil de este mismo instrumento. Para esos efectos, el Tribunal estima necesario remitirse a las conclusiones presentadas en el denominado “*Producto 3: Diagnóstico, recomendaciones y conclusiones del Componente Financiero Diagnosticar la sostenibilidad financiera de las concesiones de transporte del Sistema MIO y proponer ajustes a la estructura tarifaria y fuentes de remuneración Informe Diciembre de 2015*”, en los siguientes términos:

1. En cuanto a los egresos del sistema, el estudio señala que *“desde el punto de vista financiero, el sistema tiene previsto un esquema de egresos que permita alcanzar la sostenibilidad financiera, lo cual implica incorporar en el esquema de tarifas la remuneración necesaria para cubrir todos los costos de los agentes del Sistema”*.⁶⁰

⁶⁰ Cuaderno 8.9. Folios 2558 – 2700.

2. Respecto a la remuneración del concesionario, se señaló que *“la remuneración de los concesionarios se ha venido realizando de acuerdo con la expresión B_{ij} mencionada, esta remuneración ha correspondido en promedio al 52% del ingreso máximo posible a obtener por los concesionarios de acuerdo con la expresión A_{ij} , **lo que ha generado una contingencia por diferencia tarifaria** que a la fecha de firma del contrato modificador asciende a 122.351.456.624 pesos [...]”* (destacado fuera de texto).
3. El estudio también hace referencia a la tarifa licitada para efectos de determinar la participación económica de los agentes del sistema, en los siguientes términos: *“[t]eniendo en cuenta que el Contrato no define claramente el concepto de Participación Económica, a la luz de la Cláusula 43.1 se puede interpretar cuando define que **la participación económica de los concesionarios de transporte, que ésta corresponde a la respectiva tarifa por kilómetro licitada y ajustada por cada periodo multiplicada por el número de kilómetros en servicio con su flota**”* (destacado fuera de texto).
4. Sobre este mismo punto, el estudio señala que *“se puede concluir que a efectos de cálculo de la tarifa técnica, **se calculan los egresos del sistema** como las participaciones económicas de los agentes y fondos del sistema, y particularmente para el caso que interesa al presente contrato de consultoría (concesiones de operación de transporte), la participación que debe ser considerada dentro de los egresos corresponde a **la multiplicación de la tarifa por kilómetro ajustada multiplicada por el número de kilómetros en servicio de la flota**”* (destacado fuera de texto).
5. En las conclusiones, respecto de los ingresos del sistema, el estudio señala que *“[l]os ingresos del Sistema (Viajes realizados x Tarifa al Usuario) históricos reportados por Metro Cali **no son suficientes para cubrir los costos de operación de buses (tarifas licitadas por km por el número de kilómetros), los cuales se representan en función de las tarifas licitadas por tipología y el número de kilómetros recorridos por tipología [...]**”* (destacado fuera de texto).

Ahora bien, el contenido de dicho estudio demostró la necesidad de que se adoptaran medidas tendientes a ajustar el contrato, debido a una contingencia tarifaria que surgió por el cálculo equivocado de la tarifa técnica por parte de Metro Cali Sin embargo, los ajustes que propone el estudio de Steer Davies Gleave no implican una modificación del contrato de concesión. Por el contrario, sus conclusiones están encaminadas, más bien, a advertir que existe una lectura errónea del régimen tarifario incorporado en el contrato y a recomendar en su lugar la necesidad inminente de ajustar la lectura o interpretación que debe darse al clausulado a fin de calcular en forma correcta la tarifa técnica.

Con este objetivo, como se señaló anteriormente, el citado estudio plantea que los egresos básicos del sistema debían considerar los ingresos del concesionario, y demás agentes y fondos del sistema, y que debía calcularse con base en *la “tarifa por kilómetro licitada y ajustada por cada periodo multiplicada por el número de kilómetros en servicio con su flota”*. Es por ello que, al realizarse el cálculo en consideración de los viajes realizados multiplicados por la tarifa al usuario, tal como lo reportaba Metro Cali, daba lugar a la aparición de un modelo deficitario en el que los recursos no resultaban suficientes para cubrir los costos de operación de los buses y naturalmente no se ajustaban al esquema de tarifa licitada según la tipología de buses y los kilómetros recorridos.

Y es que lo propio, como ya se dijo, fue incluso aceptado por Metro Cali, según se señaló con anterioridad, desde la fase de preguntas y respuestas que forma parte de la licitación y por ende del contrato de concesión,⁶¹ pues allí el ente gestor manifestó la necesidad de calcular los egresos del sistema *“con base en la tarifa licitada ajustada y no en función de los valores pagados a los concesionarios”*⁶². Es decir que, la remuneración del concesionario estaba dispuesta en función de los kilómetros recorridos y no con base en la remuneración debida al concesionario en el año inmediatamente anterior. Una interpretación contraria podría generar una remuneración incompleta al concesionario y la promoción de un sistema deficitario.

2.5.1.6. CONCLUSIONES ACERCA DEL RÉGIMEN TARIFARIO CONTRATO DE CONCESIÓN N.º1

En conclusión, una interpretación armónica de las cláusulas del contrato arroja la necesidad imperiosa de atribuir plenos efectos a aquel entendimiento que promueva un sistema autosostenible (cláusula 20.1 del contrato de concesión), o sostenible, si se quieren invocar los términos del artículo 31 de la Ley 1753 de 2015. Lo anterior está en línea con lo pactado por las partes desde su origen, pues allí se incluía la necesidad de que la tarifa técnica permitiera la implantación de un sistema equilibrado que promoviera la escalabilidad del SITM-MIO (cláusulas 1.166 y 20.5 del contrato). La tarifa técnica debía también asegurar la suficiencia de los recursos para la operación, administración, mantenimiento de los equipos que formaran parte del SITM-MÍO (artículo 14 de la Ley 86 de 1989 y, actualmente, artículo 31 de la Ley 1753 de 2015).

⁶¹ Cfr. numeral 1.3. del Pliego de Condiciones. Cuaderno de Pruebas No. 8.6 Folio 1555 – 1640 y Cuaderno 1.2. Folio 96.

⁶² Cuaderno 8.5. Folios 1348 – 1354. Cfr. Comunicación No. DT-E419-2006 del 4 de agosto de 2006.

Así, pues, con el fin de permitir la funcionalidad del sistema, el Tribunal debe atribuir plenos efectos a la adenda N.º 4 y a las demás cláusulas por cuya virtud la tarifa técnica debe ser calculada a partir del valor de los egresos del sistema que incluye la remuneración pactada para el concesionario (cláusulas 42 y 43 del contrato) resultante de multiplicar los kilómetros recorridos (cláusulas 23 y 43 modificadas por la adenda N.º 4 de la Licitación Pública) durante el año anterior, por la tarifa licitada por el concesionario (cláusulas 1.106, 1.107, 1.108, 23, 43, 69, Adenda N.º 4, otrosí N.º 6 que modificó la cláusula 43 del contrato, y comunicación No. DT-E419-2006 del 4 de agosto de 2006 por la cual Metro Cali responde las preguntas formuladas por Blanco y Negro Masivo S.A), ajustada en la forma prevista en la cláusula 23 del contrato.

Recopilando los elementos de juicio estudiados, para el Tribunal es claro que esta interpretación está en armonía con las recomendaciones presentadas por Steer Davies Gleave que propone calcular la tarifa técnica a partir de los egresos del sistema, lo cual obliga a considerar la participación de los concesionarios de transporte *“la multiplicación de la tarifa por kilómetro ajustada multiplicada por el número de kilómetros en servicio de la flota”* y no en función de la remuneración recibida por los concesionarios en el año inmediatamente anterior. Esto último, tal como lo advierte el dictamen pericial rendido por Strategas Consultores S.A., es precisamente el error de cálculo del que parte Metro Cali pues la estimación de los egresos del sistema se realizó por parte del ente gestor con base en lo pagado en el año inmediatamente anterior, en contravía de la gran variedad de cláusulas contractuales que orientan el cálculo de los egresos básicos del sistema, para actualizar la tarifa técnica, con base en los kilómetros recorridos por la tarifa licitada.

Así, los elementos de juicio disponibles son contundentes en señalar que el cálculo de la tarifa técnica no debía realizarse con base en lo efectivamente pagado a los concesionarios en el año inmediatamente anterior al periodo de ajuste y según los ingresos recaudados a través de la tarifa al usuario. Una interpretación en ese sentido, se reitera, implicaría la implantación de un sistema deficitario en el que la demanda de pasajeros es inferior a la esperada, que además es ajena a los principios de autosostenibilidad del sistema y suficiencia de recursos de los que tratan las disposiciones legales y contractuales a las que se ha hecho referencia.

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, al aplicar la primera regla de interpretación de los contratos, conforme a la cual se debe procurar, en primer lugar, indagar por la intención de las partes (art. 1618 Código Civil), el Tribunal encuentra probado que la verdadera intención de Metro Cali y Git Masivo, era que la actualización de Tarifa Técnica,

conforme lo prevé la cláusula 23 del contrato de concesión N° 1 de 2006, se hiciera con base en los Egresos Básicos del Sistema, entendidos estos como la participación de los agentes del sistema, y en particular de los concesionarios, con base en la tarifa licitada multiplicada por el número de kilómetros recorridos en el año inmediatamente anterior. Esta intención se encuentra manifiesta en la comunicación No. DT-E419-2006 del 4 de agosto de 2006 “*con base en la tarifa licitada ajustada y no en función de los valores pagados a los concesionarios*”⁶³ y en la adenda N° 4 de la licitación que originó el citado contrato de concesión. Estos documentos precontractuales forman parte integral del contrato y tienen poder vinculante para ambas partes y, en particular, permiten verificar que la intención de Metro Cali, desde la etapa precontractual, era que la actualización de la Tarifa Técnica se hiciera con base en la tarifa licitada multiplicada por el número de kilómetros recorridos en el año inmediatamente anterior, y no con base en lo efectivamente pagado a los agentes del sistema en ese periodo.

De otra parte, aplicando la regla de interpretación consagrada en el artículo 1622 del Código Civil, que consagra el principio de interpretación sistemática del contrato, el análisis de la cláusula 23, junto con otras cláusulas (tales como la 20.5, que define la tarifa técnica y la 43 sobre la remuneración del concesionario), así como frente a la cláusula 20.1 que consagra el principio de autosostenibilidad del sistema MIO, permite también concluir que la interpretación correcta del contrato es que la actualización de la Tarifa Técnica se debe hacer con base en la tarifa licitada multiplicada por el número de kilómetros recorridos en el año inmediatamente anterior, y no con base en lo efectivamente pagado a los agentes del sistema en ese lapso pues en la definición de Tarifa Técnica se incluye el concepto de remuneración del concesionario, la cual a su vez está integrada por la participación económica que le corresponde recibir al concesionario con base en la tarifa licitada multiplicada por el número de kilómetros recorridos.

De igual modo, al aplicar la regla de interpretación contenida en el artículo 1620 del Código Civil, conforme a la cual “*el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquél en que no sea capaz de producir efecto alguno*”, también es posible llegar a la misma conclusión sobre la forma en que debe interpretarse la cláusula 23 del contrato de concesión en cuanto a la forma en que Metro Cali debe actualizar la tarifa técnica. En efecto, si se acogiere la interpretación aplicada hasta ahora por Metro Cali (actualizar la tarifa técnica con base en lo efectivamente pagado a los agentes del sistema en el año anterior), ello generaría un déficit que el sistema no podría resolver y que lo haría insostenible desde el punto de vista económico, lo cual a su vez

⁶³ Cuaderno 8.5. Folios 1348 – 1354. Cfr. Comunicación No. DT-E419-2006 del 4 de agosto de 2006.

iría en abierta contradicción con el principio de autosostenibilidad contemplado en la cláusula 20.1 del contrato, interpretación que haría inocua esta última cláusula. La interpretación contraria, y que el Tribunal considera correcta (que la actualización de la Tarifa Técnica se debe hacer con base en la tarifa licitada multiplicada por el número de kilómetros recorridos en el año inmediatamente anterior) es concordante con el principio de autosostenibilidad consagrado en la cláusula 20.1 y haría que ésta tuviera el efecto útil o funcional que dicho principio legal establece, conforme al artículo 14 de la Ley 86 de 1989, vigente al momento de celebrar el contrato de concesión N° 1 de 2006, y también el nuevo principio de sostenibilidad de los sistemas de transporte masivo, consagrado en el actualmente vigente artículo 31 de la Ley 1753 de 2015.

El Tribunal debe preferir aquella interpretación que le asigna un efecto útil y eficaz a las cláusulas contractuales con base en las reglas contenidas en los artículos 1620 y 1621 del Código Civil. Al respecto, considera que dicha interpretación es aquella que resulta de calcular la tarifa técnica en función de multiplicar los kilómetros recorridos por la tarifa licitada por el concesionario. Este entendimiento es el que garantiza la eficiencia del sistema, pues a pesar de que el número de pasajeros llegue a ser inferior al estimado, el número de kilómetros recorridos puede mantenerse, o aumentar, o disminuir, lo cual será sujeto a la programación que finalmente realice Metro Cali como ente gestor del sistema. Ciertamente, este cálculo reconoce los costos reales de operación del SITM-MÍO y conlleva para la Alcaldía de Santiago de Cali el deber de fijar la tarifa al usuario teniendo en cuenta estos ajustes en forma anual, cada mes de febrero, con el propósito de asegurar la autosostenibilidad del sistema.

Para el Tribunal, entonces, la voluntad de las partes es clara en cuanto a la interpretación que se debe dar a la cláusula 23 del contrato, y en particular, de la manera en que se debe actualizar la tarifa técnica. A la misma conclusión se llega aplicando las reglas de interpretación lógica y de interpretación sistemática del contrato.

Ahora bien, si en gracia de discusión se admitiere que la cláusula 23, en cuanto a la forma de actualizar la Tarifa Técnica, fuere oscura o ambigua – que no lo es -, dicha ambigüedad u oscuridad debería interpretarse en contra de Metro Cali, quien dispuso el contenido de la citada estipulación contractual, por aplicación de la regla *contra proferentem* por virtud de la cual ese tipo de cláusulas deberán interpretarse en contra de quien las redactó.

Por todo lo anterior, el Tribunal encuentra que Metro Cali incumplió las obligaciones a su cargo en cuanto al régimen tarifario pactadas en el contrato de concesión N.º 01. Ello por cuanto el ente gestor calculó la tarifa técnica en contravía de las estipulaciones

contractuales, lo cual a su vez incidió en el cálculo que realizaba la Alcaldía de Santiago de Cali para la fijación de la tarifa al usuario, generando con ello un impacto negativo en la remuneración que debía recibir Git Masivo. En efecto, a pesar de que los múltiples estudios atrás analizados dejaron en evidencia los incumplimientos de Metro Cali, el ente gestor se mantuvo en su negativa de dar cumplimiento a las recomendaciones presentadas por el Departamento Nacional de Planeación.

Sin embargo, en función de las consideraciones expuestas más adelante en esta providencia en cuanto al otrosí N.º 6 y al contrato adicional número 1, el Tribunal deberá declarar que el incumplimiento de Metro Cali se tendrá por ocurrido para el periodo comprendido entre la suscripción del contrato y la firma del adicional número 1, y con posterioridad a diciembre del año 2014, esto es, después de la firma del otrosí número 6. Así, para efectos de las indemnizaciones a que haya lugar, no se causará ningún tipo de obligación reparatoria para el periodo que comprende la suscripción del adicional número 1 y la celebración del otrosí número 6, como más adelante se explicará en esta providencia.

Síguese del anterior análisis, que habrán de prosperar las pretensiones (i) undécima, precisando que Git Masivo tiene derecho a recibir la remuneración pactada conforme a los parámetros indicados en este laudo; (ii) duodécima; (iii) decimotercera; (iv) decimocuarta; (v) decimoquinta, en la medida en que se trata simplemente de la reiteración de una obligación contenida en el contrato; (vi) decimosexta, en la medida en que la demandada no gestionó los recursos requeridos para asumir los valores no cubiertos por los ingresos de tarifa al usuario; (vii) decimoséptima y (viii) quincuagésima segunda, precisando que Metro Cali deberá continuar calculando la tarifa técnica conforme a los parámetros anteriormente establecidos. Para efectos de ese cálculo, y en atención a que el dictamen pericial elaborado por la firma Strategas Consultores S.A., solo tiene establecida la cifra hasta diciembre de 2016, la demandada deberá aplicar la fórmula contenida en ese dictamen, para calcular la tarifa técnica desde enero de 2017, hasta la fecha de terminación del contrato.

2.5.2. Pretensiones declarativas relacionadas con la falta de implementación e integración del Sistema Integrado de Transporte Masivo (SITM) MÍO de la ciudad de Cali

Teniendo en cuenta que las controversias relativas a la falta de implementación e integración del sistema integrado de transporte masivo se recogen en las pretensiones 7 (literal x), 18, 19, 20, 21, 23, 27 y 29 de la reforma de la demanda, el Tribunal, para efectos

prácticos, procederá a estudiarlas en conjunto. El contenido de esas pretensiones es el siguiente:

Séptima: Que se declare que METRO CALI S.A, incumplió sus obligaciones legales y contractuales relacionadas con el Otrosí No. 6 del 18 de diciembre de 2014 al:

(...)

x.No cumplir con el cronograma previsto para la entrega de infraestructura necesaria para el Sistema

(...)

Decimoctava: Que se declare que METRO CALI S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales en materia de implantación del Sistema MIO.

(...)

Decimonovena: Que se declare que METRO CALI S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales en materia de construcción y entrega oportuna de infraestructura del Sistema MIO “concretándose estas, especialmente, al conjunto de bienes como Patios y Talleres, corredores, estaciones, etc., que se encuentren destinados a la operación del Sistema MIO y/o que tengan que ver con la movilidad de los autobuses y de los usuarios”.

Vigésima: Que se declare que METRO CALI S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales relativas a su deber como ente gestor al no cumplir con la prioridad del Transporte Masivo Sobre el Transporte Publico Colectivo (TPC) y evitar la sobreposición de rutas.

[...]

Vigesimoprimera: Que se declare que METRO CALI S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales como ente gestor al no ejecutar los actos necesarios para el retiro oportuno del Transporte Publico Colectivo (TPC) e impedir la prestación paralela de medios ilegales de transporte público (paralelismo y piratería).

Primera Subsidiaria. a la Vigesimoprimera: Que se declare que METRO CALI S.A. incumplió sus obligaciones legales y contractuales al no realizar las gestiones a su cargo para retirar oportunamente el Transporte Público Colectivo (TPC) y la prestación paralela de medios ilegales de transporte público (paralelismo y piratería).

[...]

Vigesimotercera: Que se declare que METRO CALI S.A. incumplió sus obligaciones, legales y contractuales en materia de gestión, planeación y control del Sistema MIO.

Vigesimoséptima: Que se declare que METRO CALI S.A. incumplió sus obligaciones al no indemnizar o compensar al Concesionario de Transporte GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A. los efectos económicos derivados de la ocurrencia de los riesgos a su cargo tales como de la disponibilidad de infraestructura, de implantación y de variación de tarifas.

“Vigesimonovena: Que se declare que los incumplimientos de METRO CALI S.A. tienen incidencia sobre los riesgos asignados al Concesionario de Transporte GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A. y

que en consecuencia, debe indemnizar los perjuicios que son consecuencia de ello”.

i. Posición de la parte convocante

En criterio de la parte convocante, según lo expresado en la demanda reformada, así como en los alegatos de conclusión, la implantación o implementación del SITM-MIO está compuesta de tres etapas fundamentales que comprenden las obligaciones de Metro Cali como ente gestor del sistema a saber: (i) el retiro progresivo del TPC, la priorización del SITM y el control en la prestación paralela de medios ilegales de transporte “*paralelismo y piratería;*” (ii) la entrega de la infraestructura necesaria para la operación del SITM-MIO; y (iii) el incumplimiento en la gestión y control del Sistema Integrado Único de Recaudo (SIUR).

La entrada del SITM y la desvinculación progresiva del TPC

A juicio de la parte convocante, Metro Cali S.A. en su condición de ente gestor del SITM-MIO, tenía la obligación de realizar una coordinación interinstitucional en conjunto con la Secretaría de Movilidad de Santiago de Cali, con el fin de retirar las rutas y vehículos y tarjetas de operación del TPC y evitar la sobreposición de rutas entre los dos sistemas. Para esos efectos, según lo expresado en la demanda, el incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales de Metro Cali S.A. en materia de implantación del sistema surge, en concreto, por no haber velado por la correcta ejecución del Convenio Interadministrativo de Utilización de Vías y Operación del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Cali del 11 de febrero de 2003 celebrado entre Metro Cali S.A. y la Secretaría de Movilidad, lo cual dio lugar a que no se cumpliera con la desvinculación progresiva del TPC, la aparición de medios ilegales de transporte y el paralelismo entre los dos sistemas que generó además una competencia entre el TPC y el SITM.

Para esos efectos, la parte convocante ha indicado que Metro Cali suscribió diversos otrosíes al convenio en mención, con el fin de velar por la correcta ejecución interinstitucional para retirar el TPC, así como establecer un control al transporte no autorizado para lo cual se adoptó un cronograma de salida del TPC, según el cual para el 8 de agosto de 2015 deberían estar canceladas las rutas y tarjetas de operación del TPC y con ello garantizar la entrada del SITM-MIO. A pesar de lo anterior, la parte convocante advierte que las rutas que integran el TPC no fueron retiradas en cumplimiento del cronograma en mención y que el transporte ilegal no fue debidamente controlado por parte del ente gestor. De ahí que, Metro Cali haya incumplido sus obligaciones legales y contractuales por cuanto no dio prioridad al SITM respecto del TPC

con el fin de evitar la sobreposición de rutas e impedir la prestación paralela de servicios ilegales de transporte público “*paralelismo y piratería*”, circunstancia que terminó favoreciendo la competencia entre el TPC y el SITM.

Ahora bien, también advierte la convocante que, aunque la Secretaría de Movilidad tenía importantes obligaciones a su cargo para velar por el retiro progresivo del TPC, lo cierto es que Metro Cali estaba obligada en todo caso a velar porque las obligaciones derivadas de dicho convenio fueran cumplidas por parte de la autoridad de tránsito. Cabe resaltar que el convenio en mención, según lo explica la demandante en sus alegatos de conclusión, encuentra importancia en la medida en que la cláusula 3.8 del otrosí N.º 6 al Contrato de Concesión establece una obligación expresa a cargo de Metro Cali S.A. de velar por el cumplimiento al otrosí N.º 3 del Convenio Interadministrativo en lo relativo a la competencia entre el TPC y el SITM.

Es decir que, la falta de gestión por parte del ente gestor habría dado lugar a que no se cumplieran las obligaciones legales y contractuales relacionadas, particularmente, con la cancelación de rutas y tarjetas de operación del TPC para el 8 de agosto de 2015. Según lo explica la actora en sus alegatos de conclusión “*a pesar de que están contempladas claramente las obligaciones de la Secretaría dentro de unos plazos perentorios, cuyo seguimiento debía realizar METRO CALI como obligación expresamente prevista a cargo de METRO CALI (el Otrosí No. 6 fue suscrito el 19 de diciembre de 2014), METRO CALI solo requirió a la Secretaria información sobre su cumplimiento hasta el 25 de mayo de 2015, más de cinco (5) meses de la suscripción y a tan solo dos meses y medio antes del vencimiento del plazo*”. Es decir que, Metro Cali S.A., habría incumplido sus obligaciones en materia de desvinculación gradual del TPC aún después de la suscripción del otrosí N.º 6 en mención.

Todo lo anterior, a juicio de la parte convocante, generó un incentivo para que los usuarios utilizaran los sistemas de TPC paralelo al MIO, así como otros medios de transporte alternativo (motos, camperos, etc.) que trae consigo la falta de generación de los ingresos esperados de la implementación del sistema. Ello explica también, a juicio de Git Masivo, que no se haya alcanzado la demanda prevista de 960.000 viajes por día, pues según lo explica solo se alcanzaron 475.000 viajes por día.

Para explicar lo anterior, la convocante comienza por advertir que a partir del documento CONPES 3504 del 17 de diciembre de 2007 surgió la necesidad de la eliminación de rutas del TPC, así como la reducción y eliminación de su capacidad transportadora. Con ello, el Convenio Interadministrativo introdujo importantes previsiones, en especial, a

través de la cláusula 5 de dicho instrumento, por virtud de la cual se habría pactado la exclusividad del SITM respecto del TPC, que debía ser garantizada por parte del ente gestor. Al respecto, agrega que a pesar de que Git Masivo no tenía exclusividad respecto de los demás concesionarios de transporte masivo, sí debía tener exclusividad respecto del TPC, lo cual encuentra respaldo en las cláusulas 7 y 8 del contrato de concesión.

Por otra parte, la cláusula 5 del convenio también propuso una obligación coordinada entre el ente gestor y la Secretaría de Movilidad con el fin de revocar los permisos de operación o de ruta del TPC de acuerdo con un esquema de transición. Pues bien, en cuanto al régimen de transición, agrega la parte convocante que la cláusula 7 del convenio en mención, señalaba que el incremento gradual del cubrimiento del SITM debía ir acompañado de una reducción gradual de la oferta del TPC. Para esos efectos, según explica, el anexo N.º 1 al convenio interadministrativo, planteaba dos etapas consecuenciales, la primera a cargo de la Secretaría de Movilidad, y la segunda con participación de los concesionarios.

La primera etapa, según se afirma en la demanda, comprendía la estructuración de los permisos y rutas del SITM, que contenía a su vez (i) el ajuste de la capacidad transportadora, para lo cual la Secretaría de Movilidad debía modificar o revocar los permisos de ruta existentes; (ii) revocación de los permisos por cumplimiento de edad; (iii) revocación de permisos de ruta en corredores del SITM en zonas de exclusividad del SITM. En esto último, agrega la parte convocante, que el Anexo N.º 4 al Convenio Interadministrativo exigía la necesidad de establecer zonas de exclusividad para el SITM con unos derechos de paso de las rutas del TPC, únicamente en aquellas zonas en las que fuera imposible impedir el paralelismo entre los dos sistemas y cuando no excediera el derecho de paso de 600 metros.

Por su parte, la segunda etapa comprendía la adquisición de un número de vehículos adscritos al TPC por parte de Metro Cali, en coordinación con la Secretaría de Movilidad, en el área de influencia con el único fin de dar cumplimiento a lo previsto por el Anexo N.º 8 del Conpes N.º 3166 del 23 de mayo de 2002. Al respecto, la actora indica además que la cláusula 57 del contrato de concesión exigía que, para efectos de realizar la vinculación de la flota, Metro Cali debía cumplir con un protocolo legal, técnico y tecnológico, pero a pesar de ello, el ente gestor vinculó flota aún cuando la Secretaría de Movilidad no había cancelado las matrículas ni reestructurado las rutas. Con ello, hubo un incumplimiento de lo previsto en la cláusula 58 del contrato de concesión, en línea con el apéndice 7 del mismo instrumento, pues la vinculación de flota estaba ligada a la reducción de la oferta del TPC.

Así, pues, la falta de gestión que advierte la convocante surge, según lo expuesto en sus alegatos de conclusión, en la medida en que *“a pesar de que están contempladas claramente las obligaciones de la Secretaría dentro de unos plazos perentorios, cuyo seguimiento debía realizar METRO CALI como obligación expresamente prevista a cargo de METRO CALI (el Otrosí No. 6 fue suscrito el 19 de diciembre de 2014), METRO CALI solo requirió a la Secretaria información sobre su cumplimiento hasta el 25 de mayo de 2015, más de cinco (5) meses de la suscripción y a tan solo dos meses y medio antes del vencimiento del plazo”* (destacado fuera de texto).

Así, en materia de obligaciones conjuntas entre el gestor y la autoridad de tránsito municipal, según lo explica Git Masivo, *“[d]e esta forma, la Secretaria debía actuar de conformidad el Anexo No. 1 del Convenio, en una primera etapa i) ajustando la capacidad transportadora, ii) revocando permisos por cumplimiento de edad y iii) revocando permisos de ruta en corredores del SITM y en zonas de exclusividad del SITM. Posteriormente, en una segunda Etapa se daba la transición a partir de la adquisición de vehículos de Transporte Público Colectivo (TPC) por METRO CALI, en la cual hay un trabajo conjunto entre la Secretaría y METRO CALI, mediante el cual este último, directa o indirectamente por medio de sus Concesionarios, tiene a su cargo la adquisición de vehículos de transporte público en el área de influencia necesarios para dar cumplimiento a los compromisos. Los concesionarios solo podían intervenir si se había cumplido por parte de la Secretaria de Tránsito la primera etapa”*.

Acerca del SIUR

La parte convocante señaló además que existe un incumplimiento por parte de Metro Cali en relación a la gestión y control oportuno del Sistema Integrado Único de Recaudo (SIUR) y la entrega de la infraestructura tecnológica pues existe mora en la entrega de la instalación de los equipos del SIUR. Añadió que en la etapa de preguntas y respuestas Metro Cali había afirmado que la duración de la etapa de transición del SIUR sería de dos años; sin embargo, podría ser mucho menos dependiendo de la efectividad con que fuera realizada la transición del sistema de pago; así mismo, se había señalado que la obligación de instalar, probar y poner en funcionamiento los equipos del SIUR estaba a cargo del concesionario del SIUR.

Expuso también que los problemas referentes al SIUR se presentaron desde el inicio de la licitación pública debido a que la misma fue declarada desierta y para ese momento ya se encontraba en ejecución la etapa preoperativa del contrato de concesión No. 1.

Por último, advierte que cuando se adjudicó el contrato del sistema de recaudo los concesionarios empezaron a identificar una serie de eventos en donde se alteraba la validación de los viajes, lo que generó un proceso de evasión en el sistema MÍO, lo anterior fue informado a Metro Cali mediante comunicación GIT-STM-0047-2012 y el mismo a través de comunicación No. 4-3717-12 señaló que la tecnología implementada permitía un nivel de evasión técnica la cuál estaba siendo ajustada por el concesionario del SIUR.

Acerca de la infraestructura

En relación con el tema de entrega de la infraestructura, la convocante sostiene, en síntesis, que con el oficio DTE-170, Metro Cali estableció un cronograma de implementación del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Cali. Agrega que mediante oficio DT-125 de 2006, esta entidad entregó un cronograma de ejecución de las obras de infraestructura para las fases 1 y 2 del sistema integrado de transporte masivo de Santiago de Cali, en el cual se definió que la correspondiente a la fase 1 debía haber sido entregada en su totalidad para el 29 de abril de 2008 y que la de la fase 2 debía haber sido entrega en su totalidad el 27 de septiembre de 2009.

Indica así mismo, que en los cronogramas mencionados también quedaron expresamente señaladas las obras que comprendían la implementación de la infraestructura de las Fases 1 y 2 del Sistema, haciendo una relación de sus componentes.

Específicamente sobre los patios, Git Masivo manifiesta que en la etapa de preguntas y respuestas de los proponentes, Metro Cali afirmó que aquellos serían entregados antes de iniciar la etapa de operación regular.

ii. Posición parte convocada

Para empezar, la parte convocada advierte una falta de legitimación por pasiva, por cuanto a la luz de lo establecido en el objeto social de Metro Cali, el pliego de condiciones, el contrato de concesión y sus modificaciones, a aquella no le asiste la obligación de realizar obras de construcción, ni determinar la permanencia del TPC o gestionar el sistema de información unificado de recaudo (SIUR). En criterio de Metro Cali a ésta le corresponde únicamente coordinar las actividades para su realización, por lo cual no puede existir ningún reproche en su contra.

Para esos efectos, señala que es la Secretaría de Movilidad de Santiago de Cali la entidad encargada de regular la existencia y permanencia del TPC. Del mismo modo, considera que la construcción y conservación de los corredores troncales del SITM es una obligación a cargo de la Secretaría de Infraestructura y Valorización de la ciudad. De manera que, en su criterio, la coordinación de las tareas a cargo de Metro Cali para el cumplimiento de sus cometidos en materia de implantación del sistema, constituye una obligación de medio y no de resultado en la medida que depende también del cumplimiento de obligaciones de terceros.

Bajo los mismos argumentos, la convocada señala que se ha configurado el hecho de un tercero como una causal de ausencia de responsabilidad. Por lo demás, advierte una ausencia de solidaridad pues ni la ley, ni el contrato de concesión ni sus modificaciones indican que Metro Cali haya asumido la obligación de responder en forma solidaria por las acciones y omisiones de terceros respecto de la ejecución o no de compromisos relacionados con la realización de obras de construcción, entrega de infraestructura, la permanencia del TPC y la gestión del SIUR.

Además, que los acuerdos bilaterales suscritos entre las partes del contrato de concesión aislaron la posibilidad de atribuirle a Metro Cali cualquier reclamación por incumplimiento en la implantación del SITM-MÍO en la ciudad de Santiago de Cali. Ello por cuanto la demandada no podría valerse de los instrumentos contractuales para solicitar su cumplimiento y al mismo tiempo la nulidad o resolución de los negocios jurídicos bajo estudio.

En cuanto a la desvinculación gradual del TPC y la entrada del SITM

En cuanto a la regulación y control de la existencia y permanencia del TPC, la convocada señala en la contestación de la demanda que esta actividad se encuentra a cargo de la Secretaría de Movilidad de Santiago de Cali, atribución que fue realizada mediante Resolución N.º 014667 del 1 de octubre de 2012 emitida por la Superintendencia de Puertos y Transporte. Así, la Secretaría de Movilidad es la entidad encargada de determinar la licitud del TPC y generar los correctivos necesarios. A su juicio, Metro Cali ha realizado todas las actividades a cargo para asegurar la implementación del SITM en la ciudad de Santiago de Cali, en forma coordinada con la autoridad de transporte y no es la entidad competente para regular la movilidad en la ciudad o asegurar el retiro del TPC.

En este mismo orden, señala que la implementación del TPC tiene como sustento la suscripción del Convenio Interadministrativo, mediante el cual la autoridad de transporte asumió obligaciones que incluían la revocatoria de permisos de operación, la no expedición de nuevos permisos, el control del acceso a las rutas del sistema para impedir el acceso a terceros y determinar mecanismo de manejo de aquellas zonas. Así las cosas, la competencia que se atribuye a Metro Cali se trata de una competencia ajena al ámbito de sus funciones que son reservadas a terceros distintos e independientes del ente gestor.

Ahora bien, en cuanto a la implementación del sistema, se advierte que la cláusula 6 del otrosí n.º 2 al Convenio Interadministrativo planteaba una transición gradual del ingreso del transporte masivo y la salida del TPC. Esta transición, explica la convocada, consistía en un requisito indispensable para efectos de reducir la oferta del TPC contenida en la cláusula 58 en concordancia con el apéndice 7 del contrato de concesión. Para esos efectos, en sus alegatos de conclusión, señala que el testimonio de Juanita Concha da cuenta de las gestiones adelantadas por Metro Cali en cuanto a sus obligaciones de supervisión y seguimiento del Convenio. Ello por cuanto la testigo presentó diversas comunicaciones que habría enviado el ente gestor a la Secretaría de Movilidad para que ésta asumiera las tareas a su cargo.

Sin embargo, según lo señala la demandada en la contestación de la demanda, habría sido Git Masivo quien no permitió la vinculación y operación de la flota en el SITM-MIO debido a su incumplimiento al contrato de concesión, pues con ello han retardado la reducción de la oferta del TPC. Al respecto, advierte que la composición accionaria de los concesionarios incluía la participación de compañías que forman parte del TPC según quedó contenido en la proforma 11 del contrato de concesión, que además fue una condición para acceder a la operación del transporte masivo.

Aunado a lo anterior, advierte que la comunicación del 1 de febrero de 2018 suscrita por el Secretaria de Movilidad da cuenta de que esta entidad está encargada, por virtud de lo establecido en el Decreto 1079 de 2015, la Ley 105 de 1993 y la Ley 336 de 1996, de gestionar las actividades necesarias para la prestación de servicios de transporte masivo, colectivo, individual y mixto, y que por ende, Metro Cali no es autoridad de tránsito ni transporte, y su gestión se circunscribe a la prestación del SITM-MIO.

Lo anterior cobra importancia, según lo explica en la medida que el retiro de buses por parte de la Secretaría de Movilidad no se pudo materializar pues fueron las empresas socias de los concesionarios las que ejercieron acciones legales en contra del retiro de

rutas. Esto conllevó a una competencia entre el SITM y el TPC que perjudicó a todos los agentes del sistema, que ocurrió por la propia negligencia del concesionario en exigirle a sus socios conductas que desbordan en competencia desleal.

Además, señala que con ocasión de la suscripción del otrosí n.º 6 del 18 de diciembre de 2014, no podría alegarse incumplimiento alguno con anterioridad al año 2010 tal como se hace en la reforma de la demanda. Ello por cuanto, Git Masivo habría convalidado la transacción incorporada en dicho documento, que además hace tránsito a cosa juzgada.

Así las cosas, sostiene que ha realizado todas las actividades a cargo para asegurar la implementación del SITM en la ciudad de Santiago de Cali, en forma coordinada con la Secretaría de Movilidad y que Metro Cali no es la entidad competente para regular la movilidad en la ciudad o asegurar el retiro del TPC. Por estas razones, reitera en sus alegatos de conclusión lo propuesto en las excepciones de mérito en cuanto a que se configura la falta de legitimación en la causa, hecho de un tercero y ausencia de solidaridad en cuanto a la reducción de la demanda del TPC y la implantación del SITM.

En cuanto al SIUR

Por otro lado, señala la convocada que el 1 de julio de 2008 Metro Cali suscribió el contrato de concesión de la plataforma tecnológica SIUR con la Unión Temporal de Recaudo y Tecnología -UTR&T. El objeto de dicho contrato planteaba que el concesionario, UTR&T, debía realizar el diseño, implementación, integración, financiación, puesta en marcha y mantenimiento del sistema de información unificado de respuesta del sistema MÍO. En consecuencia, UTR&T es la entidad encargada de gestionar el sistema SIUR y por lo tanto quien tendría la carga de otorgar la implantación tecnológica del sistema pues ni la ley, ni el contrato de concesión, ni sus modificaciones, indican que Metro Cali haya asumido la obligación de gestión del SIUR.

Es por ello que, a su juicio, Metro Cali no tenía la obligación de realizar la implantación tecnológica. Para esos efectos se explica además que existe una responsabilidad compartida respecto de los equipos instalados a bordo de los autobuses entre los concesionarios de la operación de transporte y la UTR&T con relación a la compra de los mismos y su posterior utilización. Así, considera que existe una falta de legitimación en la causa por pasiva pues la responsabilidad de gestión del SIUR estaba a cargo de UTR&T. Por último, advirtió que la cláusula cuarta del contrato de concesión No. 1 previó la posibilidad de celebrar contratos de concesión con terceros para la operación del transporte haciendo referencia al SIUR.

En cuanto a la infraestructura

En lo correspondiente específicamente a los patios y talleres, afirmó Metro Cali que la obligación de entrega de ellos podía realizarse de manera provisional o definitiva, que ambos casos suponían el cumplimiento de dicha obligación y que se había autorizado el arrendamiento de otro patio adicional (Patio Provisional Sur).

Respecto a la pretensión decimonovena, la demandada manifestó que no existía prueba alguna de la existencia de las obligaciones cuyo incumplimiento reclamaba la demandante relacionadas con la entrega de infraestructura. Manifestó que solo existía la obligación de entregar dos patios antes del inicio de la etapa de operación regular, lo que había sido cumplido por Metro Cali, y advirtió que dentro del proceso de selección y en el contrato no existían estudios referidos a la entrega de la infraestructura y que los estudios señalados por la demandante correspondían a etapas muy preliminares por lo cual estaban sujetos a variaciones.

Al contestar los hechos de la reforma de la demanda principal, relacionados con la obligación de infraestructura, la demandada relacionó las actividades ya desplegadas en relación con ésta, señaló que anexo al contrato modificatorio No. 6 se encuentra un cronograma para la elaboración de la infraestructura correspondiente, cuya fecha de vencimiento estaba pendiente al momento de radicar la demanda, por lo cual no es posible predicar la existencia de incumplimiento alguno y destacó que en cabeza de Metro Cali no se encuentran obligaciones de construcción sino de coordinación de la entrega de la infraestructura.

En su alegato de conclusión, la pasiva manifestó que las afirmaciones sobre el incumplimiento de Metro Cali desconocen el contenido de los acuerdos celebrados entre las partes, específicamente el otrosí No. 6, que, afirma, expresamente consagró la decisión de concederle a Metro Cali un plazo adicional para la entrega de obras de infraestructura.

Adicionó que no existía sustento probatorio para afirmar que hay una relación entre la ausencia de la rapidez esperada en la entrega de la infraestructura y una disminución considerable de la demanda de pasajeros. Señala también que, por el desarrollo tecnológico existente para el ingreso al sistema integrado de transporte masivo, no resultaba necesaria la existencia de terminales o estaciones.

iii. Consideraciones del Tribunal

Como se ha explicado anteriormente, en cuanto a las obligaciones del ente gestor del SITM-MIO en la ciudad de Santiago de Cali, Metro Cali tiene la responsabilidad de la evaluación y seguimiento de la operación del SITM MIO, según se desprende, particularmente, del Acuerdo N.º 16 del 26 de diciembre de 1998, el Convenio Interadministrativo de Utilización de Vías y Operación del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Cali del 11 de febrero de 2003⁶⁴, los estatutos sociales de Metro Cali⁶⁵, el Contrato de Concesión N.º 1 del 15 de diciembre de 2006⁶⁶ y los documentos CONPES 3166 de mayo de 2002, 3369 de 2005 y 3767 del 2013⁶⁷.

Ahora bien, una de las obligaciones que a juicio de la convocante fue inobservada por parte del ente gestor, está relacionada con la “implantación” o “implementación” del SITM-MIO, en la medida que Metro Cali no cumplió con sus obligaciones legales y contractuales al no atribuirle prioridad y exclusividad al SITM sobre el TPC y evitar la sobreposición de rutas, no ejecutar los actos necesarios, ni realizar las gestiones debidas para lograr el retiro oportuno del TPC y con ello evitar la prestación paralela de medios ilegales de transporte público que denomina “*paralelismo y piratería*”. Al respecto, es preciso anotar que, aunque la actora advierte la necesaria intervención de la Secretaría de Movilidad, lo cierto es que, a su juicio, Metro Cali incumplió sus obligaciones en la medida que no veló por la adecuada y correcta ejecución del Convenio Interadministrativo que forma parte del contrato de concesión.

Antes de analizar los argumentos planteados por Git Masivo en cuanto a las obligaciones de “implantación” o “implementación” del SITM-MIO, el Tribunal considera necesario comenzar por estudiar si existen o no obligaciones de la naturaleza indicada, legales o contractuales, asumidas por el ente gestor, para luego determinar el alcance de estas y evaluar su posible incumplimiento de cara a los elementos de juicio disponibles en el expediente.

Para empezar, es necesario definir el alcance de la obligación de implantación o implementación del SITM-MÍO de conformidad con lo pactado en el contrato de concesión. Para esos efectos, es preciso indicar que las consideraciones del contrato señalan que “*Metro Cali S.A., es la sociedad titular del SITM MIO y tiene a su cargo el*

⁶⁴ Folios 160 a 192 del cuaderno número 4.

⁶⁵ Folios 201 a 248 del cuaderno número 1.4.

⁶⁶ Folios 13 a 202 del cuaderno número 1.

⁶⁷ Folios 148 a 189 del cuaderno número 1.4.

desarrollo e implementación del mismo".⁶⁸ (destacado fuera de texto). Sin embargo, en dicho contrato, no se estableció una definición precisa acerca del alcance de las obligaciones de implantación o implementación del SITM-MIO. Así, resulta indispensable recordar la regla prevista en la cláusula tercera del contrato de concesión en materia de interpretación, por cuya virtud *"los términos que se incluyan en las cláusulas y en los Apéndices del presente Contrato de Concesión, se entenderán según su sentido natural y obvio, salvo el caso de las palabras que se definen en el presente Contrato o en el Pliego de Condiciones"*⁶⁹ (destacado fuera de texto).

Pues bien, al respecto, es preciso indicar que el pliego de condiciones tampoco consagra una definición precisa y concreta en cuanto a las nociones de "implantación" o "implementación" del sistema.⁷⁰ Adicional a ello, a pesar de que el marco legal aplicable consagra algunas menciones en cuanto a la obligación de "implantación" del servicio público de transporte, tampoco define con precisión el alcance de su contenido. En verdad, por ejemplo, el artículo 21 de la Ley 336 de 1996 señala que la prestación del servicio público de transporte podrá convenirse también cuando *"la iniciativa particular proponga conjuntamente la construcción de la infraestructura del transporte y la prestación del servicio, o la implantación de un sistema de transporte masivo"* (destacado fuera de texto).

En ese sentido, con miras a definir el alcance de estas nociones, es indispensable acudir entonces a su tenor literal o "natural y obvio" según lo pactado por las partes. Para esos efectos, la Real Academia de la Lengua Española define el término *"implementar"* como *"[p]oner en funcionamiento o aplicar métodos, medidas, etc., para llevar algo a cabo."*⁷¹ A su turno, el mismo instrumento define "implantar", especialmente, como *"[e]stablecer y poner en ejecución nuevas doctrinas, instituciones, prácticas o costumbres"*.⁷²

Ahora bien, al respecto, es preciso anotar que, en el arbitraje de *Este es Mi Bus S.A.S. contra Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. Transmilenio S.A.*,⁷³ el Tribunal Arbitral se ocupó de estudiar el alcance de las nociones de implantación, implementación e integración en materia del Sistema Integrado de Transporte Público-SITP, en los siguientes términos:

⁶⁸ Cuaderno de Pruebas N.º 8.5. Folio 93.

⁶⁹ Cuaderno de Pruebas N.º 8.5. Folio 125.

⁷⁰ Cuaderno de Pruebas N.º 8.6 Folios 1561-1573

⁷¹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Disponible en <http://dle.rae.es/?id=L4RvR9g>, consultado el 7 de noviembre de 2018.

⁷² Id.

⁷³ Laudo Arbitral de Este es Mi Bus S.A.S. contra Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. Transmilenio S.A. de 6 de julio de 2018. Páginas 148 y 149.

“El significado atribuido por las partes a las nociones de implantación, implementación e integración puede examinarse desde una perspectiva general o particular, referida a la totalidad o a una o varias de sus partes, segmentos o componentes del Sistema Integrado de Transporte Público -SITP-, a todas, una o varias de las modalidades de integración operativa, física, virtual, del medio de pago y tarifaria. En la concepción de la política pública, y en su marco general regulador, el “Sistema Integrado de Transporte Público”- SITP- es un todo homogéneo, compacto e integrado con todos los modos de transporte: Transporte Masivo, Transporte Público Colectivo, Transporte Público Individual, sus complementos, Red de Intercambiadores modales, Red de Estacionamientos y Red de Peajes (arts. 14, Decreto 309 de 2009 y 1º, Decreto 319 de 2009), la infraestructura y el Sistema Integrado de Recaudo, Control e Información y Servicio al usuario. Incluye en sus componentes, los otros modos previstos en el Plan Maestro de Movilidad, como el Metro. En la política pública, la implantación, implementación e integración del “Sistema Integrado de Transporte Público”- SITP-, se predica de todos sus componentes, incluye el Metro, el Tren de Cercanías y el Transporte de Pasajeros por Carretera. En el mismo sentido, la integración total del SITP, en la política pública, comprende la integración operacional y tarifaria, tanto física como virtual a través de las modalidades de integración previstas en la norma. **La implantación e implementación constituye la iniciación gradual o progresiva del esquema, y la integración, la articulación, vinculación y operación integrada, tarifaria y de recaudo como unidad compacta conforme a las modalidades de integración previstas[...]” (destacado fuera de texto).**

A partir de lo anterior, aunque en el contrato de concesión no se consagró una definición expresa de “implementación” o “implantación” del SITM-MIO, el Tribunal considera que su contenido literal, natural y obvio, de acuerdo con las cláusulas del contrato, comprende todas aquellas actividades que, por segmentos o en forma integral, Metro Cali entraría a coordinar como ente gestor del sistema para lograr la efectiva puesta en marcha del SITM-MIO. Adicionalmente, es preciso anotar que el objeto social de Metro Cali, contiene también importantes previsiones en cuanto a la implementación del SITM señalando para esos efectos que el ente gestor está facultado para la **“ejecución de todas las actividades previas, concomitantes y posteriores para construir y poner en operación el sistema de transporte masivo de la ciudad de Santiago de Cali y su zona de influencia”** (destacado fuera de texto).⁷⁴

Dicho lo anterior, es preciso ahora estudiar los posibles incumplimientos que advierte la convocante en materia de implantación o implementación. Para esos efectos, es preciso recordar que lo planteado por ella está compuesto de tres vertientes en particular a saber (i) la desvinculación gradual del TPC y la entrada exclusiva del SITM-MIO; (ii) la construcción y entrega de la infraestructura para el desarrollo del SITM-MIO y; (iii) la

⁷⁴ Cuaderno de Pruebas No. 1.1 Folios 219 – 227

gestión y control del Sistema Integrado Único de Recaudo (SIUR), todas estas cuyo incumplimiento la parte convocante pretende sea imputable a Metro Cali como ente gestor y titular del SITM-MIO.

2.5.2.1. LA DESVINCULACIÓN GRADUAL DEL TPC Y LA ENTRADA DEL SITM-MIO

Para efectos de determinar el alcance de las obligaciones de Metro Cali. en materia de prestación del servicio de transporte público, en especial en lo relacionado con la puesta en marcha del SITM y la salida gradual del TPC, es preciso acudir primero al marco legal que regula la actividad de transporte público en Colombia para luego estudiar el proceso de implantación o implementación del SITM-MIO y la consecuente desvinculación del TPC en la ciudad de Santiago de Cali.

- EL TRANSPORTE PÚBLICO MASIVO DE PASAJEROS EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

Para empezar, es preciso anotar que el transporte público es un servicio público esencial cuya prestación deberá ser garantizada por el Estado de conformidad con los lineamientos previstos en el ordenamiento jurídico colombiano. Para esos efectos, el artículo 3 de la Ley 105 de 1993 señala que “[l]a operación del transporte público en Colombia es un servicio público **bajo la regulación del Estado, quien ejercerá el control y la vigilancia necesarios para su adecuada prestación** en condiciones de calidad, oportunidad y seguridad.” (destacado fuera de texto). Al respecto, el artículo 5 de la Ley 336 de 1996 agrega que “[e]l carácter de servicio público esencial bajo la regulación del Estado que la ley le otorga a la operación de las empresas de transporte público, implicará la prelación del interés general sobre el particular, especialmente en cuanto a la garantía de la prestación del servicio y a la protección de los usuarios, conforme a los derechos y obligaciones que señale el Reglamento para cada Modo.” (destacado fuera de texto).

Lo anterior, está en línea con lo previsto por el artículo 365 superior el cual indica que la prestación de servicios públicos es una finalidad social y un deber superior del Estado colombiano, que además podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, a través de comunidades organizadas o por particulares. En cualquier caso, indica la precitada norma constitucional que, “el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.” Así mismo, el artículo 3º de la Ley 80 de 1993 señala que es deber de las entidades estatales el de asegurar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados.

Sin embargo, tratándose de transporte masivo de pasajeros, existen disposiciones especiales que regulan su alcance. Al respecto, es preciso tener presente la definición que sobre el transporte masivo de pasajeros trae el artículo 2.2.1.2.1.2 del Decreto 1079 del 2015 según la cual “[s]e entiende por transporte masivo de pasajeros el servicio que se presta a través de una combinación organizada de infraestructura y equipos, en un sistema que **cubre un alto volumen de pasajeros y da respuesta a un porcentaje significativo de necesidades de movilización.**” (destacado fuera de texto). Con anterioridad a esta norma, el artículo 2 de la Ley 86 de 1989, definía el sistema de servicio público urbano de transporte masivo de pasajeros como “*el conjunto de predios, equipos, señales, paraderos, estaciones e infraestructura vial utilizados para satisfacer la demanda de transporte en un área urbana por medios de transporte sobre rieles u otro modo de transporte*”.

Así mismo, para la fecha de celebración del Contrato de Concesión, se encontraban vigentes, en particular, las leyes 105 de 1993, 336 de 1996 y 310 de 1996 que también incluían importantes previsiones en cuanto al transporte masivo de pasajeros. Por ejemplo, el artículo 3 de la Ley 336 de 1996 otorgaba prioridad a la utilización de medios de transporte masivo sobre los demás sistemas de transporte público, mientras que el artículo 85 de la misma norma señalaba los requisitos necesarios para que la Nación participara con aportes de capital, en dinero o en especie, en la solución de sistemas de transporte masivo de pasajeros. Del mismo modo, el artículo 3 de la Ley 105 de 1993 que consagraba los principios del transporte público, requería desde esa época de la participación de las autoridades competentes para fomentar el uso de medios de transporte masivo. El artículo 2 de la Ley 310 de 1996 señalaba también algunos requisitos para que la nación y sus entidades descentralizadas cofinanciaran o participaran en proyectos relacionados con el sistema de servicio público urbano de transporte masivo de pasajeros.

Más recientemente, la Ley 1753 de 2015, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “*Todos unidos por un nuevo país*” señala en su artículo 32 (que modifica el artículo 132 de la Ley 1450 de 2011) que “[p]ara efecto de lo establecido en el presente artículo, se entiende como: **Sistemas Integrados de Transporte Masivo (SITM)** las soluciones de transporte público para municipios o áreas metropolitanas con población superior a los 600.000 habitantes; [...] **Sistemas Integrados de Transporte Público (SITP)**, las soluciones de transporte que busquen proporcionar cobertura al 100% de la demanda de transporte urbano para municipios o áreas metropolitanas donde se han implementado los SITM [...]” (destacado fuera de texto).

El Contrato de Concesión bajo estudio define el “*Servicio Público de Transporte Masivo*” como el “*regulado por la Ley 336 de 1998, Ley 310 de 1996 y el Decreto 3109 de 1997, o las normas que los adicionen, complementen, reglamenten o sustituyan*”. Así mismo, el citado instrumento define el “*Servicio Público de Transporte Colectivo*” como “*el servicio público de transporte terrestre automotor colectivo municipal de pasajeros regulado por la Ley 336 de 1996 y el Decreto 170 de 2001, o las normas que los adicionen, complementen, reglamenten o sustituyan*”.

El Consejo de Estado también se ha pronunciado en materia de transporte colectivo de pasajeros y transporte masivo de pasajeros a la luz de la normatividad colombiana. Para esos efectos, esta corporación ha indicado que:

*“El régimen jurídico del servicio público de **transporte colectivo de pasajeros** encuentra su desarrollo legal en la Ley 336 de 1996, y el Decreto 170 de 2001, entre otras disposiciones.*

*La Ley 336 de 1996, por la cual se adopta el Estatuto Nacional del Transporte, prevé en el artículo 3° que corresponde a las autoridades competentes en la regulación del transporte público exigir y verificar las condiciones de seguridad, comodidad y accesibilidad requeridos para garantizar a los habitantes la eficiente prestación del servicio básico, **dando prioridad a la utilización de medios de transporte masivo.***

De conformidad con el artículo 8° de la misma ley, el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Transporte, ejerce la suprema dirección y tutela administrativa de las autoridades que conforman el sector y el sistema de transporte.”⁷⁵ (destacado fuera de texto).

A partir de lo anterior, para el Tribunal existe suficiente soporte legal para afirmar que la prestación del servicio de transporte masivo de pasajeros es un servicio público cuya prestación deberá ser asegurada por el Estado a través del control y vigilancia necesarios. Ahora bien, el sistema de servicio público urbano de transporte masivo de pasajeros está ideado para cubrir un alto volumen de usuarios y responder a un porcentaje significativo de necesidades de movilización cuya prioridad debe ser garantizada por el Estado. En verdad, debido a su alto impacto en la movilidad y el transporte, el Estado está facultado legal y constitucionalmente para asegurar su prestación por conducto de particulares mediante la celebración de contratos de concesión o contratos interadministrativos.

Ahora bien, el objeto de la licitación MC-DT-001-2006 bajo estudio comprendía, particularmente “[...] **la explotación del Servicio Público de Transporte Masivo de Pasajeros del Sistema MIO** en los términos, bajo las condiciones previstas en el

⁷⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. C.P. Marco Antonio Vejilla Moreno. Expediente N.º 11001032400020080004400. Bogotá, D.C., 14 de mayo de 2015.

*contrato*⁷⁶ (destacado fuera de texto). La adjudicación se realizó mediante la Resolución N.º 415 del 16 de noviembre de 2006⁷⁷ por virtud de la cual se adjudicaron 4 contratos de concesión, entre ellos el de Git Masivo. Una vez celebrado el Contrato de Concesión N. 1, fue incluido en su objeto, según consta en la cláusula 1, “[o]torgar en Concesión no **exclusiva**, conjunta y simultánea con otros Concesionarios, y **exclusiva respecto de otros operadores de transporte público colectivo, la explotación del servicio público de transporte masivo del Sistema MIO al CONCESIONARIO**, por su cuenta y riesgo, en los términos, bajo las condiciones y con las limitaciones previstas en el presente Contrato.”⁷⁸ (destacado fuera de texto). Así, resulta claro que desde la licitación se planteaba la obligación de otorgar exclusividad al SITM sobre el TPC en la ciudad de Santiago de Cali.

- **ACERCA DE LA IMPLANTACIÓN DEL SITM-MIO A NIVEL LOCAL CON LA PARTICIPACIÓN DE LOS AGENTES DEL SISTEMA**

Con miras a lograr una introducción adecuada del sistema de transporte masivo de pasajeros en la ciudad de Santiago de Cali, y garantizar su adecuada prestación, se dispuso de un sistema normativo que requería del compromiso y colaboración conjunta entre los distintos agentes del sistema, esto es, entre los concesionarios, el ente gestor y la autoridad de tránsito competente. Lo anterior, con la finalidad de reducir la flota vinculada al TPC y evitar la sobreposición de los sistemas, la competencia por pasajeros y, en especial, para lograr la eficiencia del sistema. Para esos efectos, diversos instrumentos —incluso con anterioridad al contrato de concesión que aquí se estudia— han recomendado diferentes mecanismos para lograr la desvinculación gradual del TPC y llegar a una implantación efectiva del SITM.

Así es como el documento CONPES 3166 del 23 de mayo de 2002 propuso que, para efectos de obtener la participación de la Nación en un SITM para la ciudad de Santiago de Cali, era necesario reducir la sobreoferta del TPC y permitir la operación exclusiva del SITM. Al respecto, dicho instrumento señalaba la necesidad de “[d]efinir e implantar mecanismos que **garanticen la reducción de la sobreoferta de vehículos de servicio público colectivo**, entre otros, la cancelación de matrículas, la definición de la reglamentación de los procedimientos de **desintegración física** y su verificación, de conformidad con los estudios que realice **Metro Cali y la Secretaria de Tránsito de la ciudad de Cali** tratando de minimizar el costo a los usuarios y con la conformidad del

⁷⁶ Cuaderno 8.6. Folio 1560.

⁷⁷ Cuaderno de Pruebas N.º 8.5 Folios 1266-1270.

⁷⁸ Cuaderno 1.2. Folio 124.

Ministerio de Transporte para tal fin.” (destacado fuera de texto). Para esos efectos, se contemplaba ya un plazo máximo de tres años para lograr la reducción del TPC en los corredores del SITM⁷⁹.

Por su parte, el CONPES 3260 del 15 de diciembre de 2003, insistió en que, para efectos de obtener la participación de la Nación en un proyecto de transporte urbano masivo, era necesario cumplir con el proceso de reducción del TPC⁸⁰. Lo propio fue reiterado más adelante en el CONPES 3368 del 1 de agosto de 2005 que condicionó los aportes de la Nación a la reducción de la sobreoferta, modificación y cancelación de rutas del TPC⁸¹.

Ahora bien, en cuanto a la necesidad de evitar la competencia por pasajeros entre el TPC y el SITM, el documento CONPES 3369 de 2005 propuso hacer efectivo el plan de reorganización de rutas del TPC para evitar la competencia por pasajeros entre los dos sistemas⁸². Con este propósito, el citado CONPES insistió en sugerir la reducción de la sobreoferta de los vehículos del TPC mediante la cancelación de sus matrículas y la desintegración física de vehículos **“de conformidad con los estudios que realice Metro Cali y la Secretaría de Tránsito de la ciudad de Cali”** (destacado fuera de texto).

⁷⁹ Según el citado CONPES ***“[l]a implementación por parte del Municipio de un programa administrativo y gerencial para reducir la sobreoferta actual de transporte público en un período no mayor a tres años, acorde con el cronograma establecido en el anexo 8, y contados a partir de la aprobación del presente documento. La eficiencia operacional del SITM sólo se alcanzará si por cada puesto introducido al sistema por los nuevos buses de alta y mediana capacidad, se retiran 1.4 puestos de los vehículos de transporte público existentes”***⁷⁹. [...] ***La modificación y/o cancelación de las rutas existentes para permitir la operación exclusiva de los vehículos y servicios del SITM en los corredores del mismo. No existirá ningún tipo de servicio público de transporte terrestre automotor colectivo de pasajeros en los corredores que conforman el SITM”*** (destacado fuera de texto).

⁸⁰ Para esos efectos, el citado CONPES señaló que ***“[e]n cualquier caso deberá establecerse como compromiso necesario de los Municipios la reorganización del servicio remanente de transporte público colectivo, garantizando la eliminación de la sobreoferta, la prestación del servicio en todas las zonas del municipio y la reestructuración de los servicios de las empresas de transporte público, garantizando la calidad en la operación, así como facilitando la prestación del servicio de transporte masivo. Para ello las empresas gestoras deberán estructurar el desarrollo de las fases del proyecto garantizando en todo momento la prestación del servicio de transporte en el municipio”*** (destacado fuera de texto).

⁸¹ ***“Obligaciones Especiales de las Entidades Territoriales***

La participación de la Nación requiere el cumplimiento por la entidad territorial de las siguientes condiciones:

i) ***Definir e implantar mecanismos que garanticen la reducción de la sobreoferta, entre otros, la cancelación de matrículas, la definición de la reglamentación de los procedimientos de desintegración física y su verificación, de conformidad con los estudios que realicen los Entes Gestores y las Secretarías de Tránsito y Transporte de cada ciudad tratando de minimizar el costo a los usuarios y con la conformidad del Ministerio de Transporte para tal fin.***

ii) ***Modificar y cancelar las rutas existentes de transporte público, adecuando la capacidad transportadora según corresponda en cada momento, reestructurándolas a medida que entre en servicio el SITM, de acuerdo con los estudios de reordenamiento de rutas adelantado por las Secretarías de Tránsito y Transporte de cada ciudad de manera que garantice la demanda esperada para el SITM.***

[...]

viii) ***Reducir la sobreoferta de transporte público como mínimo en los porcentajes recomendados en los estudios técnicos del Proyecto procurando minimizar el costo a los usuarios del sistema”*** (destacado fuera de texto).

⁸² ***“Para el cumplimiento del cronograma propuesto y la coordinación adecuada del sistema, Metro Cali deberá abrir la licitación de operación durante el segundo semestre de 2005 para lo cual el municipio de Santiago de Cali deberá haber hecho efectivas las disposiciones que se establezcan en el plan de reorganización de rutas de transporte público colectivo, impidiendo de esta manera la competencia por pasajeros entre los dos sistemas”***. (destacado fuera de texto).

En consecuencia, el citado instrumento propuso la adopción de una obligación conjunta para que entre la autoridad de tránsito local y el ente gestor del sistema MIO promovieran mecanismos para lograr la desvinculación gradual del TPC. En verdad, entre las propuestas recogidas en este documento CONPES, se destaca la de “[m]odificar y **cancelar** las rutas existentes de transporte público, adecuando la capacidad transportadora según corresponda, reestructurándolas a medida que entre en servicio el SITM” para lo cual “el Municipio deberá reordenar el sistema de rutas de transporte público colectivo actual, de acuerdo con los resultados obtenidos del estudio que adelantarán la **Secretaría de Tránsito y Transporte y Metro Cali S.A.**” (destacado fuera de texto).

Es decir que, a través de un trabajo coordinado entre la Secretaría de Movilidad y Metro Cali, se sugirió la implementación del SITM-MIO en forma exclusiva sobre el TPC, en forma progresiva y complementada con el TPC, mientras se lograba la implantación del SITM, para asegurar una prestación eficiente del servicio. Al respecto, es relevante traer a colación lo dispuesto por el Documento CONPES 3504 del 17 de diciembre de 2007 “Sistema Integrado de Servicio Público Urbano de Transporte Masivo de Pasajeros para Santiago de Cali - Seguimiento” por cuya virtud “la operación del SITM, especialmente durante la implementación de cada una de sus fases, no se vea interferida por el transporte colectivo tradicional, **sino complementada por este, para así asegurar el servicio a todos los usuarios**” (destacado fuera de texto)⁸³.

Las obligaciones conjuntas y coordinadas entre la Secretaría de Movilidad y el ente gestor del SITM-MIO, con miras a lograr la implantación del sistema y el retiro del TPC, se remontan incluso a la suscripción del Convenio Interadministrativo de Utilización de Vías

⁸³ Pág. 5. Resaltado por fuera del original.

“III. NUEVO ALCANCE DEL PROYECTO (...)

Para la correcta operación de cada una de las fases del sistema, es necesario que el Municipio de Santiago de Cali y las entidades competentes adelanten las gestiones necesarias de reorganización y eliminación de rutas de transporte público colectivo actual, así como de reducción y eliminación de su capacidad transportadora, teniendo en cuenta la implantación por fases del SITM MIO. Ello debe buscar que la operación del SITM, especialmente durante la implementación de cada una de sus fases, no se vea interferida por el transporte colectivo tradicional, sino complementada por este, para así asegurar el servicio a todos los usuarios” (p. 5)

“V. IMPACTOS, CRONOGRAMA Y FASES DE EJECUCIÓN

D. CRONOGRAMA Y FASES DEL PROYECTO

De acuerdo con el cronograma de desarrollo del proyecto, preparado por Metro Cali S.A., el inicio de la operación del sistema se tiene previsto para el 2008. El alcance de esta operación inicial está sujeto a la disponibilidad de la infraestructura, los componentes de apoyo a la operación que corresponden a la fase 1 del proyecto y el plan de reorganización y eliminación de rutas de transporte público colectivo. La fase 2 está prevista para iniciar operación un (1) año después del inicio de la fase 1 y está sujeta a las mismas consideraciones señaladas para la fase 1 (...)

“VII. RECOMENDACIONES

Solicitar al Municipio de Santiago de Cali y a Metro Cali S.A., de manera conjunta, y de acuerdo a sus respectivas competencias: (...)

- *Desarrollar e implementar un plan de reorganización y cancelación de rutas y capacidad transportadora de las empresas de transporte público colectivo, de conformidad con las fases de implementación del SITM y conforme a los resultados del Estudio contratado por la Secretaría de Tránsito y Transporte del Municipio de Santiago de Cali, de conformidad con los plazos previstos en el Cuadro 7.” (resaltado fuera de texto original).*

y Operación del Sistema Integrado de Tránsito Masivo de Cali del 11 de febrero de 2003, celebrado entre la Secretaría de Movilidad de Santiago de Cali y Metro Cali con anterioridad al contrato de concesión bajo estudio.

El citado instrumento contenía importantes previsiones en cuanto a la exclusividad que tiene Metro Cali sobre el SITM y de velar por su cubrimiento gradual, así como respecto de las obligaciones asumidas por la Secretaría de Movilidad, particularmente para revocar unilateralmente los permisos del TPC en la ciudad sobre las rutas indicadas en los anexos del Convenio.⁸⁴ Dichas obligaciones fueron incluso reiteradas en el otrosí N.º 2 del 6 de junio de 2006 al Convenio Interadministrativo⁸⁵.

Así mismo, existen otros instrumentos que plantean una obligación conjunta entre la Secretaría de Movilidad y Metro Cali para la implantación o implementación del SITM y el retiro del TPC. El Apéndice 4 del contrato de concesión, planteaba un proceso preciso para la reducción de la oferta del TPC. Para esos efectos, este instrumento señalaba que “[*]la Secretaría de Tránsito y Transporte Municipal ajustará la capacidad transportadora de las empresas de Transporte Público Colectivo, ajustándola a la cantidad de tarjetas de operación vigentes a la fecha[...]*”, así como la “[*d]eterminación de la cantidad de vehículos a retirar del servicio de Transporte Público Colectivo para cada concesionario de transporte masivo, mediante la aplicación de la fórmula establecida en la CLÁUSULA 58 [...] del contrato de concesión”*. Del mismo modo, este apéndice exigía la reducción periódica de la capacidad transportadora de las empresas del TPC para el ingreso progresivo del SITM.

Con miras a lograr lo anterior, el Apéndice 4 del contrato de concesión propuso cuatro alternativas que comprendían (i) la desintegración física de los vehículos de TPC a través del procedimiento que indicara la **Secretaría de Tránsito y Transporte del Municipio de Santiago de Cali**; (ii) la desvinculación de vehículos de TPC para su posterior incorporación al SITM-MIO “*previo cumplimiento de las tipologías y requerimientos técnicos y tecnológico exigidos por Metro Cali S.A.*”(destacado fuera de texto) (iii) la desvinculación de los vehículos del TPC y su vinculación a otro municipio; (iv) la

⁸⁴ Cuaderno de Pruebas N.º 15.10 Folios 198 – 210. Cfr. Cláusulas 5.1 y 7 del citado Convenio. La cláusula 5.1 citado Convenio señala que “**Fundamento de la Exclusividad sobre el SITM. A partir de la titularidad exclusiva de Metro Cali S.A. sobre el SITM, la coordinación de la operación del SITM que se establece por el Convenio respecto de las rutas indicadas en los Anexos Nos 2 y 5, también tiene un carácter exclusivo. En consecuencia, mientras esté vigente el presente Convenio la Secretaría revocará unilateralmente los permisos de operación o de ruta para transporte colectivo que haya otorgado sobre los corredores descritos en el anexo No. 2, con sujeción al Régimen de Transición y en ejercicio de las facultades del Parágrafo del Artículo 24 del Decreto Nacional 170 de 2001. Igualmente la Secretaría se abstendrá de otorgar nuevos permisos de ruta o de operación para cualquier modalidad de transporte terrestre sobre los corredores descritos en el Anexo 2.**” (destacado fuera de texto).

⁸⁵ Cuaderno de Pruebas N.º 15.10 Folios 239 – 254. Cfr. Cláusulas 4.2, 5 y 6 del citado otrosí N.º 2.

desvinculación de vehículos del TPC y su posterior cambio de servicio público a servicio particular.⁸⁶

Así mismo, para la implantación exclusiva del SITM-MIO respecto de los demás operadores del TPC, a la que alude la cláusula 1 del Contrato de Concesión⁸⁷, era necesaria también la intervención de la Secretaría de Movilidad. En efecto, la cláusula 2 del otrosí N.º 2 Convenio Interadministrativo que regula el “[f]undamento de la [e]xclusividad sobre el SITM”⁸⁸, señaló que mientras estuviera vigente el citado convenio, la operación del SITM tenía **un carácter exclusivo**, lo cual implicaba que **“la Secretaría revocará gradualmente en forma unilateral los permisos de ruta para transporte colectivo que haya otorgado sobre los Corredores descritos en el Anexo No. 1 con sujeción al Esquema de Transición y en ejercicio de las facultades del Parágrafo del Artículo 24 del Decreto Nacional 170 de 2001.”** (destacado fuera de texto).

Para lograr tal cometido de exclusividad, se planteó un esquema de transición, con una participación importante por parte de la Secretaría de Movilidad, según consta en la cláusula 6 del citado otrosí por cuya virtud “[c]on base en el carácter revocable de los permisos de rutas previstos en el Artículo 24 del Decreto Nacional 170 de 2001, la Secretaría **revocara** (sic) **la totalidad de permisos de ruta, que establezcan rutas sobre corredores del SITM o sobre las zonas de exclusividad del SITM.** De igual manera, la Secretaría **modificara** (sic) **aquellas rutas que transiten de manera parcial por los corredores o las zonas de exclusividad del SITM, de manera que se elimine el tránsito** (sic) **parcial por dichos corredores o zonas de exclusividad del SITM”** (destacado fuera de texto).

Por otro lado, en cuanto al paralelismo, el anexo No. 4 del otrosí en mención⁸⁹ estableció que **“[l]os derechos de paso de las rutas el Transporte Público colectivo sobre los corredores troncales y pretroncales, en los carriles mixtos, solo podrán otorgarse de forma parcial en aquellos corredores que por su trazado vial y/o desarrollo de infraestructura sea imposible impedir el paralelismo entre los dos sistemas, siempre y cuando este derecho de paso no exceda 600 mts. Debe entenderse por paralelas o paralelismo aquellos corredores que se encuentren dentro de la zona de influencia**

⁸⁶ Cuaderno de Pruebas N.º 8.6 Folio 1765-1769.

⁸⁷ “Otorgar en Concesión no exclusiva, conjunta y simultánea con otros Concesionarios, y exclusiva respecto de otros operadores de transporte público colectivo, la explotación del servicio público de transporte masivo del Sistema MIO al CONCESIONARIO, por su cuenta y riesgo, en los términos, bajo las condiciones y con las limitaciones previstas en el presente Contrato”. (destacado fuera de texto). Cfr. Cuaderno 8.5. Folio 124.

⁸⁸ Cuaderno de Pruebas N.º 15.10. Folio 248.

⁸⁹ Cuaderno de Pruebas N.º 15.10. Folio 284.

de los corredores del Sistema en una distancia a cada lado de 500 mts para corredores Troncales y Pretroncales y de 400 mts para corredores Complementarios” (destacado fuera de texto).

Más recientemente, con miras a controlar el transporte no autorizado, el 19 de diciembre de 2014 la Secretaría de Movilidad y Metro Cali, suscribieron el otrosí N.º 3 al Convenio Interadministrativo, en el cual también se planteaba la intervención de la Secretaría de Movilidad, con una gestión importante por parte de Metro Cali consistente en supervisar mensualmente el avance del proceso de cancelación de las tarjetas de operación de vehículos del TPC. Según dicho instrumento, “[e]l **municipio se comprometió [...] a realizar el retiro progresivo de las rutas del servicio de transporte público colectivo**” (destacado fuera de texto). Para esos efectos, la cláusula 4 de dicho instrumento estableció que “[e]n la medida en que avance el proceso de cancelación de las tarjetas de operación de los vehículos de transporte público colectivo, la Secretaría de Tránsito **debe remitir mensualmente a METRO CALI, dentro de los diez (10) días calendario, un reporte en que identifique uno a uno los vehículos objeto de dicho procedimiento [...]**”⁹⁰ (destacado fuera de texto).

A partir de lo anterior, resulta claro para el Tribunal que para lograr la “*implantación*” o “*implementación*” del SITM-MIO era indispensable la ejecución de obligaciones conjuntas y coordinadas entre la Secretaría de Movilidad y Metro Cali. Sin embargo, también existen distintas previsiones de orden contractual que obligaban al concesionario a asumir una posición activa para lograr la reducción de oferta de TPC. En este sentido, la cláusula 58 del contrato de concesión, planteaba también deberes a cargo de Git Masivo, en materia de reducción del TPC en los siguientes términos:

*“[...] Será requisito indispensable para la autorización de la vinculación de cada autobús, que el **CONCESIONARIO demuestre haber cumplido con el compromiso de reducción de oferta de transporte público colectivo que asumió con la presentación de su propuesta, de acuerdo con el Apéndice 7 Protocolo Legal. [...]**”* (destacado fuera de texto).⁹¹

Al respecto, es preciso anotar que el Apéndice N.º 7 en mención consagra un “*Protocolo Legal de Flota*”. Este instrumento, “*consiste en una serie de pasos y procedimientos que el Concesionario debe seguir para obtener las certificaciones de las autoridades respectivas para la vinculación y habilitación de la flota en cumplimiento de las normas y requerimientos establecidas por la Ley*”.⁹² Para esos efectos, dicho protocolo señalaba

⁹⁰ Cuaderno de Pruebas N.º 15.10 Folios 292 – 293. Cfr. Parágrafo 3 de la Cláusula 4 del citado otrosí N.º 3.

⁹¹ Cuaderno 8.5. Folios 190-191.

⁹² Cuaderno 8.7. Folios 1840-1841.

los requisitos que debían reunir los autobuses que se pretendan vincular al SITM-MIO con el fin de que sean considerados “*legalmente aptos*” para operar en el sistema.

Entre los requisitos exigidos, se estableció la necesidad de que el concesionario —Git Masivo— presentara ante Metro Cali una certificación en la que se indicara que los autobuses fabricados cumplen con la tipología prevista en el Apéndice 2 del contrato de concesión, para lo cual se realizaría una verificación técnica. De igual forma, el concesionario debía obtener el certificado de cumplimiento de especificaciones técnicas y tecnológicas, acreditar que el autobús se encontraba matriculado ante la Secretaría de Movilidad, obtener el SOAT y cumplir con el manual de imagen del SITM-MIO. En caso de que el concesionario no cumpliera con alguno de estos requisitos, Metro Cali estaba en la obligación de suspender la vigencia del certificado de cumplimiento legal del autobús hasta que se cumpliera con tales exigencias y el autobús se encontrara facultado para operar.

Posteriormente, con ocasión de la suscripción otrosí N.º 6 al contrato de concesión, la cláusula 58 en mención fue modificada con el fin de establecer que “[p]ara la autorización de la vinculación de cada autobús Metro S.A. podrá exigir que el **CONCESIONARIO demuestre haber cumplido con el compromiso de reducción de oferta de transporte colectivo que asumió con la presentación de su propuesta, de acuerdo con el Apéndice No. 7 Protocolo Legal**” (destacado fuera de texto).⁹³ Es decir que, desde la presentación de su propuesta, Git Masivo asumió también compromisos en materia de reducción de la oferta del TPC.

Para esos efectos, se planteaba la posibilidad de acudir a una desintegración física total de vehículos de la ciudad de Santiago de Cali o de cualquier otro municipio del país vinculados al TPC de acuerdo con el procedimiento que estableciera la Secretaría de Movilidad. Así mismo, otras alternativas consistían en la desvinculación de los vehículos del TPC para su posterior incorporación al SITM-MIO (previo cumplimiento de las tipologías y requisitos técnicos y tecnológicos exigidos por Metro Cali), su vinculación a cualquier otro municipio, o su cambio de radio de acción.

Así las cosas, para el Tribunal es claro que tanto Git Masivo, como Metro Cali y la Secretaría de Movilidad de Santiago de Cali, tenían a su cargo una serie de obligaciones de orden legal y contractual para efectos de lograr una adecuada “*implementación*” o “*implantación*” del SITM-MIO en la ciudad y con ello lograr reducir el TPC y prestar un servicio de transporte público eficiente en forma progresiva. Así, teniendo en cuenta lo

⁹³ Cuaderno 8.8. Folio 2115.

anterior, es necesario ahora estudiar el cumplimiento de Metro Cali de sus obligaciones en materia de implantación del sistema.

- **ACERCA DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS POR METRO CALI S.A.**

Dicho lo anterior, es necesario ahora identificar, entonces, cuál sería en concreto el incumplimiento que la parte convocante en concreto imputa a Metro Cali—y no a la Secretaría de Movilidad— con relación a la obligación de desvinculación del TPC. Para esos efectos, según lo explica la convocante en sus alegatos de conclusión, Metro Cali tenía la obligación de velar por la correcta ejecución del convenio interadministrativo, deber que resultó ser inobservado por parte del ente gestor.

Pues bien, para empezar, es preciso anotar que por virtud de la cláusula 3.8. del Otrosí No. 6 al contrato de concesión, se consagró como obligación de Metro Cali S.A. la de velar por el cumplimiento del Otrosí No. 3 al Convenio Interadministrativo, en lo relativo a la no competencia entre el TPC y el SITM en los siguientes términos:

*“3.8. Adiciónanse cinco nuevos numerales a la cláusula 10 del Contrato de Concesión, sobre obligaciones de Metro Cali, con los siguientes textos: (...) 10.16. **Velar por la correcta ejecución del otrosí al Convenio Interadministrativo** que en esta misma fecha se celebrará con la Secretaría de Tránsito y Transporte, en el que entre otras cosas, se adopta un cronograma de la salida del transporte colectivo del municipio de Santiago de Cali” (destacado fuera de texto).*

Es preciso anotar que los instrumentos en mención fueron suscritos en fechas concomitantes. El otrosí N.º 3 al convenio Interadministrativo fue suscrito el 19 de diciembre de 2014, mientras que el otrosí N.º 6 al contrato de concesión fue suscrito el 18 de diciembre del mismo año.⁹⁴ Es decir que las partes del contrato de concesión acordaron que entre las obligaciones contraídas por Metro Cali se incluía aquella relacionada con velar por la correcta ejecución del convenio interadministrativo celebrado con la Secretaría de Movilidad y, por ende, de respetar el cronograma propuesto para el retiro del TPC en la ciudad de Santiago de Cali.

Con el objetivo de cumplir las obligaciones contraídas en el Convenio Interadministrativo - conforme a su texto original, o sea antes de la suscripción del otrosí de 2014 -, la Secretaría de Movilidad expidió la Resolución N.º 456 del 15 de agosto de 2007 “por medio de la cual se modifica la capacidad transportadora de las Empresas de Servicio Público Colectivo de la ciudad”. El artículo 2 del citado instrumento señaló que “[p]ara el

⁹⁴ Cuaderno 15.10. Folio 293 y Cuaderno 1.2. Folio 216.

proceso de transición por la entrada del Servicio Público de Transporte Masivo de la Fase I, se reducirán las capacidades transportadoras de las empresas de Servicio Público de Transporte Colectivo de Santiago de Cali". Posteriormente, el 12 de diciembre de 2007, esta misma autoridad expidió la Resolución 4152.9.8.704 por virtud de la cual se adoptaron "los estudios y diseños conceptuales, técnicos, económicos de la reestructuración de rutas del sistema de servicio público de transporte terrestre automotor colectivo de pasajeros de Santiago de Cali, en el proceso de transición a la operación plena del sistema integrado de transporte masivo".⁹⁵

Ahora bien, en materia de reducción de oferta del TPC el informe de auditoría presentado por la Contraloría General de la República en diciembre de 2008, señaló que la primera fase había culminado en forma adecuada, mientras que respecto de la segunda etapa, la Secretaría de Movilidad había iniciado las gestiones pertinentes. Según se desprende de dicho documento, *"[e]l proceso de [r]edución de [s]jobreoferta de vehículos de Transporte Público Colectivo en la ciudad de Santiago de Cali fue adecuadamente cumplido en su primera fase la (sic) culminó el 30 de marzo de 2008. En la actualidad se encuentra en desarrollo la segunda fase de reducción a través de la cual se debe disminuir otro 15% de vehículos de transporte público colectivo, para lo cual la Secretaría de Tránsito Municipal ha iniciado las gestiones pertinentes".⁹⁶*

Sin embargo, a pesar de lo anterior, es factible comprobar que, para la fecha de suscripción del otrosí N.º 6 al Contrato de Concesión, esto es, el 18 de diciembre de 2014, ya se advertía un incumplimiento por parte de los agentes del sistema —aparte de lo ya indicado por parte del concesionario— respecto de la salida del TPC. Por ejemplo, mediante oficio del 29 de mayo de 2015, la Secretaría de Movilidad advirtió que *"[d]esde inicios del año 2015, se ha iniciado el correspondiente proceso de reducción de oferta del Transporte Colectivo en la ciudad".⁹⁷* Es decir que, con anterioridad a la suscripción del otrosí N.º 3 al convenio interadministrativo, las gestiones adelantadas para reducir el TPC en la ciudad resultaron insuficientes.

Según se desprende del otrosí N.º 6 **"diferentes circunstancias han dificultado la salida del transporte público colectivo, entre otras, la presentación de acciones judiciales en contra de los actos administrativos emitidos por el municipio de Santiago de Cali y la falta de resultados frente a los operativos realizados por las autoridades**

⁹⁵ Cuaderno 11.1. Folios 31-63.

⁹⁶ Cuaderno 15.6. Folios 1390-1391.

⁹⁷ Cuaderno 4. Folio 50.

*competentes*⁹⁸ (destacado fuera de texto). Es por eso que el citado instrumento informa acerca de la necesidad de dar cumplimiento al otrosí al convenio interadministrativo, y en especial, al cronograma allí previsto. Sobre este mismo punto, también señaló que “*se hace indispensable definir nuevas fechas para que los Concesionarios correspondientes cumplan las obligaciones pendientes, con el fin de garantizar una adecuada prestación del servicio*” (destacado fuera de texto).⁹⁹

Así, pues, es indispensable analizar si las partes del convenio interadministrativo pactaron algún plazo para el retiro definitivo del TPC. Pues bien, según se desprende del otrosí N.º 3 “*con el fin de lograr la consolidación del Sistema MIO, El Municipio ha fijado un cronograma que contempla las actividades al retiro progresivo de las rutas del servicio de transporte público colectivo que funcionan en la ciudad*”. Para esos efectos, el Tribunal pudo comprobar que fue incluido, en un cronograma anexo al otrosí N.º 3 al convenio interadministrativo, un plazo límite para lograr el retiro del TPC el **8 de agosto de 2015**¹⁰⁰.

De manera que Metro Cali S.A. estaba obligada entonces, entre sus compromisos de gestión y supervisión del sistema, a velar por el cumplimiento de dicho cronograma dentro de los plazos establecidos, así como por el cumplimiento de las demás obligaciones contraídas en forma coordinada con la Secretaría de Movilidad de Santiago de Cali, de conformidad con lo señalado por la cláusula 3.8 del otrosí N.º 6 del Contrato de Concesión atrás transcrita. Sin embargo, una vez analizados los elementos de juicio disponibles, el Tribunal pudo comprobar que el plazo previsto en el cronograma en mención no fue debidamente cumplido por las partes del Convenio Interadministrativo.

Para empezar, en cuanto al cumplimiento del cronograma, el Tribunal pudo comprobar que Metro Cali S.A. reconoció la imposibilidad de cumplir con el cronograma previsto en los términos que indica el convenio interadministrativo y el otrosí N.º 6 al contrato de concesión. En efecto, según se desprende de la comunicación de fecha 19 de agosto de 2015, el Presidente de Metro Cali S.A., le informó al Secretario de Tránsito y Transporte que “***es un hecho que la meta fijada para el día seis (6) de agosto del año 2015 para el retiro definitivo del transporte del transporte público colectivo de esta ciudad no fue alcanzada***, conforme a la solicitud expresa de la Junta Directiva de METRO CALI S.A., realizada en la última sesión de este órgano social, comedidamente nos sea

⁹⁸ Cfr. Cláusula 2.2 “[c]onsideraciones especiales relacionadas con la salida del transporte colectivo y la obligación de operar la flota vinculada”. Cuaderno N.º 1.2. Folios 194-196.

⁹⁹ Cuaderno 1.2. Folio 195-196.

¹⁰⁰ Cuaderno 15.10. Folio 297.

brindada la información suficiente, con la cual podamos elaborar oportunamente los argumentos legales de defensa [...]”¹⁰¹ (destacado fuera de texto).

Aunado a lo anterior, debe señalarse que diversas son las fuentes que indican una superposición de rutas del TPC con las del SITM en la ciudad de Santiago de Cali. Por un lado, de acuerdo con el dictamen pericial elaborado por Cal y Mayor Asociados,¹⁰² aportado por la parte convocante, es dable comprobar que, a diciembre de 2016, aún existe un paralelismo entre el TPC y el SITM que oscila entre el 82 y el 97 por ciento. Las conclusiones de dicho estudio, arrojan que “[...]es un hecho que la reestructuración de rutas del transporte público colectivo convencional adelantada por la Secretaría de Tránsito y Transporte **no ha respetado los criterios de exclusividad del MIO definidos en el Convenio Interadministrativo suscrito entre la Secretaría de Tránsito y Transporte y Metro Cali S.A., hasta el punto que hoy en día aún hay 24 rutas del transporte público colectivo que prestan su servicio en la ciudad y de forma paralela al MIO, pese a que no debería haber ningún servicio en operación para la Fase II de implantación del MIO**” (destacado fuera de texto).

La citada experticia de parte también presenta importantes conclusiones respecto de la prestación paralela de servicios de transporte informales (piratería y paralelismo) durante la operación del SITM-MIO. De acuerdo con dicho estudio, **“el transporte informal ha proliferado en la ciudad de Santiago de Cali durante la implantación del MIO y se ha consolidado como un modo de transporte con aproximadamente 173.000 viajes diarios que compiten directamente con el sistema MIO para perjuicio de este último. Adicionalmente, tampoco se evidenció que existe una integración operativa y tarifaria del MIO con el transporte de camperos en las zonas de ladera de la ciudad, conforme estaba previsto durante la estructuración técnica del proyecto y la licitación MC-DT-001-2006”**¹⁰³ (destacado fuera de texto).

Conclusiones similares fueron presentadas en el estudio de Steer Davies Gleave del 15 de octubre de 2015 remitido al Departamento Nacional de Planeación – DNP que obra en el expediente. Según dicho estudio:

*“7. A pesar de las modificaciones hechas al sistema de rutas y a la expansión del mismo, **la flota del MIO sigue por debajo de lo esperado** (en un 80% de lo definido para fase 2) y con las mismas tipologías vehiculares definidas inicialmente. [...]*

***9.El plan de reestructuración de las rutas de transporte publico** (sic)*

¹⁰¹ Cuaderno 12.2. Folios 252 – 254.

¹⁰² Cuaderno 15.9 Folio 65.

¹⁰³ Cuaderno 15.9 Folio 66.

colectivo o de camperos **no se ha cumplido** en términos de **los trazados de rutas ni de la eliminación de rutas** en las zonas internas de Cali. Por lo anterior, a diferencia de lo esperado para fase 2, en la actualidad **existe competencia del MIO con el transporte público colectivo** en corredores importantes de la ciudad y de los camperos en zonas de alimentación por fuera de la ladera.

10. **Los concesionarios no han cumplido la meta de desvinculación de flota, se encuentran en un 83% de lo esperado.**¹⁰⁴ (destacado fuera de texto).

Por su parte, según lo explicó la testigo Juanita Concha Rivera en su testimonio, quien fungía como Vicepresidente de Operaciones e Infraestructura de Metro Cali, la implementación prioritaria del SITM-MIO no pudo realizarse por cuanto la Secretaría de Movilidad permitía el servicio del TPC pues era el sistema que funcionaba en la ciudad de Santiago de Cali. En palabras de la testigo:

*“[...] con estas cifras de que no estamos ejecutando el plan como debiera ser la **secretaría de movilidad también nos dice cómo le voy a sacar el transporte colectivo, si usted no presta el servicio al mío el transporte colectivo no puede salir** porque sí porque el mío se ha implementado en la ciudad con una mejor calidad de servicio pero no voy a cambiarle al usuario una cosa que le funciona perfectamente por una cosa que no pasa”*

*“[...]en el 2014 cuando estaban en proceso de negociación **nosotros no hemos podido sacar el transporte colectivo porque tiene tarjeta de operación todavía activa** algunos buses que quisiéramos cortar no los hemos podido cortar porque tiene tarjeta de operación activa”*

*“[...]Yo no creo **que nunca se le ha ofrecido una exclusividad de metros acá y allá** porque sin decirle que va a sacar el sistema de transporte colectivo. **No hay forma doctor Falla de que haya exclusividad completa de esos 500 metros** que habla el documento de los que usted hace referencia sin haber sacado el informe (sic) colectivo porque esos 500 metros no existe sino en la reducción de la oferta.”¹⁰⁵ (destacado fuera de texto)*

Sin embargo, no debe pasarse por alto que el apoderado de la actora formuló una tacha de sospecha respecto de la testigo Juanita Concha Rivera. Ello por cuanto el testimonio no habría sido espontáneo, sino preparado con base en documentos no elaborados por la testigo y por los cálculos que realizó como experta en la presente actuación.¹⁰⁶ Pues bien, al respecto el Tribunal pudo comprobar que, como ya se analizó, para la fecha de su declaración, la testigo Juanita Concha fungía como Vicepresidente de Operaciones e

¹⁰⁴ Cuaderno 8.8. Folios 2292-2293.

¹⁰⁵ Cfr. Audiencia del 14 de febrero de 2018.

¹⁰⁶ Según lo expresado por el apoderado de la Parte Convocante, la tacha de sospecha se formula por varias razones, “*la primera su testimonios no han sido espontáneos, su testimonio fue preparado trabajo documentos no elaborados por ella, qué dice haber solicitado para afirmar su testimonio como primera medida dentro del transcurso del testimonio y segundo dada las actuaciones que ella hizo si usted quiere se puede referir al beta o varias actuaciones y el cálculo que ella hizo como perito en caso de que no prosperase la demanda de reconvención, habría más responsabilidad personal de ella y fiscal tendrá que responder ante las entidades de control, ella tiene un interés en esta declaración que le restaría credibilidad a muchas de las aprobaciones que ha hecho las aprobaciones arrancó la pregunta por hacerle la siguiente, por favor señora Concha.*”

Infraestructura de Metro Cali S.A. Del mismo modo, se encuentra acreditado que la testigo fue citada al presente proceso para declarar sobre el informe financiero que elaboró. De modo que, los vínculos de dependencia laboral entre la testigo con Metro Cali S.A. son circunstancias que pueden afectar la credibilidad e imparcialidad de la testigo en los términos del artículo 211 del Código General del Proceso. Así, pues, para efectos de valorar el aludido testimonio, el Tribunal, se reitera, lo tendrá como sospechoso.

No obstante lo anterior, no puede restársele credibilidad a la experticia de Cal y Mayor Asociados ni al estudio presentado por Steer Davies Gleave. En verdad, según se expuso con anterioridad, dichos estudios también dan cuenta de la falta de retiro oportuno del TPC y de la falta de control de servicios de transporte ilegal que ha generado competencia con el SITM-MIO y por ende le resta exclusividad al sistema.

Dicho lo anterior, resulta palmario el incumplimiento en el cronograma dispuesto en el convenio interadministrativo para el retiro del TPC. Así mismo, resulta claro también que la implantación del SITM-MIO no cumplió con el estándar de prioridad ni exclusividad sobre el TPC, y que las rutas del TPC no fueron desvinculadas de manera oportuna, lo cual promovió la prestación paralela de los servicios de TPC y del SITM generando la aparición de medios ilegales de transporte en la ciudad de Santiago de Cali.

Sin embargo, es indispensable ahora estudiar si dicho incumplimiento es imputable a Metro Cali. Para esos efectos, habrá de verificarse las gestiones adelantadas por parte del ente gestor para supervisar la ejecución del convenio interadministrativo y con ello del contrato de concesión.

Al respecto, en cuanto a la cancelación de rutas y tarjetas de operación del TPC, según lo acordado en el otrosí N.º 3 al convenio interadministrativo antes señalado, Metro Cali debía recibir mensualmente, por parte del municipio, un reporte en el que se identificaran los vehículos cuyas tarjetas de operación han sido canceladas. Sobre el particular, el Tribunal pudo comprobar que el 29 de enero de 2015 Metro Cali envió una comunicación al Secretario de Movilidad, en la que se advertía la falta de remisión en forma oportuna de los listados correspondientes.¹⁰⁷ A su turno, el 26 de febrero de 2015 la Secretaría de Movilidad remitió a Metro Cali S.A. un informe en el que se indica que, para el año 2014,

¹⁰⁷ Cuaderno 12.2. Folios 228 - 229. En dicho documento se señaló que “[a]gradecemos el envío de esta información a la brevedad posible pues debía haberse entregado el 10 de enero de 2015, ante lo cual vale recordar que dependemos de la oportuna entrega mensual de la información para poder proceder de acuerdo al modificadorio a los contratos de concesión de transporte cada mes”

se expidieron 14 actos administrativos para la cancelación de rutas, habilitaciones y tarjetas de operación de diferentes empresas del TPC. Según lo informado en dicha comunicación, solo 4 de estos actos administrativos quedaron en firme mientras que los demás fueron recurridos por las empresas.¹⁰⁸

De igual forma, mediante oficio de fecha 25 de mayo de 2015, Metro Cali solicitó nuevamente a la Secretaría de Movilidad de Santiago de Cali, que informara acerca de las gestiones adelantadas en cumplimiento de lo establecido por la cláusula 4 del convenio interadministrativo en cuanto al retiro progresivo de rutas del TPC y la remisión de los listados en mención.¹⁰⁹ En respuesta, la Secretaría de Movilidad expidió el oficio de fecha 29 de mayo de 2015, en el que se informa de manera detallada las acciones tomadas por la autoridad de tránsito para el retiro progresivo del TPC.

En este informe se hace una relación detallada de las compañías adscritas al TPC y el estado del trámite, ya sea en proceso de cancelación de la habilitación y las que continúan habilitadas. Es importante resaltar que dicho documento advierte que a pesar de que algunas licencias fueron canceladas, las mismas fueron posteriormente habilitadas producto de diversas sentencias de tutela.¹¹⁰ Así mismo, el informe bajo estudio, da cuenta de la cancelación de la tarjeta de operación para microbuses y busetas explicando que con motivo de la cancelación de la habilitación de Expreso Palmira y Empresa Cooperativa Especializada de Motoristas y Transportadores Coomoepal Ltda. se cancelaron las tarjetas de operación de aproximadamente 129 vehículos del TPC.¹¹¹

¹⁰⁸ Cuaderno 4. Folio 42.

¹⁰⁹ Cuaderno 12.2. Folio 230 y Cuaderno 4, folios 48 y 49. El citado oficio señala que “[t]eniendo en cuenta que el próximo 4 de junio se celebrara una junta directiva extraordinaria en Metro Cali S.A., la cual contara con la presencia de la Señora Ministra de Transporte, Doctora Natalia Abello Vives y el Señor Viceministro de Transporte, el Doctor Enrique José Nates Guerra; y que uno de los puntos de la agenda a tratar, **consiste en el seguimiento de las obligaciones contraídas por Metro Cali S.A. por Metro Cali S.A. y la Secretaría de Tránsito y Transporte con la suscripción de otrosí número 3 al Convenio Interadministrativo de Utilización de Vías y Operación del Sistema de Transporte Masivo de Cali, resulta necesario que nos haga llegar a la mayor brevedad posible las acciones con sus respectivos resultados que hasta la fecha ha realizado la Secretaria de Tránsito y Transporte, en virtud de la obligación número cuatro y sus respectivos parágrafos (...)**” (destacado fuera de texto).

¹¹⁰ Cuaderno 4. Folio 50. Los fallos de tutela corresponden al fallo de segunda instancia N.º 077 del 18 de diciembre de 2012, 57 del 7 de abril de 2015 y 16 del 8 de enero de 2013, proferidas por Jueces Penales Municipales y de Circuito de la ciudad de Santiago de Cali.

¹¹¹ Cuaderno 4. Folio 50-58. Según el citado documento, “a raíz de la [c]ancelación de la habilitación de la empresa de Transportes EMPRESA COOPERATIVA ESPECIALIZADA DE MOTORISTAS Y TRANSPORTADORES COOMOEPAL LTDA, se cancelaron (60) [s]esenta tarjetas de operación. De igual forma, al ser cancelada la habilitación de la empresa de [t]ransporte EXPRESO PALMIRA, se cancelaron (3) [t]res tarjetas de operación [...] De igual forma, al ser cancelada la [h]abilitación de la EMPRESA COOPERATIVA ESPECIALIZADA DE MOTORISTAS Y

El informe en mención también da cuenta de las acciones tomadas para controlar el transporte ilegal por parte de la Secretaría de Movilidad. Para esos efectos se explicó que *“se han realizado los operativos correspondientes por parte de esta Secretaría, tendientes a controlar, y combatir los focos de ilegalidad en la prestación del servicio público de transporte, para lo cual se destinó un Grupo de Agentes de Tránsito exclusivo con el acompañamiento de la Policía Nacional por los riesgos inherentes con el fin de que se realicen los controles pertinentes. Esta medida busca controlar que a los vehículos a los cuales se les han cancelado las correspondiente Tarjeta de Operación continúen prestado el Servicio Público de Transporte Colectivo, así como el del transporte informal realizando recorridos por las rutas que ya son prestadas por el M.I.O, en detrimento del SITM”*.¹¹²

Más adelante, mediante comunicación del 16 de junio de 2015, Metro Cali insistió nuevamente a la Secretaría de Movilidad a fin de que se entregara un informe en el que se detallaran las actividades desplegadas por la autoridad de tránsito en cumplimiento al cronograma pactado en el otrosí N.º 3 al convenio interadministrativo, en la que se señaló lo siguiente: *“desconocemos [Metro Cali S.A.] el proceso adelantado según el cronograma que se pactó en el mencionado Otrosí”*. Para esos efectos, se advirtió además acerca del *“notorio incremento en toda la ciudad de la operación del servicio público a través de transporte no autorizado, llámese ‘pirata’ o ‘ilegal’, a través de vehículos de servicio particular, especial, y aún más grave, a través de vehículos de TPC a los cuales ya se les ha cancelado su tarjeta de operación y/o habilitación de la empresa de transporte a la cual se encontraban vinculados, siendo esta situación, como es de su pleno conocimiento una de los (sic) principales causas por las que la demanda en el transporte masivo no aumenta [...]”*.¹¹³

Así mismo, en cuanto a los informes mensuales que fueron pactados en el convenio interadministrativo, por los cuales la Secretaría de Movilidad debía reportar a Metro Cali los avances del retiro progresivo de las rutas del TPC y los operativos implementados para controlar el transporte no autorizado, el Tribunal pudo comprobar que el 9 de julio de 2015 el presidente de Metro Cali S.A. solicitó a la Secretaría de Movilidad la remisión de los informes respectivos.¹¹⁴

TRANSPORTADORES COOMOEPAL LTDA. se ha realizado la [c]ancelación de las [t]artejas de [o]peración a (66) sesenta y seis vehículos de transporte [c]olectivo vinculados a la empresa

¹¹² Cuaderno 4. Folios 50-58.

¹¹³ Cuaderno 12.2. Folios 241 – 243. Ver también Cuaderno 4. Folios 59-62.

¹¹⁴ Cuaderno 4. Folios 63-69.

Así pues, las gestiones adelantadas por Metro Cali dan cuenta de que el ente gestor cumplió con su deber de requerir a la Secretaría de Movilidad para que diera cumplimiento a las obligaciones contraídas en materia de retiro de las rutas del TPC y de control de transporte no autorizado.¹¹⁵

A la luz de las anteriores consideraciones, para el Tribunal es claro que los elementos de juicio recaudados dan cuenta del cumplimiento por parte de Metro Cali de sus obligaciones como ente gestor del SITM en lo que a este tema se refiere, al realizar diversas gestiones para supervisar la correcta ejecución del Convenio Interadministrativo, mediante requerimientos o solicitudes dirigidas a la Secretaría de Movilidad encaminadas a supervisar la desvinculación del TPC, así como de los operativos necesarios para evitar la operación de medios de transportes ilegales. Lo anterior demuestra que Metro Cali cumplió en forma suficiente sus obligaciones consistentes en velar por la correcta ejecución del convenio interadministrativo.

Por lo demás, aunque existe evidencia de la sobreposición del TPC con el SITM, de la falta de retiro de las rutas del TPC y de la no cancelación de las tarjetas de operación de rutas y empresas adscritas al TPC, los retardos presentados en la implementación del sistema, la falta de control en los medios de transporte paralelos —“*paralelismo*” y “*piratería*” —, y la falta de prioridad y exclusividad del SITM debe anotarse que dichos incumplimientos no son imputables a Metro Cali. Lo propio fue incluso reconocido por la convocante en sus alegatos de conclusión en los cuales señala que era “**la Secretaría de Tránsito de Cali** [quien] se comprometía a retirar el Transporte Público Colectivo y a controlar el transporte informal (*piratería*) en la ciudad de Cali” (destacado fuera de texto).

Ahora bien, aunque se trataba de obligaciones conjuntas entre la Secretaría de Movilidad y Metro Cali, lo cierto es que esta última tenía apenas una obligación de medios que consistía en realizar la gestión y la supervisión necesaria para la correcta ejecución del convenio interadministrativo, deberes que por lo demás, según lo explicado, han resultado plenamente acreditados de conformidad con el material probatorio recaudado.

¹¹⁵ Cuaderno 12.2. Folios 245 – 251. En el citado documento Metro Cali S.A. señala que “[s]e llama la atención sobre la relevancia que tiene la oportunidad, en la entrega mensual de un informe detallado de los procesos administrativos en curso, iniciados por la Secretaría de Tránsito y Transporte con el objeto de cancelar las tarjetas de operación del transporte público colectivo, según el cronograma elaborado por la Secretaría de Tránsito y Transporte, y las razones de hecho o de derecho (acciones constitucionales, judiciales, etc.), por las cuales a la fecha se evidencia un retraso novedad en el cronograma previsto [...] Solicitamos que en adelante, la Secretaría de Tránsito y Transporte, remita mensualmente un informe detallado de los operativos adelantados por su despacho frente al transporte no autorizado, llámese “pirata” o “ilegal”, en cual se incluyan las placas de los vehículos, el tipo de infracción de tránsito, la cantidad o reiteración de las infracciones cometidas por mismo infractor, y los procesos administrativos que se han venido adelantando, teniendo como fecha de partida el primero de Enero de año en curso; bien sea realizado a través de vehículos de servicio particular, especial o a través de vehículos del TPC a los cuales ya se les ha cancelado su tarjeta de operación y/o habilitación de la empresa de transporte a la cual se encontraban vinculados” (destacado fuera de texto).

En tal virtud, al no encontrar mérito suficiente, el Tribunal desestimará la pretensión vigésima de la demanda reformada. Igual suerte correrá la pretensión vigesimoprimera de la demanda reformada, así como su primera subsidiaria, en la medida en que se trata de peticiones idénticas en el objeto, variando simplemente la forma en que fueron planteadas.

Corresponde por consiguiente estudiar la pretensión primera subsidiaria a la vigésima, así como la segunda subsidiaria a la vigésima primera, en las cuales la parte convocante solicita, en síntesis, que se declare que en la medida en que “los Concesionarios” no pudieron acceder a la prioridad prevista para el transporte masivo sobre el TPC y no se retiró oportunamente este último, se presentaron eventos ajenos y no imputables a Git Masivo que rompieron el equilibrio económico del contrato.

Para resolver esta pretensión, lo primero a precisar es que el pronunciamiento se limitará a todo lo que respecta a Git Masivo y no de manera general respecto de todos los concesionarios, como se solicita en la pretensión. Para ese efecto, el Tribunal parte de las conclusiones anteriormente expuestas, relativas a la distribución de riesgos del contrato, al alcance y contenido del deber de implementación, y ello lo conjuga con la previsión de la cláusula 92 del contrato, conforme a la cual claramente se convino que el riesgo de implementación del sistema MIO corresponde a Metro Cali.

Y como igualmente ha quedado expuesto, la asunción de un riesgo implica que la parte en cuya cabeza se radica, debe soportar los efectos económicos que ese riesgo genere cuando ocurre, y por ende, teniendo en cuenta que la implementación del sistema de transporte masivo de Cali presentó numerosos retrasos, y que éstos deben ser asumidos por Metro Cali en virtud de la distribución de riesgos del contrato, se sigue que los efectos económicos que esos hechos generaron en el concesionario, deben ser pagados por la convocada, para que de esa manera se restablezca el equilibrio económico del contrato, en los términos de la cláusula 91 y de la ley 80 de 1993.

De esta forma, se abre paso la prosperidad de la pretensión subsidiaria a la vigésima, así como de la pretensión segunda subsidiaria a la vigésima primera.

2.5.2.2. EN CUANTO AL SIUR

Corresponde ahora al Tribunal determinar si, como lo alega la parte convocante, Metro Cali tenía a su cargo la obligación de gestionar y controlar oportunamente el Sistema

Integrado Único de Recaudo SIUR y si ello es así, si esta obligación fue incumplida; además determinará si dentro del contrato de concesión No. 1 de 2006 se había fijado una fecha cierta para la implementación del SIUR y la misma no se cumplió.

Para resolver, este Tribunal considera que según lo establece la cláusula 1.154 del Contrato de Concesión, el sistema SIUR hace parte del Sistema MIO, así:

“1.154 Sistema MIO: *Es el conjunto de recursos, infraestructura, predios, bienes, bienes, equipos, instalaciones, SIUR, Concesionarios de Operación de Transporte, usuarios, empresa gestora y Fiducia, y demás agentes que conforman el Sistema Integrado de Transporte Masivo de Pasajeros de Santiago de Cali.*”

Teniendo en cuenta lo anteriormente señalado, es claro que debido a que Metro Cali es el ente gestor del mismo Sistemas MIO, tiene a su cargo la responsabilidad de gestionar, planificar y controlar dicho sistema.

Así las cosas, corresponde ahora analizar si efectivamente es cierto que Metro Cali estaba obligada a controlar y gestionar el SIUR, o si por el contrario, dicha labor no era exclusivamente su responsabilidad, como alega la convocada.

En el punto 1.4.68 del pliego de condiciones de la Licitación Pública No. MC-DT-001 de 2006 se definido el SIUR como: *“El Sistema de Información Unificado de Respuesta del Sistema MÍO.”*

En la Cláusula No.1.152 del contrato de concesión se definido el SIUR como:

1. DEFINICIONES. 1.152 SISTEMA DE INFORMACIÓN UNIFICADO DE RESPUESTA DEL SISTEMA MIO: *Es el conjunto de recursos administrativos, tecnológicos y organizacionales dispuestos por el Concesionario del SIUR que integra a todos los subsistemas y agentes del Sistema MIO en los términos que para tal fin establezca Metro Cali S.A Consta de procesamientos basados en computadoras y/o procedimientos automáticos y manuales que proporcionan información útil, completa y oportuna de la Gestión del Sistema por parte sus Agentes y el control de la Operación del Sistema MIO por parte de Metro Cali S.A. Involucra todas las necesidades de información y de datos estructurales y técnicos relacionados con el Masivo Integrado de Occidente, para suplir las necesidades generadas por el transporte, el recaudo, la seguridad física, Información al usuario, las redes de comunicaciones, la publicidad, la gestión y el control de la operación.*

Adicionalmente en las cláusulas 7.12, 8.5, 9. 16, 10.1, 10.13 y 10.14 del contrato de concesión, sus adendas, modificaciones y otrosíes se establecieron las obligaciones y

derechos de las partes en relación al Sistema de Información Unificado de Respuesta, así:

“CLÁUSULA 7 DERECHOS DEL CONCESIONARIO DERIVADOS DE LA CONCESION DE LA OPERACIÓN DE TRANSPORTE DEL SISTEMA MIO.

7.12. El derecho a solicitar, conjuntamente con los demás Concesionarios, a través de un escrito motivado dirigido a Metro Cali, la práctica de auditorias adicionales en el subsistema de recaudo del SIUR, que se realizarán a través de la decisión adoptada de común acuerdo entre Metro Cali y los Concesionarios, y para lo cual Metro Cali procederá a contratar a la firma que deba adelantarla, siendo los costos de la misma a cargo de todos los Concesionarios en proporción a sus participaciones contractuales en el Sistema MIO, auditorias que deberán adelantarse de conformidad con lo establecido en el Manual de Auditorias del Sistema MIO - Tomo I.

CLÁUSULAS 8. OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO DERIVADAS DE LA CONCESION DE LA OPERACIÓN DE TRANSPORTE DEL SISTEMA.

8.5 Obligaciones respecto los equipos, elementos y dispositivos a bordo del autobús que forman parte del Sistema de Información Unificado de Respuesta -SIUR- del Sistema MIO

CLÁUSULAS 9. DERECHOS DE METRO CALI S.A. *9. 16. El derecho de disponer o no la práctica de auditorias adicionales al subsistema de recaudo del SIUR, según lo considere necesario, previa solicitud motivada de los Concesionarios a través del Comité de Operadores y en caso afirmativo, definir previamente con ellos el presupuesto asignado para estas auditorias, seleccionar autónomamente a quien deba realizarlas, celebrar los contratos a que haya lugar para el efecto y obtener de los Concesionarios los recursos necesarios para sufragar el cosco de las mismas.*

CLÁUSULA 10. OBLIGACIONES DE METRO CALI S.A. *10.1 Adelantar por sí o por interpuesta persona las actividades de gestión, planeación y control del Sistema MIO, que permitan al CONCESIONARIO el desarrollo de la actividad de transporte que es objeto de la presente concesión.*

10.13. Disponer la práctica de auditorias adicionales al subsistema de recaudo del SIUR cuando lo considere necesario, previa solicitud motivada de todos los Concesionarios de operación, y según la decisión adoptada de Común acuerdo con éstos, las cuales serán a costa de todos los Concesionarios de operación en proporción a sus participaciones contractuales en el mismo, obligándose a compartir con éstos los resultados de la misma y a implementar los correctivos que resultan recomendables según el resultado de aquellas.

10.14. Adelantar gestiones con la UTR&T encaminadas a que ésta adecúe permanentemente su plataforma tecnológica para facilitar que el sistema pueda permitir pagos semanales o liquidaciones parciales semanales. En este sentido, la periodicidad contractualmente pactada en el numeral 26.5. se mantiene nominalmente como tope hasta cuando la plataforma tecnológica lo permita.”

Ahora bien, el contrato de concesión celebrado entre Metro Cali y Unión Temporal de Recaudo y Tecnología que tuvo como objeto el diseño, implementación, integración, financiación, puesta en marcha, operación y mantenimiento del SIUR previó como obligaciones y derechos de las partes las siguientes:

“CLÁUSULA 7 DERECHOS DE METRO CALI S.A. 7.1. Mantener la titularidad sobre el Sistema MIO, y por tanto, a que dicha calidad sea reconocida y respetada por el CONCESIONARIO.

7.5. Supervisar el desarrollo y ejecución del presente Contrato, y a acceder a los documentos, información e instalaciones que soportan la labor del CONCESIONARIO, directamente o a través del Interventor o a quien al efecto designe. (Subraya del Tribunal)

CLÁUSULA 8 OBLIGACIONES DE METRO CALI S.A. 8.5. Adelantar por sí o por interpuesta persona las actividades de gestión, planeación, y control del Sistema MÍO, que permitan al CONCESIONARIO el desarrollo de la actividad de recaudo y demás actividades del SIUR que son objeto de la presente Concesión.

CLÁUSULA 10 OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO. Conforme al numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el CONCESIONARIO deberá diseñar, integrar, financiar, poner en marcha, operar y efectuar el mantenimiento del Sistema de Información Unificado de Respuesta del Sistema MIO (SIUR) por cuenta y riesgo, en los términos contemplados en la ley y en este Contrato y, en general, deberá realizar todas las actuaciones que aseguren el correcto y oportuno funcionamiento del SIUR, dentro de las oportunidades previstas en el Contrato. (Subraya del Tribunal)

10.1.3. Desarrollar los procesos operativos, tecnológicos y administrativos necesarios para crear, operar y mantener el SIUR, de forma tal que incluya el diseño e implementación del modelo de operación, de las normas, directrices, procedimientos y estructura organización que requiera el SIUR, de acuerdo con los requerimientos mínimos previstos en el Contrato y sus Apéndices.

10.1.20 Permitir y facilitar la adecuada supervisión de la ejecución del Contrato por parte de Metro Cali S.A. o de los auditores, inspectores e interventores designados, admitiendo el acceso a cualquier instalación y a la información del CONCESIONARIO, del personal autorizado de Metro Cali S.A., sin que ello dirima, modifique o diluya la responsabilidad y obligaciones del CONCESIONARIO.

10.1. 26 Realizar la gestión y el control de los datos relacionados con las actividades a cargo de los subsistemas del SIUR y proveer las herramientas necesarias para ser utilizados en la gestión de cada subsistema por parte del CONCESIONARIO, y para el control por parte de Metro Cali S.A.” (Subraya del Tribunal)

Teniendo en cuenta las disposiciones contractuales antes transcritas, es evidente que las obligaciones de gestión y control del Sistema de Información Unificado de Respuesta – SIUR no se encontraban solamente a cargo de Metro Cali, sino también de la sociedad Unión Temporal de Recaudo y Tecnología, que fue la empresa a la cual se le entregó en concesión la elaboración del diseño, integración, financiación, puesta en marcha, operación y mantenimiento del Sistema de Información Unificado de Respuesta del Sistema MIO (SIUR), pues aunque Metro Cali es el ente gestor del Sistema MIO del cual hace parte el SIUR y tiene a su cargo la obligación de gestión, planeación y control del mismo, no es menos cierto que dichas obligaciones se concretan a la supervisión del desarrollo y ejecución del contrato del SIUR como obligaciones de medio frente a Git Masivo, y no de resultado, y quien realmente debe cumplir con la ejecución, gestión y control del SIUR es el concesionario al que se le adjudicó el contrato.

Lo anterior quedó evidenciado con lo señalado por el testigo Álvaro Rengifo¹¹⁶, así:

“DR. CRESPO: *¿Usted sabe a quién le corresponde correr con la implementación tecnológica del sistema? Y que sabe sobre el tema.*

TESTIGO: *¿Del sistema.... La implementación tecnológica del sistema SIUR?*

DR. CRESPO: *Sí.*

TESTIGO: *A bueno lo mencioné ahora, el concesionario del SIUR que se lo ganó la Unión Temporal de Recaudo y Tecnología, la gente a veces le llama SIUR pero SIUR es el sistema de información, la UTR&T es el concesionario del SIUR y tiene la responsabilidad de implementarlo, la Unión Temporal de Recaudo y Tecnología consta de cinco socios, dos de ellos necesarios para la licitación que son Prodata y Siemens lo otro es IBU que es la plataforma tecnológica para la gestión de Flota y Buses y dos que son como los capitalistas que son Tecnología Integral Andina y (inteligible) lo conozco porque estoy en la mesa de renegociación con ellos.*

DR. CRESPO: *¿Qué es la Unión Temporal de Recaudo y Tecnología y cuáles son las funciones que tiene a su cargo?*

TESTIGO: *Es la unión de esos cinco socios y principalmente es la... implementación, la planeación, administración de los subsistemas que conforman el sistema SIUR que son varios subsistemas, entre ellos está; el de recaudo, el de gestión de flota, el de información al usuario, el de comunicaciones inalámbricas, el de comunicaciones ópticas y el de seguridad física.*

DR. CRESPO: *¿Cuál es el alcance de esas funciones o actividades, en términos prácticos que le corresponde hacer a la Unión Temporal?*

TESTIGO: *La verdad varias cosas, uno, el debe adoptar... pues relacionado con los concesionarios de transporte, si va por ahí más o menos, dotar los equipos tecnológicos de los buses, la plataforma tecnológica para poder controlarlo, todos los dispositivos del sistema de recaudo, además ellos administran las estaciones, tienen una responsabilidad de mantenimiento frente a las estaciones, son quienes proveen la fibra óptica que tenemos por todos los corredores troncales, la comunicación inalámbrica, básicamente se encargan de que de capturar todos los datos necesarios para la operación del sistema, almacenarlos, hacer algún tipo de procesamiento, entregarnos información y además de la información, mantenimiento, seguridad y administración de la infraestructura no patios porque los patios es responsabilidad de los concesionarios operadores de transporte.”*

Ahora bien, teniendo claro que las obligaciones de gestión y control no solo se encontraban en cabeza de Metro Cali, le corresponde al Tribunal verificar qué actuaciones adelantó la convocada para cumplir con sus obligaciones como ente gestor del Sistema MIO.

Para ello se verificó que Metro Cali inició el proceso de selección del contratista para la adjudicación del contrato de concesión del SIUR por medio de la Resolución 471 del 19 de diciembre de 2006, la cual fue declarada desierta debido a la falta de proponentes por Resolución 110.18.168.2007 del 8 de mayo de 2007.

¹¹⁶ El testigo Álvaro José Rengifo declaró en audiencia de 17 de enero de 2018.

Metro Cali, siendo consiente de la necesidad e importancia del Sistema SIUR, dio apertura a la Licitación Pública No. MC-DT-002-2007 para la adjudicación del contrato de concesión del Sistema de Información Unificado de Respuesta – SIUR, el cual en efecto fue adjudicado a la sociedad Unión Temporal de Recaudo y Tecnología.

Después de la adjudicación de ese contrato, Metro Cali realizó la supervisión y control para que aquel se ejecutara de acuerdo con los tiempos establecidos, los cuales fueron cumplidos, como lo confirmó el dictamen técnico elaborado por la empresa Cal y Mayor y Asociados SC en el Folio 69 del Cuaderno 15.9, señalando al respecto lo siguiente:

*“4.8 Sírvase explicar cuál fue la fecha real de implantación del SIUR
“El 12 de agosto de 2008 Metro Cali S.A. y el consorcio UTR&T suscribieron el acta de inicio del contrato, iniciando en esa fecha el computo de las fases y tiempos previstos en las cláusulas 5° y 6° del contrato de concesión del SIUR. Así, la etapa pre-operativa de diseño del SIUR comenzó el 12 de agosto de 2008 y se extendió hasta el 12 de noviembre de 2008, respetando los tres meses previstos en el Contrato¹¹⁷.”*

Adicionalmente, Metro Cali suscribió con GIT Masivo un acta de implementación gradual del sistema MIO en la etapa preoperativa del contrato de concesión No. 1 de 2006 el cual obra a folio 807 del cuaderno 11.5, en el que se acordó en el punto No. 8 poner a disposición de los concesionarios de transporte tres espacios acondicionados para el establecimiento, instalación de equipos del SIUR y el mantenimiento de los autobuses del sistema que se encuentren operando en dicha etapa de transición.

Así mismo, se evidenció la gestión que ha realizado Metro Cali en la ejecución y cumplimiento del contrato de concesión del SIUR, mediante las siguientes actas de reunión del Comité para el Desarrollo de la Supervisión de los Contratos de Concesión.

1. Acta de 14 de enero de 2015 obrante a folio 1795 del cuaderno No. 11.12 en donde se decidió conformar un Comité de Supervisión y Auditoría del SIUR.
2. Acta de 7 de febrero de 2015 obrante a folio 1798 del cuaderno No. 11.12 en la cual se ordena documentar todos los incumplimientos provenientes del concesionario SIUR que sean evidenciados por los supervisores del contrato e iniciarse todos los procesos administrativos sancionatorios a que haya lugar.
3. Acta de 7 abril del 2015 obrante a folio 1869 del cuaderno No. 11.12 en el cual se revisó el contrato de concesión del SIUR y se dieron instrucciones a los

¹¹⁷ Referencia del Documento en Cita. Ver Anexo 4. Contrato de Concesión SIUR. Otrosí No. 4

supervisores del contrato para que definieran en qué etapa de ejecución se encontraba el contrato; se propuso que cada área debía definir las modificaciones que se debían realizar al contrato.

4. Acta de 2 de junio de 2015 obrante a folio 1898 del cuaderno No. 11.12 donde se decidió hacer una renegociación del contrato de concesión del SIUR.

Lo anterior demuestra que Metro Cali como ente gestor del Sistema MIO realizó todas las labores necesarias para lograr que se adjudicara el contrato de concesión del SIUR, como en efecto se hizo, dispuso de todos los recursos para coordinar la correcta ejecución del mismo, y realizó los seguimientos pertinentes al contrato demostrando eficiencia en su gestión y control; por lo tanto, es claro para este Tribunal que no existe incumplimiento alguno por parte de Metro Cali en relación a la gestión y control del Sistema de Información Unificado de Respuesta – SIUR.

Por otra parte, respecto del alegado incumplimiento que se le imputa a Metro Cali en relación a una fecha determinada de implementación del SIUR, el Tribunal revisó la comunicación No. DT-E121-2006 denominada “*Respuestas a las preguntas formuladas mediante comunicación radicada el 30 de junio de 2006 y recibida en la Dirección de Transporte el 4 de julio de 2006*” de fecha 11 de julio de 2006 obrante a folio No. 1279 del cuaderno No. 8.5, la cual previó lo siguiente frente a la implementación del SIUR.

“28. Numeral 1.54 *¿Cuál es la duración de la etapa de transición del SIUR, dado que no consideramos eficiente tener (sic) cobrar a bordo de los vehículos? A lo que se respondió: “Está propuesto durante dos años, sin embargo podrían ser mucho menos dependiendo de la efectividad en que se realice la Transición del Sistema de pago”.*

“PREGUNTAS DEL RECAUDO *¿Durante cuanto tiempo habrá que mantener el cobrador en los vehículos?” A lo que se respondió “Esta propuesto durante dos años, sin embargo podrían ser mucho menos dependiendo de la efectividad en que se realice la Transición del Sistema de pago”*

Según la parte convocante dicha prueba demuestra la existencia de una fecha cierta y determinada en la cual Metro Cali se obligó a implementar el SIUR, pues según ella como la primera fase de operación de la flota del MÍO iniciaría en el mes de abril de 2008, ello implicaba que para esa fecha ya debía estar implementado el SIUR, premisa que para este Tribunal no es cierta, toda vez que, como pudo verificarse, en primer lugar, nunca se determinó con certeza en la licitación pública, ni en el Contrato de Concesión No. 1 una fecha en la cual se fuera adjudicar el contrato del SIUR, y mucho menos se ató la celebración de aquel con la ejecución de los contratos de concesión del SITM-MIO; además, como se pudo evidenciar de las preguntas antes transcritas desde la etapa

precontractual se advirtió a los concesionarios que existiría una etapa de transición del SIUR que conllevaba a que el cobro del valor del pasaje se realizara a bordo de los vehículos. Así las cosas, este Tribunal no accederá a la prosperidad la pretensión vigesimosegunda, pues como ya se advirtió, no existe incumplimiento de ninguna obligación de control y gestión por parte de Metro Cali en lo que respecta a la entrada y ejecución de las etapas del sistema SIUR.

No ocurrirá así con la pretensión subsidiaria a la vigesimosegunda, en atención a que, como ya fue analizado, al constituir el SIUR parte de la implementación del sistema, y a su turno, al ser este último un riesgo asumido por Metro Cali, corresponderá a ésta soportar los efectos económicos que la ocurrencia de ese evento generó al demandante, y por ende, se accederá a la prosperidad de esa petición ordenando el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

2.5.2.3. EN CUANTO A LA INFRAESTRUCTURA

El alcance específico de las obligaciones referidas a infraestructura, solo vino a ser detallado o determinado en un documento contractual con la celebración del contrato modificadorio No. 6 del 18 de diciembre de 2014, en donde las partes señalaron las obras que se realizarían y la fecha en que serían entregadas.

En el cronograma establecido en ese contrato modificadorio¹¹⁸ se estableció que las siguientes actividades se encontraban en ejecución y la fecha en que se presupuestaba fueran concluidas.

Obra	Fecha de terminación presupuestada
Construcción corredor troncal Agua Blanca	Enero de 2015
Construcción Terminal Intermedia Julio Rincón	Julio de 2015
Construcción Pretroncales y Complementarias (Sin especificar)	Enero de 2015

También se definieron los términos de ejecución de obras que no habían sido iniciadas:

Obra	Fecha de terminación presupuestada
Corredor Troncal - Glorieta Estación (Conexión Av. Américas – Av. 3N)	Diciembre de 2017
Corredor Troncal - Conexión Terminal Sur	Noviembre de 2017

¹¹⁸ Anexo No. 1 Contrato Modificadorio No. 6 del 18 de diciembre de 2014, Folio 226 del Cuaderno 1.2.

Terminal de Cabecera - Terminal Sur	Noviembre de 2017
Terminal de Cabecera – Terminal Calima Norte	Junio de 2016
Terminal de Cabecera – Terminal Agua Blanca	Septiembre de 2017
Terminal Intermedia – Terminal Guadalupe -	Agosto de 2017
Patio Taller Sur	Septiembre de 2017
Patio Taller Agua Blanca	Diciembre de 2017

En concepto de la demandada estas son las fechas aplicables para el análisis de cumplimiento de las obligaciones de entrega de infraestructura, tema que fue desarrollado en los dictámenes periciales aportados al proceso.

Por parte de la demanda se aportó en la oportunidad para descorrer traslado de las excepciones de fondo presentadas por la demandada frente a la reforma de la demanda principal, dictamen pericial elaborado por la Compañía Cal y Mayor y Asociados S.C. sobre los aspectos técnicos en materia de transporte relacionados con el contrato de concesión No. 1 celebrado entre Metro Cali y Git Masivo.

En dicho dictamen pericial se estableció que la infraestructura que correspondería al contrato de concesión inicialmente había sido determinada por el documento denominado *“Asesoría en operación y transporte para el Sistema Integrado de Transporte de Santiago de Cali – MIO”*:

“En este sentido, el documento “Asesoría en operación y transporte para el Sistema Integrado de Transporte de Santiago de Cali – MIO” constituyó una referencia válida y necesaria para los proponentes en términos de conocer la oferta de servicios de transporte contempladas por Metro Cali S.A. para cada fase de implantación del MIO. Con base en este documento los proponentes tuvieron certeza en los siguientes aspectos sobre la concesión:

- *El MIO es un sistema de transporte integrado con una estructura de rutas pretronal-alimentador e integración tarifaria, física y temporal entre sus rutas.*
- *Se confirma la infraestructura física contemplada para cada fase tal y como manifestó Metro Cali S.A. mediante los oficios DT-E121-2006 y DT-E125 de 2006.*
- *Se presenta un dimensionamiento de los patios y talleres a ser asignados a cada concesionario de acuerdo con la flota solicitada.(...)”¹¹⁹*

Sobre la ubicación de los patios en el dictamen pericial se destaca que:

¹¹⁹ Dictamen pericial elaborado por la Compañía CAL Y MAYOR ASOCIADOS, folio 18 del Cuaderno No. 15.9

“1.3.4 Localización de los patios y talleres y kilómetros en vacío

Finalmente, sobre la localización de los patios y talleres y la respectiva estimación de kilómetros en vacío, mediante oficio DT-E121-2006 Metro Cali S.A. respondió a los proponentes de la licitación MC-DT-001-2006 que “en la licitación de patios y talleres ha considerado como criterio de ubicación que los mismos estarán localizados en un radio máximo de tres (3) kilómetros máximo de las estaciones terminales de cabecera del sistema MIO”, esclareciendo así el criterio de ubicación de los patios y el cálculo de los kilómetros en vacío a ser asumidos por los proponentes durante la concesión.”

Ahora el Tribunal estudiará cada uno de los elementos de la Infraestructura cuya ausencia de entrega es alegada por la demandante.

A. FALTA DE ENTREGA DE PATIOS Y TALLERES

- ¿Cuál era la obligación de Metro Cali?

Respecto a la entrega de patios y talleres, Metro Cali en virtud del contrato estaba obligada a:

“10.5 Entregar a los Concesionarios de Transporte los Patios y Talleres que se ofrece en administración, según las condiciones previstas en el presente Contrato de Concesión.”¹²⁰

La forma de entrega se acordó a su turno en la cláusula 45 del contrato en la cual se estipuló la necesidad del acta de entrega, la obligación del concesionario de recibir los patios y talleres, y el deber de revertirlos una vez finalizado el contrato.

En las cláusulas 45 y 46 se estableció para el concesionario la obligación de recibir los patios en cualquier condición que le fueran entregados y dotarlos con lo necesario para su funcionamiento. Sin embargo, en estas cláusulas, pese a que se señaló que la entrega podía ser realizada por Metro Cali en cualquier condición, se hizo referencia expresa a que los términos de referencia o elementos correspondientes para los patios y talleres eran los definidos en el Apéndice 1 del contrato¹²¹.

La obligación contenida en la citada cláusula 10.5 está debidamente determinada en su objeto por el apéndice No. 1 del mismo contrato. Sin embargo, la forma en que debía cumplirse esta obligación ha sido uno de los cuestionamientos elevados por la

¹²⁰ Contrato de Concesión No. 1 celebrado el 15 de diciembre de 2006.

¹²¹ Apéndice No. 1 del Contrato de Concesión No. 1 celebrado el 15 de diciembre de 2006 – Folios 1644 y 1645 del Cuaderno No. 8.6.

demandada, ya que afirma que solo hasta la suscripción del contrato modificatorio no. 6 celebrado el 18 de diciembre de 2014 se establecieron fechas ciertas para la entrega de infraestructura, entre ellas, la fecha para la entrega del patio definitivo a Git Masivo.

Frente a lo anterior, el Tribunal advierte que la validez o existencia de la obligación en cabeza de Metro Cali no está ni estaba supeditada a la fijación de un cronograma entre las partes. Esta obligación tiene un objeto definido, una causa determinada en el mismo contrato de concesión, fue libremente asumida por Metro Cali y ningún reparo existe sobre la capacidad esa entidad para asumir esta obligación; por el contrario, se torna propia de la posición de coordinación que posee Metro Cali dentro del sistema integrado de transporte masivo de Santiago de Cali.

Para definir la prestación se estableció contractualmente el apéndice No. 1 que especifica las condiciones que se debían cumplir.

- ¿Cómo cumplió Metro Cali?

Metro Cali sostiene que cumplió su obligación de entregar los patios al haber entregado el Patio Provisional Valle del Lili.

En cuanto a patios y talleres, el cronograma anexo al contrato modificatorio No. 6 celebrado el 18 de diciembre de 2014, estableció dos obras pendientes:

Obra	Finalización etapa de liquidación de contratos	Finalización etapa de estudios y diseños	Finalización etapa de licitación de obras	Finalización etapa de construcción
Patio Taller Sur	Marzo de 2015	Julio de 2015	Diciembre de 2015	Septiembre de 2017
Patio Taller Agua Blanca	Noviembre de 2015	Abril de 2016	Septiembre de 2016	Enero de 2018

Con base en el anterior cronograma Metro Cali afirma que no puede predicarse la existencia de incumplimiento alguno porque los plazos fijados para la construcción de patios no se encontraban vencidos en el momento en que se interpuso la demanda y adicionalmente porque en dichas obras se han presentado problemas judiciales, circunstancia frente a la cual el Concesionario contractualmente aceptó dar un plazo adicional y continuar con el patio provisional.

Para abordar este estudio del cumplimiento de la obligación ya descrita, el Tribunal destaca que tendrá en cuenta los acuerdos contenidos en el contrato modificatorio número 6 por las razones que más adelante en esta providencia se precisan.

La anterior especificación se hace necesaria, ya que el Tribunal considera pertinente analizar la situación presentada con el Patio Provisional Valle del Lili entregado a Git Masivo por Metro Cali. Las situaciones alegadas por la demandante en relación con este patio provisional existen desde antes de la suscripción del contrato modificatorio No. 6, pero persisten a la fecha de esta decisión. No es de recibo entender que con la suscripción del negocio jurídico mencionado Git Masivo avaló las condiciones en que encontraba el patio y taller que estaba usando y que usa, porque no fue lo que expresamente señalaron las partes, que se limitaron a fijar un plazo adicional para la construcción de dos patios y talleres.

SOBRE LOS REQUISITOS DEL PATIO TALLER DEL VALLE DEL LILI USADO POR GIT MASIVO

En el dictamen pericial aportado por la parte demandante se determinó que el patio y taller denominado Valle del Lili usado por Git Masivo no cumple con las condiciones establecidas en el Apéndice No. 1 del Contrato de Concesión. Al respecto afirmó el perito:

“Entre tanto, en marzo de 2011 el Ente Gestor [Metro Cali] hizo entrega de un nuevo patio-taller provisional al operador GiT Masivo S.A., localizado en la región del Valle del Lili, desde donde se continúa coordinando la operación de GIT Masivo S.A. hasta la presente fecha. Vale la pena resaltar que este patio continúa sin cumplir con todas las especificaciones contempladas en el Apéndice No. 1 de los contratos de concesión, además de representar mayores kilómetros en vacío de los previstos inicialmente por el operador en comparación con el patio taller previsto para el terminal Sur.

En conclusión, es un hecho que a la fecha Metro Cali S.A. ha entregado apenas dos de los cuatro patios y talleres acordados con los concesionarios de transporte adjudicados en la licitación MC-DT-001-2006, llevando a los concesionarios GIT Masivo y ETM S.A. a operar por más de seis años desde patios provisionales que no cumplen con las especificaciones acordadas en el Apéndice No. 1 de los contratos de concesión y que dificultan las labores de mantenimiento de la flota e incrementan los kilómetros en vacío.

El Apéndice No. 1 del contrato de concesión establece que los patios y talleres entregados por el Ente Gestor a cada operador de transporte deben contar como mínimo con las siguientes instalaciones:

- *Áreas administrativas del concesionario de transporte.*
- *Área administrativa para la integración del SIUR.*
- *Área social.*
- *Área para abastecimiento de combustible.*

- *Área de apoyo para reparación de partes mecánicas.*
- *Área de inspección visual.*
- *Área de lavado.*
- *Área de mantenimiento de los vehículos.*
- *Área de almacenamiento y mantenimiento de los equipos y dispositivos embarcados en la flota a cargo del SIUR.*
- *Área para la instalación de una estación base del sistema de comunicaciones inalámbricas del MIO.*
- *Área de parqueo de los vehículos.*
- *Área de servicios.*
- *Cárcamos de mantenimiento correctivo y preventivo*
- *Cárcamos de lubricación*
- *Estacionamiento de área administrativa de visitantes*
- *Latonería y Pintura*
- *Portería y garitas para la localización de la seguridad del patio-taller*
- *Vías Internas de circulación para los vehículos*
- *Disposición de espacios para la instalación de cámaras de seguridad*
- *Área para la Unidad de Fuentes Móviles o Laboratorio para el control de emisiones a cargo de Metro Cali S.A.*

Sobre las especificaciones de las diferentes áreas requeridas en el patio-taller, el Apéndice No. 1 de los contratos de concesión de transporte especifica que:

- *El área de limpieza deberá contar con las redes de servicio público, desagüe y control de lodos.*
- *El área de mantenimiento para vehículos debe contar con un montallantas automático, un almacén y/o bodega de repuestos, oficinas con baños para los operarios, además de plataformas para atender mantenimientos correctivos de corto y largo plazo, y mantenimiento preventivo, de tal forma que en cada plataforma se pueda atender un vehículo a la vez y cuente con su correspondiente cárcamo.*
- *Todas las instalaciones administrativas serán entregadas en obra blanca y con acometidas básicas de energía y alcantarillado.*

Por su parte, el Acta de Entrega del Patio Socoreval S.A. (Sociedad Comercial y Residencial Valle del Lili), desde el cual opera de manera provisional el operador GIT Masivo S.A. desde el 2011, indica que la infraestructura entregada al operador contaba en su momento con las siguientes instalaciones principales:

- *Un edificio administrativo de cuatro pisos con las instalaciones eléctricas y sanitarias básicas*
- *Un pozo séptico para el manejo de aguas residuales conectado hacia un caño de desagüe, pero sin motobomba para su funcionamiento. Es importante resaltar que este es el único sistema de desagüe que posee el patio-taller.*

- *Dos cárcamos: uno elevado y otro a nivel, este último sin sistema de drenaje*
- *Una estación de servicio sin surtidores ni redes eléctricas para su funcionamiento.*
- *Dos pozos para la captura de agua subterránea, uno de ellos sin motobomba para su funcionamiento. Al respecto es importante resaltar que el patio-taller no cuenta con servicio de agua potable.*

Luego, a partir de las condiciones descritas anteriormente sobre el patio-taller provisional entregado a GIT Masivo S.A. y las acordadas en el Apéndice No. 1 de los contratos de concesión, se concluye que el patio-taller desde el cual opera provisionalmente el concesionario no contaba con las características apropiadas para realizar la operación y el mantenimiento de la flota vinculada por el concesionario bajo los criterios establecidos en el propio contrato de concesión, afectándose la eficiencia y la calidad de la operación del concesionario dentro del sistema MIO.

Mediante visita técnica realizada al patio-taller en mención, el perito presenta las siguientes observaciones sobre la idoneidad del mismo, apoyado en su experiencia y en el concepto emitido por la Contraloría General de Santiago de Cali en su informe de auditoría a la infraestructura del sistema MIO del año 2015:

- *El patio-taller provisional no cuenta con una conexión al sistema de alcantarillado municipal ni con un sistema adecuado para el tratamiento de aguas residuales.*
- *Tampoco se cuenta con una conexión al sistema de agua potable municipal, lo que ha perjudicado la salud de los empleados y por ende el rendimiento del operador.*
- *El mal estado de conservación de la superficie de rodadura en las vías internas de circulación del patio-taller provisional afecta el estado de los vehículos y su limpieza. Rastros de polvo y barro en los buses a causa del estado de la zona de parqueo. Sobre este último hecho la Contraloría manifiesta que el estado de las vías de circulación interna afecta el índice de desempeño del operador.*
- *Espacio para parqueo sin pavimentar, irregular y limitado. La zona de parqueadero del patio-taller provisional no tiene la capacidad suficiente para albergar a toda la flota vinculada por el operador, obligando a emplear otros espacios para el estacionamiento, reducir las distancias mínimas de estacionamiento entre vehículos para optimizar el espacio disponible o recurrir a configuraciones de estacionamiento no recomendadas para la flota vinculada (por ejemplo, estacionamiento en reversa, ángulos rectos y bloque (sic) de salidas por otros vehículos)*
- *Exposición a descarrilamientos a acequias traseras a falta de elementos de bloqueo.*
- *Ingreso y salida de flota por el mismo acceso, lo cual compromete el cumplimiento de los tiempos programados de operación. (...)*

En conclusión, es un hecho que desde el año 2011 y hasta la presente fecha el concesionario GIT Masivo S.A. ha operado desde una infraestructura provisional de patio-taller que no cumple a cabalidad con las especificaciones acordadas entre las partes en el Apéndice No. 1 del Contrato de Concesión No. 1 con serios problemas de salubridad y estado del pavimento. Adicionalmente, las dimensiones del patio-taller no satisfacen las necesidades de estacionamiento y mantenimiento preventivo y correctivo requerido por la totalidad de la flota vinculada por el concesionario, comprometiendo así su

capacidad de cumplir con las programaciones operaciones dispuestas por Metro Cali S.A. y un estado apropiado de conservación de la flota.

Por último, vale la pena resaltar que estas dificultades persistirán para el operador GIT Masivo S.A. en el corto plazo toda vez que la construcción del patio-taller del Sur ya presenta atrasos en el cronograma de ejecución propuesto por Metro Cali S.A. en el Contrato Modificatorio No. 6 (...)"¹²²

Sobre lo establecido en el dictamen pericial técnico aportado por la demandante, en el dictamen de contradicción se señaló que no tenía sustento exigir a un patio provisional las mismas condiciones definidas para un patio definitivo y que varias de las dificultades presentadas en el Valle del Lili se debían a malos manejos dados por el Concesionario.

Se transcribe:

"4.6.1 Patio Provisional

Respecto a los patios de operación provisional se resaltan los siguientes errores de tipo conceptual expresados en los numerales 3.7 y 3.8 y, que prueban el desconocimiento pericial desde el punto de vista técnico y de gestión, relacionado con esta infraestructura.

El contrato de Concesión No. 01 en su cláusula 8.4. deja claramente establecida la posibilidad de un patio en operación provisional, en función de no retrasar la prestación de los servicios, acorde con lo manifestado en los siguientes numerales:

(...)

Sin embargo, el perito plantea: "en marzo de 2011 el Ente Gestor [Metro Cali] hizo entrega de un nuevo patio-taller provisional al operador GIT Masivo S.A., localizado en la región del Valle del Lili, desde donde se continúa coordinando la operación de GIT Masivo S.A. hasta la presente fecha".

En relación a éste (sic) tema es importante resaltar que rio (sic) el patio fue definido y elegido por el concesionario; mientras METRO CALI proporciona los recursos que requiere su adecuación y operación, como se evidencia en las consideraciones del contrato de arrendamiento entre GIT y SOCOREVAL S.A. (anexo).

(...)

En el mismo sentido, el perito invoca como condiciones de adecuación para el caso del patio provisional, lo estipulado en el Contrato de Concesión No 001 para el patio definitivo, siendo una imprecisión, al evaluar una infraestructura provisional con los estándares de una infraestructura definitiva (...)

El perito recae en confundir una infraestructura provisional con una definitiva, al momento de evaluar sus especificaciones no aplicables, por la calidad mismo (sic) de ser un patio provisional (...)

¹²² Dictamen pericial elaborado por la Compañía CAL Y MAYOR ASOCIADOS, folio 18 del Cuaderno No. 15.9

Con relación a la eficiencia y la calidad de la operación del concesionario, el perito, al supeditar estos dos parámetros de cumplimiento de las especificaciones propias de un patio taller definitivo, desconoce las posibilidades reales del patio provisional actual es totalmente operativo: no obstante, puede contar con mejorar (sic) locativas y operacionales, en cabeza de su operador y arrendador como lo indica el contrato de arrendamiento.

Con relación al tema y, respecto de los pavimentos y la mala infraestructura del patio provisional, el perito volvió a omitir documentos legales existentes con es el caso del Contrato de Arrendamiento firmado entre GIT MASIVO S.A. quien actúa en calidad de arrendatario y SOCOREVAL quien actúa en calidad de arrendado (sic) (Contrato Anexo); donde se estable como responsable de conservar el inmueble al arrendatario, y no a Metro Cali como se pretende hacer ver, como a continuación se muestra:

(...)

Incluso, acorde con oficios anexos (917.102.21933-2015, 917.102.22692-2015, 917.102-23029.2015), puede evidenciarse las comunicaciones relativas donde METRO CALI solicita a GIT MASIVO S.A. tomar las medidas necesarias para que el arrendador mantenga el inmueble en buen estado.

Se concluye entonces respecto al patio provisional, los siguientes aspectos

- Fue elegido por el operador y ha estado operando desde el 2011 hasta la fecha.*
- El ente gestor proporciono (sic) los recursos para su adecuación y arrendamiento*
- El operador diseño (sic) y desarrollo (sic) e (sic) proceso de adecuación*
- El mantenimiento y mejoras están en cabeza de GIT como ARRENDATARIO. Por ende, el mejoramiento de sus condiciones es su responsabilidad y riesgo directo.*
- Cuenta con los elementos fundamentales de servicio: Abastecimiento de combustible, área de lavado, zona de mantenimiento, oficinas, zonas de alimentación y esparcimiento de operadores, talleres y zonas de parqueo, en las condiciones elegidas por el Arrendatario GIT MASIVO.*

Ahora, respecto a la “eficiencia y la calidad de la operación del concesionario”, es de resaltar que ambos indicadores si bien se benefician de una infraestructura en mejores condiciones, dependen especialmente de la capacidad administrativa y operacional del operador para optimizar espacios, flujos y procesos; así como para desarrollar una cultura de mejoramiento continuo que se evidencia en el cuidado de la flota y recursos disponibles.

En este sentido, es importante revisar ambos conceptos, toda vez, que no se soportan de manera exclusiva en la infraestructura que como recurso requiere cualquier proceso productivo:

- Eficiencia: es el grado en que un proceso genera productos o servicios, con el mínimo consumo de insumos (para este caso KM).*
- Calidad en la Operación del Concesionario: significa mantener de manera consistente un alto desempeño del sistema de prestación de servicios.*

Dado lo anterior y como es propio de las operaciones de transporte, la gestión interna del patio taller es determinante tanto para una operación eficiente y que minimice recorridos no comerciales; así como, para garantizar la calidad e integridad de los procesos de mantenimiento y aislamiento.

Partiendo de la condición de contingencia se resalta la importancia de gestionar las condiciones propias del mismo en función de optimizar su operatividad.

En visita realizada el miércoles 27 de septiembre de 2017, pudo evidenciarse como el patio provisional de GIT presenta deficiencias propias en el diseño y gestión de la operación que hace el concesionario, que, en todo caso no favorecen un desempeño eficiente, independientemente de las características de sus instalaciones. Entre ellas se encuentra:

- *Disponibilidad de un mismo ingreso y salida, que por sus dimensiones no permite el paso simultáneo de dos vehículos. Esta condición genera cuellos de botella y congestión al interior de los patios y fuera de ellos, la cual podría suplirse con una puerta complementaria de salida que permita hacer flujos más directos y continuos, evitando las maniobras de reversa o retorno en el mismo patio, por ende, disminuyendo los km en vacío de la flota, congestión y el riesgo de accidente.(...)*
- *Agilizar los tiempos de operación con equipos de alto desempeño en el caso del proceso de abastecimiento de combustible es de vital importancia, toda vez que permite minimizar tiempos del proceso; no obstante, durante la visita se evidencia claramente la permanencia de derrames en la zona de abastecimiento, lo cual es evidencia de fallas en los equipos o procedimiento de tanqueo, los cuales en última, indican directamente en la calidad de la operación en patios, sus tiempos, impactos ambientales y costos asociados.”¹²³*

Las observaciones del dictamen de contradicción están relacionadas con la determinación de los elementos que conforman un patio provisional, que afirma no son los mismos que para un patio definitivo.

Por otro lado, el Tribunal destaca que la Contraloría General de la Nación realizó una evaluación del patio y taller entregado a Git Masivo en donde determinó que en dicha infraestructura se encontraban varias irregularidades:

“Hallazgo No 7 Administrativo con presunta incidencia Disciplinaria

En visita fiscal realizada a las instalaciones arrendadas por el concesionario GIT Masivo S.A., las cuales tienen como fin prestar el servicio provisional de estacionamiento, mantenimiento y administración de la flota de dicho operador, y el cual es denominado por Metro Cali S.A. como Patio Taller Valle del Lili, se evidenciaron las siguientes irregularidades:

Edificio administrativo:

- *Cables y canales eléctricos por fuera de la base estructural del edificio.*
- *Humedad sobre los ladrillos estructurales reflejada tanto en el interior como en el exterior del edificio.*
- *Agrietamiento en escaleras internas.*

¹²³ Dictamen pericial de Contradicción de Carácter Técnico Elaborado por Transconsult, Folio 3 Cuaderno No. 16.

- *Cubierta d zinc que presenta averías en sus láminas.*
- *Adecuaciones eléctricas internas instaladas de forma irregular.*
- *Sillas externas en concreto agrietadas.*
- *Oficinas externas con deficiente estado de pintura y ventilación.*
- *Bajante de aguas lluvias instalado de forma irregular.*
- *Cerraduras de puerta en mal estado.*
- *Espacio insuficiente para el parqueo de vehículos de funcionarios (motos y carros).*

Áreas de almacenamiento:

- *Espacios insuficientes para el almacenamiento elementos (sic) a reparar.*
- *Espacios insuficientes para el almacenamiento de otros elementos resultantes de la operación de los buses.*
- *Deficiente estado de pintura, ventilación e iluminación.*
- *Cerraduras de puertas en mal estado.*
- *Deterioro estructura física.*

Área de parqueo buses

- *Espacio para parqueo sin pavimentar, irregular y limitado.*
- *Árboles en mal estado en zonas de parqueo.*
- *Áreas de parqueo sin demarcación a causa del estado de la zona.*
- *Exposición a descarrilamientos a acequias traseras a falta de elementos de bloqueo.*
- *Rastros de polvo y barro en los buses a causa del estado de la zona de parqueo.*
- *Garitas de altura construidas artesanalmente en madera, con inminente riesgo de desplome.*
- *Cerramientos traseros realizados irregularmente con alambres de púas y material de tejido plástico.*

Área de Servicios

- *Carencia de sistema de acueducto y alcantarillado para proveer el servicio básico de agua potable y saneamiento.*
- *Canales de aguas lluvias adecuados manualmente y donde desembocan residuos orgánicos e inorgánicos.*
- *Estacionamiento de agua y emisión fuerte de olor a descomposición.*
- *Casino de servicios con deficiente sistema de acueducto.*

El concesionario GIT Masivo S.A. se ha presentado reiterados casos de enfermedades gastrointestinales en sus empleados, y dadas las situaciones anteriores, la Secretaría de Salud Municipal clausuró la venta de alimentos en el casino de servicios.

Puerta de Ingreso al Patio

- *Ingreso y salida de flota por la misma puerta.*
- *Ingreso de vehículos particulares por la puerta de ingreso de la flota.*
- *Alteración en los tiempos de operación a causa de encuentro de vehículos en la puerta de ingreso.*

Vías de Circulación Interna

- Vías sin pavimentar que afectan los índices de desempeño del operador.
- Árboles de gran envergadura sembrados en áreas de circulación de la flota afectando la maniobrabilidad de los vehículos e impactando los tiempos de despacho.

Las situaciones descritas son causadas por debilidades en la supervisión técnica y administrativa en el desarrollo y ejecución del Contrato de Concesión suscrito entre Metro Cali S.A. y GIT Masivo S.A., en donde se establece que los Patios – Taller hacen parte de la infraestructura del SITM MIO y por consiguiente componen la operación del mismo.

*Lo anterior transgrede lo señalado en artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, la cual establece la obligatoriedad de las entidades públicas en la vigilancia permanente de lo contratado para garantizar su correcta ejecución, situación que pone en riesgo el cumplimiento de los objetivos del SITM MIO, toda vez que estas anomalías impactan directamente la operación del sistema y por consiguiente el nivel de satisfacción del usuario. Igualmente se presenta incumplimiento de los deberes consagrados en el numeral 1, art. 34 Ley 734 de 2002 CUD.*¹²⁴

Como se observa, el informe elaborado por la Contraloría coincide con varios de los puntos referidos en el peritaje aportado por la parte demandante, entre ellos la ausencia de espacio suficiente para las diferentes actividades que deben desarrollarse y las precarias condiciones de las instalaciones. Llegando tanto la Contraloría como el perito a la misma conclusión sobre la existencia de un impacto negativo en la operación por las condiciones del patio taller provisional.

En el curso de la inspección judicial realizada al patio taller en el que opera Git Masivo, el Tribunal pudo observar de primera mano, que las condiciones de operación no son las más adecuadas y de esa forma pudo corroborar las conclusiones del dictamen aportado por la actora y del informe de la Contraloría. En efecto, como se puede observar en el video realizado en el curso de esa inspección, el espacio para el estacionamiento de los buses es exiguo, las áreas de mantenimiento son precarias y la movilización de los buses dentro del mismo es compleja. Adicionalmente, el piso sobre el cual se desplazan los vehículos no cuenta con pavimento, lo cual hace que, a pesar de que el contrato exige que cuando salgan a operación deban estar limpios, el polvo que se levanta o el lodo que se produce, hacen imposible el cumplimiento de esa obligación¹²⁵.

La situación de los patios y talleres provisionales fue así mismo relatada por el testigo Rodrigo Camacho, quien sobre el particular señaló:

¹²⁴ Contraloría General de la Nación, Auditoria Gubernamental con enfoque Integral a la Infraestructura y Operación de Metro Cali S.A. Vigencia 01 de mayo de 2014 a junio 30 de 2015 Modalidad Especial – Articulada – Informe Final – diciembre 2 de 2015. Folio 2093 Cuaderno No. 15.19.

¹²⁵ Ver video realizado en el curso de la inspección judicial.

DR. FALLA: Dada la referencia que usted nos hizo sobre los problemas del patio, ¿GIT Masivo tiene la capacidad para atender la operación de esos 313 buses compuestos por su flota referente y su flota de reserva, tiene la capacidad el patio para atender ese número de vehículos, el patio provisional que tiene hoy en día?

DR. CAMACHO: No señor; nosotros, como les mencioné, estuve en un entrenamiento en Volvo y ahí con base en esa experiencia y esa formación hice toda una simulación que fue presentada a Metrocali donde está todo el detalle, las cartas se llaman de patio y talleres en donde hacemos todo el desarrollo metodológico de cuántas fosas para cambio de aceite necesitábamos, todas las estructuras que se requerían, etc., etc.; hay un documento bastante extenso sobre eso y está la metodología de cálculo de tiempos y todo, rotaciones de llantas, es bien interesante ese documento.

/.../

DR. FALLA: Usted mencionó que el patio tenía una cantidad de problemas, ¿por ejemplo que el patio no tenga agua potable, que el patio por ejemplo no esté totalmente pavimentado, qué incidencias tiene no solamente para la flota sino qué incidencias tiene para el personal, usted recuerda si tiene alguna incidencia?

DR. CAMACHO: Sí señor, nosotros tenemos una, debe existir en Recursos Humanos una carta de la ARL Sura, no me acuerdo la fecha, pero debe estar en el expediente de Recursos Humanos, en donde ARL Sura nos advertía del alto riesgo que teníamos con el consumo del agua del patio y con los filtros que teníamos para el tema de salubridad del personal; en cuanto a las aguas que teníamos en el patio son aguas de pozo profundo, esas aguas se caracterizan por ser aguas pesadas, al ser aguas pesadas tienen un impacto bastante alto porque son aguas que generan una alta oxidación de las partes metálicas del vehículo y eso por supuesto genera pues un mayor deterioro de todo lo que tiene que ver con la pintura y demás, por ejemplo cuando se lanza el chorro de esa agua pesada, quiero colocarles una similitud, decirles que un agua que esté balanceada, químicamente que no esté, cuando usted lanza un chorro del agua del pozo es haga de cuenta como estar a la equivalencia de lanzar un chorro de agua como con arenilla, con sedimentos, con cosas que van ahí, y lo que hace es que la pintura se empieza a deteriorar más. Como evidencia de eso tenemos, y ustedes lo pueden apreciar en la flota de GIT Masivo, salvo que a la fecha ya lo hayan corregido, pero usted veía el carro con unos temas de desmanche desde la pintura, como unos desvanecimientos de la pintura y uno se preguntaba bueno esto qué ocurre, y hablando con los técnicos nos decían mire este es producto de que cuando los lavadores le mandan el chorro directo ahí van quedando como los parches de la pintura que se empieza a desvanecer; eso por supuesto representa un costo importante porque es toda la estética del vehículo.

Hay otro tema que no lo mencioné aquí y que tiene un costo muy alto para la empresa, que es la imagen del sistema. No se olviden que nosotros tenemos la obligación de cumplir con toda la imagen del sistema, las imágenes son todas las identificaciones del vehículo, los logos del vehículo, la numeración del vehículo, etc., etc., esa agua por sus características fisicoquímicas hacen precisamente que el nivel de adherencia de las cintas, la permanencia de la cinta sea de menor tiempo, es decir que la cinta se desprenda más rápido, ustedes saben que no es pintada a mano, los lemas del equipo, el Mío, y todas

esas partes eso no se hace a mano, eso se hace con unas cintas de 3M adhesivas que se colocan ahí, se imprimen los logos y se pegan los adhesivos, entonces esas aguas con esas características fisicoquímicas lo que hace es que se desprenda más rápido toda la parte de insignia del vehículo.” ¹²⁶.

El artículo 1603 del Código Civil contempla un principio que resulta aplicable al cumplimiento de la obligación de entrega de patios provisionales y que consiste en que los contratos obligan no solo a lo que en ello se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación. Por ello, la entrega de patios provisionales lleva implícita que las condiciones de operación de los mismos sean adecuadas y permitan al concesionario cumplir con los requerimientos mínimos de mantenimiento y de servicio de su flota, todo ello, para el logro de una correcta prestación del servicio.

Por todo lo anterior, no resulta razonable el argumento dado por la demandada y contenido en el dictamen pericial de contradicción relativo a que, por no ser el patio definitivo, las condiciones actuales son acordes y suficientes, por cuanto si bien resulta admisible la entrega de un patio provisional, éste - se reitera - debe cuando menos permitir una operación adecuada y por sobre todo no debe ocasionar al concesionario costos adicionales, pues la provisionalidad no tiene por qué implicar daños a la convocante.

Por último, también se observa que las condiciones de los patios entregados provisionalmente a Git Masivo no son siquiera similares a las de los patios entregados a otros concesionarios proponentes de la misma licitación, quienes desarrollan la prestación del servicio de transporte público con base en idéntica regulación contractual a la de Git Masivo.¹²⁷

Ahora, sobre la entrega del patio definitivo, se observa que en el contrato modificatorio No. 6, las partes pactaron que se haría en septiembre de 2017. Sin embargo, según el “Informe Ejecutivo Estado de la Infraestructura del SITM-MIO” que obra en el expediente como prueba aportada por la demandada¹²⁸, se puede establecer que para febrero de 2018 aún no se había adelantado su construcción:

¹²⁶ Testimonio de Rodrigo Camacho recibido el 16 de enero de 2018.

¹²⁷ Acta de Entrega Patio Blanco y Negro Masivo S.A. Patio Calima-Sumeco. Folio 827 del Cuaderno No. 11.5. Acta de Entrega Patio Unimetro S.A. Patio Puerto Mallarino, Folio 832 del Cuaderno No. 11.5.

¹²⁸ Cuaderno No. 18.1 Folio 324.

“Patio y Taller Aguablanca (ETM S.A) y Patio y Taller Sur (GIT MASIVO S.A.) – en proceso de construcción

DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO: Construcción del patio y taller y demás obras complementarias del SITM-MIO de pasajeros de Santiago de Cali.

Cada patio y taller debe considerar las áreas de estacionamiento, abastecimiento de combustible, mantenimiento predictivo, preventivo y correctivo de autobuses y las que se requieran para la operación.

ESTADO ACTUAL:

Patio y Taller Aguablanca: Desde el día 20 de enero de 2018 de dió (sic) inicio a la etapa de construcción.

Patio y Taller Sur: Se adelanta el modificadorio contractual con la firma SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A., para proceder al inicio del proyecto.

TRAZABILIDAD: El 22 de junio de 2016, el Tribunal de la Cámara de Comercio de Cali, profirió Laudo Arbitral como consecuencia de la Demanda Arbitral presenta (sic) por el Consorcio Patios Sur en contra de Metro Cali S.A. a favor de Metro Cali S.A.

Metro Cali S.A. no había podido obtener la materialización de las ordenes (sic) consignadas en el laudo, ante la renuncia al cumplimiento por parte de las partes que quedaron involucradas en el mismo, como lo es, obtener por parte del representante legal del Consorcio Patios Sur, la entrega física y material de los lotes con matrícula inmobiliaria 370-878088 (Patio Taller Aguablanca) y 370-878779 (Patio Taller Valle del Lili y la inscripción ante la Oficina de Instrumentos Públicos como propietario a Metro Cali S.A. respecto del lote Aguablanca con matrícula inmobiliaria 370-878088.

Como consecuencia de ello Metro Cali S.A. ha utilizado los diversos mecanismos que la ley ha puesto al alcance para la defensa de sus derechos, como lo es: Solicitud de inscripción del laudo, solicitud de entrega de los lotes, demanda ejecutiva en Obligación de hacer, proceso de entrega del inmueble, denuncia por fraude a resolución judicial (Laudo arbitral), acciones de tutela y querrela por perturbación de la posesión, denuncia por usurpación de inmuebles, las cuales a la fecha, se encuentran pendientes de decisión.

Finalmente, solo hasta el día 16 de noviembre de 2017, se realizó entrega judicial de los Patios y Talleres.

- 16/12/2015: Fecha en que se instauro (sic) el proceso en el Tribunal.*
- 22/06/2016: Fecha en la que profirió laudo Arbitral*
- 22/12/2016: Fecha en la que Metro Cali S.A. adjudico (sic) la licitación de los patios.*

- 16/11/2017: Fecha en la que se recibieron los lotes.(...)¹²⁹

Igualmente, en el “Informe Ejecutivo – Informe Estado Proceso Patios Talleres Valle del Lili y Agua Blanca – Terminal Sur”¹³⁰, aportado por la demandante, se detallaron los procesos judiciales que habían interferido con la construcción y entrega del Patio Sur, correspondiente a Git Masivo:

“2.1 Terminal Sur

Proceso de Expropiación: Se encuentra un proceso de adquisición en la etapa de la expropiación judicial ante el Juzgado Quince Civil del Circuito bajo el radicado 2017-0069.

Metro Cali S.A. adelantó negociación respecto de una franja de terreno de 52,778,83 M2 que hace parte de un predio de mayor extensión denominado “LOTE PARTE DE EL CORTIJO” localizado en el Corregimiento EL Hormiguero Vereda Valle del Lili Vía Cali-Jamundí, con folio de matrícula inmobiliaria 370-59938 de propiedad de Alianza Fiduciaria S.A., Vocero y Administrador del Fideicomiso El Cortijo, necesaria para la obra TERMINAL DE CABECERA DEL SUR Y CONEXIÓN TRONCAL.

Por lo anterior, Metro Cali S.A. formula Oferta de Compra ALIANZA FIDUCIARIA S.A. VOCERO Y ADMINISTRADOR DE FIDEICOMISO EL CORTIJO, quien ostenta la calidad de propietario, e inicia el respectivo proceso de adquisición, de conformidad con lo establecido en las leyes 9 de 1987, 1682 de 2013 y los decretos que las reglamenten o modifican.

En el año 2016, en consideración al ánimo de negociación expresado formalmente por el propietario, y la necesidad técnica de obtener prontamente la posesión del bien con ánimo de señor y dueño para dar inicio a la construcción del proyecto al cual se encuentra destinado, el presidente de Metro Cali y el propietario del inmueble acordaron firmar un CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA que se suscribió el 21 de diciembre de 2016, la cual es irrevocable en los términos del artículo 1682 de 2013.

En virtud de lo estipulado en la cláusula Décimo Tercero (sic) del contrato de promesa de compraventa, el 26 de diciembre de 2016, Alianza Fiduciaria S.A. Vocero y Administrador del Fideicomiso el Cortijo realizo (sic) mediante acta, la entrega voluntaria del inmueble a Metro Cali S.A. con el objeto de que se pudieran iniciar las obras pertinentes.

Ahora bien, no obstante haberse suscrito la promesa de compraventa, las partes convinieron que la promitente compradora, en este caso, Metro Cali S.A. debía iniciar el proceso de expropiación judicial, por la inconformidad en el precio por parte de la sociedad Alianza Fiduciaria S.A. Por lo anterior, Metro Cali S.A. el día 16 de marzo de 2017, presentó demanda de expropiación judicial, la cual fue admitida el 17 de abril de 2017. (Radicado 2017-69 Juzgado 15 Civil del Circuito).

¹²⁹ Metro Cali, Informe Ejecutivo Estado de la Infraestructura del SITM-MIO, Santiago de Cali, febrero de 2018, suscrito por Jaime A. Quesada Colonia como Director de Infraestructura.

¹³⁰ Cuaderno 18.1 Folio 306.

Que a pesar de que la sociedad Alianza Fiduciaria S.A. Vocero y Administrador del Fideicomiso El Cortijo, manifestó mediante la suscripción del contrato de promesa de compra venta que: “Así mismo garantiza que lo transfiere libre de todo gravamen, desmembración y limitación de dominio, tales como condición resolutoria, embargos, pleitos pendientes”, sobre el predio, se adelanta hoy proceso de Pertinencia por Prescripción Adquisitiva de dominio en el Juzgado 15 Civil del Circuito de Cali (radicado 2016-00301) por parte del señor Germán Antonio Andrade quien argumenta tener pleito pendiente con el propietario Alianza Fiduciaria S.A., demanda que solo se inscribió en el folio de matrícula inmobiliaria No. 370-59938 el 16 de diciembre de 2016, después de la inscripción de la oferta de compra y demanda de expropiación de Metro Cali S.A.”

El análisis integral de ese informe permite establecer lo siguiente: (i) que a la fecha de su elaboración, no se había entregado el terminal de Agua Blanca cuya construcción se inició en el mes de enero del año 2018, a pesar de que en el cronograma del contrato modificadorio número 6 la etapa de construcción debía finalizar justo en ese mes; y (ii) que la razón aducida para el retraso, la constituye el incumplimiento del concesionario de patios, lo cual concluyó en una actuación judicial extensa que escapa al control de Metro Cali y por lo tanto se constituye en un eximente de responsabilidad. Por ello, y si bien la obligación de entrega del patio de Agua Blanca es una obligación de resultado a cargo de la convocada, no es menos cierto que el Tribunal encuentra acreditado una eximente de responsabilidad que impediría atribuir el incumplimiento a Metro Cali.

En lo que toca con el patio taller sur, las pruebas allegadas al expediente permiten establecer que en el otrosí de 2014 se acordó como finalización de la etapa de construcción el mes de septiembre de 2017. Sin embargo, en el informe antes mencionado, se advierte que el proceso de expropiación solamente lo inició Metro Cali en el mes de marzo de ese año, por lo cual debe concluirse que la no entrega de ese patio en la fecha contractualmente acordada, sí constituye un incumplimiento atribuible de la demandada.

En conclusión, en relación con los alegados incumplimientos relativos a la entrega de patios, el Tribunal habrá de acceder a la prosperidad parcial de la pretensión, en atención a que, como ha quedado estudiado, las condiciones de los patios talleres provisionales constituyen una desatención de la obligación de entrega de los mismos y en la medida en que el retraso en la falta de entrega del patio taller del sur, sí resulta atribuible a Metro Cali.

B. FALTA DE ENTREGA DE CORREDORES

- ¿Cuál era la obligación de Metro Cali?

En virtud del Contrato de Concesión No. 1 celebrado el 15 de diciembre de 2006, Metro Cali adquirió las siguientes obligaciones:

“10.1 Adelantar por sí o por interpuesta persona las actividades de gestión, planeación y control del Sistema MIO, que permitan al CONCESIONARIO el desarrollo de la actividad de transporte que es objeto de la presente concesión.

10.2 Poner a disposición, para el uso por parte del CONCESIONARIO, la infraestructura física y tecnológica necesaria que permitirán el cumplimiento de las Rutas Troncales, Auxiliares y Alimentadoras, para adelantar la operación del Servicio Público de Transporte Masivo.

10.3 Planear, programar y ordenar los recursos para el mantenimiento y expansión de la infraestructura de transporte del Sistema MIO que serán ejecutados a través del Fondo de Mantenimiento y Expansión del Sistema (FMES), conforme a la disponibilidad de recursos, requerimientos de operación y prioridades del Sistema MIO establecidos por Metro Cali S.A.”

Como se observa, una de las obligaciones de Metro Cali era poner a disposición del concesionario la infraestructura física, la cual está definida en el contrato como “(...) los corredores troncales, pretroncales, complementarios, patios y talleres, estaciones y cobertizos y otros que tengan que ver con la movilidad de los autobuses y de los usuarios”¹³¹.

También se definió el corredor o la troncal como “Vía principal integrante del Sistema MIO. Para la circulación de los autobuses articulados y/o padrones del Sistema. O cuando por necesidades del servicio Metro Cali S.A. lo requiera, de autobuses complementarios; dotada de infraestructura de transporte para el ingreso, trasbordo y salida de pasajeros.”¹³²

Dentro del contrato no se señalaron las troncales que conformarían el sistema. Sin embargo, como se destaca en el dictamen pericial aportado por la demandante¹³³, en la etapa de preguntas y respuestas Metro Cali manifestó que las troncales correspondientes a la fase 1 serían: (i) carrera 1 entre la calle 15 y la calle 70, (ii) calle 5 entre carrera 15 y calle 25, (iii) carrera 15 entre calle 15 y Avenida Ciudad de Cali y (iv) calle 13 y calle 15 entre carrera 1 y carrera 15. Para la fase 2 se presupuestaron las siguientes troncales: (i)

¹³¹ Numeral 1.181 de la cláusula primera del contrato.

¹³² Numeral 1.173 de la cláusula primera del contrato.

¹³³ Dictamen pericial elaborado por la Compañía CAL Y MAYOR ASOCIADOS, folio 30 del Cuaderno No. 15.9

avenida 3 norte / Avenida Américas entre carrera 1 y calle 70 y (ii) transversal 25 / transversal 29 y carrera 28d entre carrera 15 y Avenida Ciudad de Cali.

De los anteriores corredores troncales, al momento de celebrarse el contrato modificadorio No. 6 las partes señalaron que se encontraban pendientes las siguientes actividades:

Obra	Fecha de terminación presupuestada
Construcción corredor troncal Agua Blanca	Enero de 2015
Corredor Troncal - Glorieta Estación (Conexión Av. Américas – Av. 3N)	Diciembre de 2017
Corredor Troncal - Conexión Terminal Sur	Noviembre de 2017

- ¿Cómo cumplió Metro Cali?

Sobre las anteriores obras, en el dictamen pericial técnico aportado por la demandante, se afirma que se ha presentado un incumplimiento por parte de Metro Cali ya que al tomar como referencia las fechas presupuestadas para las fases 1 y 2 se presentaron atrasos de 6 a 7 años:

“Entre seis y siete años de atraso (2008/2009 a 2015) en la construcción de los corredores prioritarios, principalmente los correspondientes a la Fase II de implantación, que redujeron la captación de demanda, la velocidad y la capacidad de transporte del sistema.

La infraestructura de corredores no constituyó un factor significativo de atraso para el proyecto en su Fase I de implantación debido a que los 27,8 kilómetros de corredores troncales y los 223,5 kilómetros de corredores pre-troncales y complementarios previstos para esta fase se entregaron durante el transcurso del año 2008.

1. Sin embargo, en la segunda y última fase de implantación se presentaron atrasos significativos en la entrega de los 10,9 kilómetros de corredores troncales y los 127,5 kilómetros de corredores pre-troncales y complementarios, los cuales estaban previstos inicialmente para estar totalmente construidos en el año 2009. Así, solo hasta mediados del año 2010 se entregaron los primeros 4.2 kilómetros de corredores correspondientes a la troncal Avenida Tercera Norte y troncal Américas, mientras que en el 2015 se concluyeron las obras en el corredor troncal de Aguablanca, que corresponde a los 6,7 kilómetros troncales restantes para esta fase. Ya en términos de pre-troncales y complementarios, en el periodo 2009-2012 tampoco se habilitaron nuevos corredores, concluyéndose las obras apenas durante el transcurso de los años 2014 y 2015. “

Frente a lo anterior, en el dictamen de contradicción aportado por la demandada se afirma:

“Como se ha reiterado, a partir de diciembre de 2014 se establece un nuevo cronograma, el cual igualmente podría considerar los posibles atrasos no imputables a Metro Cali, por procesos judiciales que impidan el desarrollo de las obras.

Con relación a lo solicitado, el perito interpreta con base en Informe de Gestión publicado por la entidad en diciembre de 2015, que las obras deben concluir a finales de 2017 y presentan atrasos significativos que difícilmente permitirán cumplir con los plazos previstos, lo cual es una imprecisión, toda vez que la totalidad de las obras que le son posibles adelantar a Metro Cali, se encuentra dentro de los términos de su cumplimiento y en relación a aquellas que no, el perito omite exponer los motivos justificados de los vigentes dentro de la relación contractual. Por lo anterior toda vez que los análisis respecto a la implantación de la infraestructura del sistema MIO, no desarrollado basado en el Anexo 1: Cronograma de Obras, del Otrosí No. 6, como la hoja de ruta vigente y parte constitutiva del mencionado Contrato Modificatorio; dicho análisis no es correcto ni procedente...”

A lo anterior, el Tribunal encuentra acertado el análisis realizado en el dictamen pericial de contradicción al afirmar que no se puede determinar la existencia de un retraso teniendo en cuenta lo consagrado en el contrato modificatorio No. 6 y el cronograma incluido en el anexo No. 1.

Es necesario evaluar el dictamen pericial aportado por la demandante en lo concerniente al análisis de cumplimiento en la entrega de la infraestructura frente al cronograma establecido en el anexo No. 1 del contrato modificatorio No. 6:

“Tal y como consta en el Anexo No. 1 del Contrato Modificatorio No. 6 a los contratos de concesión de transporte y la respuesta Metro Cali S.A. a Derecho de Petición No. 28535, a la fecha restan por ejecutarse ocho (08) grandes obras de infraestructura física para dar por concluida la implantación de las Fases I y II del proyecto. Estas nueve obras son: conexión vial entre las Avenidas Américas y 3N, conexión del terminal Sur, terminales de cabecera Sur, Calima y Aguablanca, terminal intermedio Guadalupe, y patios y talleres del Sur y Aguablanca.

En el Anexo No. 1 del Contrato Modificatorio No. 6 se definieron los plazos previstos inicialmente por Metro Cali S.A. para concluir esas obras, resaltando que de acuerdo con ese cronograma todas las obras debían estar concluidas a finales del año 2017. Sin embargo, a partir de los informes de gestión publicados por el propio Ente Gestor se observa que estas obras presentan atrasos significativos, aún en las etapas de diseño, gestión predial y estructuración del proceso de licitación, que difícilmente permitirán cumplir con los plazos previstos en el Contrato Modificatorio No. 6.

La Tabla 11 presenta el avance de cada una de las obras tanto en términos de gestión predial, diseño, estructuración del proceso de licitación y etapa constructiva y su respectivo atraso en comparación con los plazos previstos inicialmente por Metro Cali S.A. en el Contrato Modificatorio No. 6, todo esto con base en el último informe de gestión publicado por el propio Ente Gestor a diciembre de 2015, resalando que a la fecha de cierre del presente peritaje

(mayo de 2016) sólo se han presentado avances en las obras del terminal Calima, sin que se haya finalizado aun su ejecución.”

El aparte descrito no permite determinar con certeza la existencia de un incumplimiento por parte de Metro Cali, ya que los datos consignados y la fuente usada se refieren al año 2015 y en esa fecha todavía se encontraba pendiente la ejecución de las obras y el vencimiento de los plazos pactados.

Sin embargo, obra en el expediente el documento denominado “*Informe Ejecutivo Estado de la Infraestructura del SITM-MIO*”, prueba aportada por la demandada, en el que se evidencia que para febrero de 2018 no se habían construido las obras de troncales previstas:

“Glorieta Estación y Conexión Troncal – en proceso de licitación

OBJETO: Contratación de la construcción del empalme vial de los corredores troncales de la Av.3 norte y Av. de Las Américas.

DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO Y ACCIONES ADELANTADAS: El proyecto se localiza en el Sector nor-occidental de la ciudad de Cali, en la Comuna 2, entre el cerro de las Tres Cruces y el río Cali, configurando un acceso a la ciudad desde Yumbo y Palmira. Tipifica un uso Mixto como clúster de equipamiento colectivos de salud y servicio de transporte y punto intermodal de transporte: buses intermunicipales, locales, férreo y SITM.

Involucra un sistema ambiental: Corredor verde, río Cali, Canal calle 34N y un sistema patrimonio cultural: bienes muebles e inmuebles de nivel nacional y municipal.

ESTADO ACTUAL DISEÑOS: Actualmente se está gestionando la elaboración de ajustes y actualizaciones de los componentes de urbanismo y paisajismo y de infraestructura vial, de acuerdo a los requerimientos patrimoniales, de operatividad del SITM-MIO y de movilidad urbana.

TRAZABILIDAD: Se adelantaron diferentes alternativas de diseño las cuales a pesar de contar con la aprobación de patrimonio a nivel nacional no contaron con la aprobación de Patrimonio Municipal. Actualmente se están estudiando alternativas que no afecten temas patrimoniales a través de una adecuación funcional y que se ejecute en menor tiempo”

De lo anterior, se puede establecer que la conexión Av. 3 Norte y Av. Las Américas presupuestada para noviembre de 2017, en febrero de 2018 todavía se encontraba en proceso de licitación. Lo anterior es justificado en que las obras previstas “*no contaron con la aprobación de Patrimonio Municipal*”.

Situación similar se presenta con la conexión terminal sur presupuestada para octubre de 2017, sobre la cual se señala que para febrero de 2018 se encontraba en etapa de construcción. La anterior circunstancia se causó, según el “*Informe Ejecutivo Estado de*

la Infraestructura del SITM-MIO”, en la existencia de procesos judiciales, específicamente de un proceso de expropiación en el cual se encuentra pendiente la entrega:

“Terminal de Cabecera Sur y conexión Troncal – en ejecución.

La construcción de la Terminal Sur reinicio (sic) sus actividades el 9 de mayo de 2017, luego de haberse superado los inconvenientes de tipo jurídico dentro del proceso de adquisición de los predios requeridos. Se desarrolló la etapa de reconstrucción y el 9 de agosto de 2017 se inició la etapa de construcción, excavaciones, instalación de tuberías, traslado de postes y erradicación de los individuos arbóreos respectivos.

OBJETO: Construcción de la terminal de cabecera Sur, conexión corredor troncal asociado y demás obras complementación del SITM-MIO.

ESTADO ACTUAL: En ejecución. El día 22 de diciembre de 2016 fue suscrito contrato de obra con la firma SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.

Actualmente el Contrato de Obra se encuentra en Etapa de Construcción desde el día 08 de agosto de 2017 y presenta un nivel de avance del 6%.

TRAZABILIDAD: Los atrasos obedecen a temas judiciales en cuanto a los predios que a continuación se relaciona (sic):

- Alianza fiduciaria fideicomiso el Cortijo – Proceso de Expropiación: se encuentra en proceso de adquisición en la etapa de expropiación judicial ante el Juzgado 15 Civil del Circuito de Cali bajo el radicado 2017-0069. El 31 de Julio de 2017, (Estado del 11 de agosto de 2017) el Juzgado, ordena la entrega de la franja de terreno y para ello ordena subcomisionar al juez civil Municipal de reparto para llevar a cabo la diligencia. Hasta la fecha no se ha librado el despacho Comisorio. El día 28 de septiembre de 2017 el Consejo Superior de la Judicatura ordeno (sic) el cierre del juzgado y por tanto quedan suspendidos los términos.*
- Sobre este inmueble cursa un proceso de demanda verbal de pertenencia instaurado por el señor German Antonio Andrade y Otro”.*

Es decir, los dos obras troncales pendientes y establecidas expresamente en el Anexo No. 1 del contrato modificadorio No. 6 no fueron entregadas en diciembre de 2017, como se había previsto.

Respecto a lo anterior, en el “*informe Ejecutivo – Informe Estado Proceso Patios Talleres Valle Del Lili y Agua Blanca – Terminal Sur*”¹³⁴, prueba aportada por la demandada, se detalla también que la conexión troncal sur se vio afectada por lo sucedido con el ‘Lote Parte de El Cortijo’:

“Metro Cali S.A. adelantó negociación respecto de una franja de terreno de 52,778,83 M2 que hace parte de un predio de mayor extensión denominado “LOTE PARTE DE EL CORTIJO” localizado en el Corregimiento EL

¹³⁴ Cuaderno 18.1 Folio 306.

Hormiguero Vereda Valle del Lili Vía Cali-Jamundí, con folio de matrícula inmobiliaria 370-59938 de propiedad de Alianza Fiduciaria S.A., Vocero y Administrador del Fideicomiso E Cortijo, necesaria para la obra TERMINAL DE CABECERA DEL SUR Y CONEXIÓN TRONCAL.

Por lo anterior, Metro Cali S.A. formula Oferta de Compra ALIANZA FIDUCIARIA S.A. VOCERO Y ADMINISTRADOR DE FIDEICOMISO EL CORTIJO, quien ostenta la calidad de propietario, e inicia el respectivo proceso de adquisición, de conformidad con lo establecido en las leyes 9 de 1987, 1682 de 2013 y los decretos que las reglamenten o modifican.

En el año 2016, en consideración al ánimo de negociación expresado formalmente por el propietario, y la necesidad técnica de obtener prontamente la posesión del bien con ánimo de señor y dueño para dar inicio a la construcción del proyecto al cual se encuentra destinado, el presidente de Metro Cali y el propietario del inmueble acordaron firmar y el propietario del inmueble acordaron firmar un CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA que se suscribió el 21 de diciembre de 2016, la cual es irrevocable en los términos del artículo 1682 de 2013.

En virtud de lo estipulado en la cláusula Décimo Tercero (sic) del contrato de promesa de compraventa, el 26 de diciembre de 2016, Alianza Fiduciaria S.A. Vocero y Administrador del Fideicomiso el Cortijo realizo (sic) mediante acta, la entrega voluntaria del inmueble a Metro Cali S.A. con el objeto de que se pudieran iniciar las obras pertinentes.

Ahora bien, no obstante haberse suscrito la promesa de compraventa, las partes convinieron que la promitente compradora, en este caso, Metro Cali S.A. debía iniciar el proceso de expropiación judicial, por la inconformidad en el precio por parte de la sociedad Alianza Fiduciaria S.A. Por lo anterior, Metro Cali S.A. el día 16 de marzo de 2017, presentó demanda de expropiación judicial, la cual fu admitida el 17 de abril de 2017. (Radicado 2017-69 Juzgado 15 Civil del Circuito).

Que a pesar de que la sociedad Alianza Fiduciaria S.A. Vocero y Administrador del Fideicomiso El Cortijo, manifestó mediante la suscripción del contrato de promesa de compra venta que: “Así mismo garantiza que lo transfiere libre de todo gravamen, desmembración y limitación de dominio, tales como condición resolutoria, embargos, pleitos pendientes”, sobre el predio, se adelanta hoy proceso de Pertenencia por Prescripción Adquisitiva de dominio en el Juzgado 15 Civil del Circuito de Cali (radicado 2016-00301) por parte del señor Germán Antonio Anrade quien argumenta tener pleito pendiente con el propietario Alianza Fiduciaria S.A., demanda que solo se inscribió en el folio de matrícula inmobiliaria No. 370-59938 el 16 de diciembre de 2016, después de la inscripción de la oferta de compra y demanda de expropiación de Metro Cali S.A.”

En su alegato de conclusión, la demandada manifiesta que estos atrasos se presentaron por una circunstancia que otorgaba a Metro Cali un plazo adicional para la entrega de las obras, esto es, la existencia de “procesos judiciales asociados al desarrollo de las obras”, y se registra en el informe que “Actualmente se están estudiando alternativas que no afecten temas patrimoniales a través de una adecuación funcional y que se ejecute en menor tiempo” para los corredores troncales de la Av.3 Norte y Av. de Las Américas y el proceso de expropiación sobre el lote el Cortijo para la conexión troncal Sur.

Constatado lo anterior, con el fin de determinar si se presentaron las circunstancias que extendieran el plazo otorgado a Metro Cali en relación con la infraestructura relacionada en el cronograma contenido en el anexo No. 1 del contrato modificatorio No. 6, el Tribunal encuentra que no es así.

Nótese que, como ha afirmado la parte demandada durante todo el proceso, las partes a través del contrato modificatorio No. 6 previeron unos plazos para la ejecución de la infraestructura pendiente. Plazos preclusivos para el cumplimiento de la obligación a cargo de Metro Cali de poner a disposición de Git Masivo la infraestructura, en ese momento claramente definida en un documento contractual.

Y tal como se analizó anteriormente, el proceso de expropiación de predios para la conexión troncal sur, se inició en el mes de marzo del año 2017, a pesar de que el plazo contractualmente previsto fue noviembre de 2017, lo cual no es un eximente de responsabilidad que beneficie a la demandada.

C. FALTA DE ENTREGA DE TERMINALES DE CABECERA E INTERMEDIOS

- ¿Cuál era la obligación de Metro Cali?

Al igual que los corredores troncales, las estaciones hacen parte de la infraestructura del Sistema MIO que Metro Cali se comprometió a poner a disposición del Concesionario:

“10.1 Adelantar por sí o por interpuesta persona las actividades de gestión, planeación y control del Sistema MIO, que permitan al CONCESIONARIO el desarrollo de la actividad de transporte que es objeto de la presente concesión.

10.2 Poner a disposición, para el uso por parte del CONCESIONARIO, la infraestructura física y tecnológica necesaria que permitirán el cumplimiento de las Rutas Troncales, Auxiliares y Alimentadoras, para adelantar la operación del Servicio Público de Transporte Masivo.

10.3 Planear, programar y ordenar los recursos para el mantenimiento y expansión de la infraestructura de transporte del Sistema MIO que serán ejecutados a través del Fondo de Mantenimiento y Expansión del Sistema (FMES), conforme a la disponibilidad de recursos, requerimientos de operación y prioridades del Sistema MIO establecidos por Metro Cali S.A.”

Así quedó consagrado en el Contrato de Concesión que las estaciones hacen parte de la Infraestructura del sistema:

“1.81 Infraestructura de transporte del Sistema MIO: Son los corredores troncales, pretroncales, complementarios, patios y talleres, estaciones y cobertizos y otros que tengan que ver con la movilidad de los autobuses y de los usuarios”.

Sobre las terminales de cabecera e intermedias que integran el Sistema no se estableció su número, ubicación o especificación alguna en el contrato de concesión. Sin embargo, como se destaca en el dictamen pericial técnico¹³⁵, en la etapa de preguntas y respuestas Metro Cali manifestó que las terminales de cabecera serían las siguientes: (i) Sur, (ii) Sameco, (iii) Calima, (iv) Puerto Mallarino y (v) Puerto Mallarino y Agua Blanca. Respecto a las terminales intermedias se establecieron las siguientes: (i) Guadalupe, (ii) Cosmocentro y (iii) Villa Hermosa.

En el contrato modificatorio No. 6 se estableció que en cuanto a terminales de cabecera e intermedios se encontraban pendientes las siguientes obras:

Obra	Fecha de terminación presupuestada
Construcción Terminal Intermedia Julio Rincón	Julio de 2015

También se definieron los términos de ejecución de obras que no habían sido iniciadas:

Obra	Fecha de terminación presupuestada
Terminal de Cabecera - Terminal Sur	Noviembre de 2017
Terminal de Cabecera – Terminal Calima Norte	Junio de 2016
Terminal de Cabecera – Terminal Agua Blanca	Septiembre de 2017
Terminal Intermedia – Terminal Guadalupe -	Agosto de 2017

- ¿Cómo cumplió Metro Cali?

Sobre las anteriores obras se observa que la correspondiente al Terminal Sur en febrero de 2018 se encontraba en etapa de ejecución, según lo establecido en el *“Informe Ejecutivo Estado de la Infraestructura del SITM-MIO”* aportado como prueba por la testigo Juanita Concha, por lo cual, es evidente que no se cumplió el plazo previsto para su entrega.

¹³⁵ Dictamen pericial elaborado por la Compañía CAL Y MAYOR ASOCIADOS, folio 30 del Cuaderno No. 15.9

“Terminal de Cabecera Sur y conexión Troncal – en ejecución.

La construcción de la Terminal Sur reinició (sic) sus actividades el 9 de mayo de 2017, luego de haberse superado los inconvenientes de tipo jurídico dentro del proceso de adquisición de los predios requeridos. Se desarrolló la etapa de reconstrucción y el 9 de agosto de 2017 se inició la etapa de construcción, excavaciones, instalación de tuberías, traslado de postes y erradicación de los individuos arbóreos respectivos.

OBJETO: Construcción de la terminal de cabecera Sur, conexión corredor troncal asociado y demás obras complementación del SITM-MIO.

ESTADO ACTUAL: En ejecución. El día 22 de diciembre de 2016 fue suscrito contrato de obra con la firma SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.

Actualmente el Contrato de Obra se encuentra en Etapa de Construcción desde el día 08 de agosto de 2017 y presenta un nivel de avance del 6%.

TRAZABILIDAD: Los atrasos obedecen a temas judiciales en cuanto a los predios que a continuación se relaciona (sic):

- Alianza fiduciaria fideicomiso el Cortijo – Proceso de Expropiación: se encuentra en proceso de adquisición en la etapa de expropiación judicial ante el Juzgado 15 Civil del Circuito de Cali bajo el radicado 2017-0069. El 31 de Julio de 2017, (Estado del 11 de agosto de 2017) el Juzgado, ordena la entrega de la franja de terreno y para ello ordena subcomisionar al juez civil Municipal de reparto para llevar a cabo la diligencia. Hasta la fecha no se ha librado el despacho Comisorio. El día 28 de septiembre de 2017 el Consejo Superior de la Judicatura ordeno (sic) el cierre del juzgado y por tanto quedan suspendidos los términos.*
- Sobre este inmueble cursa un proceso de demanda verbal de pertenencia instaurado por el señor German Antonio Andrade y Otro.”*

La situación del proceso de expropiación anterior es reiterada en el *“Informe Ejecutivo – Informe Estado Proceso Patios Talleres Valle del Lili y Agua Blanca – Terminal Sur”*¹³⁶, en donde se adiciona que también se presentaron problemas por el concurso de un proceso de pertenencia y de un proceso reivindicatorio sobre el mismo predio.

Sobre el Terminal Aguablanca se informa que: *“el proyecto cuenta con los estudios y diseños requeridos para contratar la construcción”*. Señalando que se habían presentado atrasos por las siguientes razones:

“Los atrasos obedecen a temas judiciales en cuanto a los predios que a continuación se relacionan:

- Antena de Caracol: la demanda de expropiación fue radicada el 31 de octubre de 2017 y se admitió el 7 de diciembre de 2017.*

¹³⁶ Cuaderno 18.1 Folio 306.

- *El 13 (sic) de Julio de 2017 el Juzgado 14 Civil del Circuito de Cali practico (sic) la diligencia de entrega anticipada del predio, el proceso continuo en trámite hasta obtener el fallo definitivo con Sentencia a favor.*
- *El asentamiento humano de Brisas de Caracol fue restituido en franja de 3200 m2 en el mes de mayo de 2017 pero en la actualidad se continúa teniendo problemas de asentamiento en dos franjas específicas del lote que comprende el proyecto (ver imagen 24).*
- *Transversal 103 se encuentra en proceso de restitución, diligencia del "(sic) Inspección de Policía, secretaria de Vivienda."*¹³⁷

Frente a la Terminal Intermedia Guadalupe, cuyo nombre se cambió a Simón Bolívar, se afirma que en febrero de 2018 se encontraba en construcción y que esto se debió a que, al realizar dos procesos de contratación, uno fue descartado y el otro fue declarado desierto, por lo cual se cambiaron las condiciones que se habían establecido inicialmente¹³⁸.

Constituyen los hechos relatados en el informe unos eventos que el Tribunal considera se enmarcan dentro de las eximentes de responsabilidad, y si bien, como ya se mencionó la obligación de entrega de infraestructura es una obligación de resultado, los retrasos que aquí se estudian, no constituyen un hecho atribuible a la convocada y por ende tampoco habrá de prosperar la pretensión en este tema específico.

D. CONCLUSIÓN

Síguese del anterior análisis que no existe incumplimiento de la convocada en lo que se refiere a la implantación del sistema, por lo cual habrá de negarse la pretensión decimoctava.

Distinta suerte correrá la pretensión decimonovena pues se abre paso su prosperidad parcial en la medida en que el Tribunal encontró probados algunos incumplimientos en la entrega de la infraestructura.

La negativa de la pretensión decimoctava y la prosperidad parcial de la decimonovena, exige entonces que el Tribunal aborde el estudio de las peticiones subsidiarias formuladas respecto de ellas, cuyo objeto es que se declare que la no implantación del sistema en los términos proyectados, y la no construcción y entrega oportuna de la

¹³⁷ Metro Cali, Informe Ejecutivo Estado de la Infraestructura del SITM-MIO, Santiago de Cali, febrero de 2018, suscrito por Jaime A. Quesada Colonia como Director de Infraestructura.

¹³⁸ Metro Cali, Informe Ejecutivo Estado de la Infraestructura del SITM-MIO, Santiago de Cali, febrero de 2018, suscrito por Jaime A. Quesada Colonia como Director de Infraestructura.

infraestructura, son eventos ajenos y no imputables al concesionario que rompen el equilibrio económico del contrato, y que por ende, debe ser restablecido.

En el análisis sobre los riesgos efectuado en precedencia, quedó ya establecido que en la cláusula 92 del contrato las partes atribuyeron expresamente a Metro Cali el riesgo de la infraestructura y el de implantación.

Por ello, y si bien en algunos de los eventos analizados, no advierte el Tribunal que exista responsabilidad atribuible a la convocada, no es menos cierto que al haber asumido esos riesgos, se encuentra en la obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato en las cuantías en que aparezca demostrado que se desequilibró como consecuencia de los retrasos en la entrega de la infraestructura y de los hechos que afectaron la implantación del sistema.

Por ello, y sin necesidad de mayores argumentaciones, se accederá igualmente a la prosperidad de la pretensión subsidiaria a la decimoctava y parcialmente a la subsidiaria a la decimonovena, en relación con todos aquellos retrasos que habiendo sido probados, no resultaron imputables a Metro Cali.

Resta por analizar en este capítulo, el contenido de las pretensiones vigesimotercera, vigesimocuarta y vigesimonovena. En relación con las dos primeras, en las cuales se reclama del Tribunal una declaratoria de incumplimiento de las obligaciones de gestión, planeación y control del sistema MIO, así como de la buena fe, mejores esfuerzos, colaboración y confianza legítima, revisado el expediente, no se encuentra prueba alguna al respecto, por lo cual, sin necesidades de mayores análisis, se negará su prosperidad.

Por otro lado, en lo que se refiere a la pretensión vigesimonovena, por tratarse de una solicitud indemnizatoria genérica, el Tribunal no accederá a ella, en la medida en que las indemnizaciones que se ordenan en este laudo, se encuentran ya resueltas respecto de cada uno de los eventos de incumplimiento que se encontraron probados.

2.6. PRETENSIONES RELATIVAS AL OTROSÍ NÚMERO 6

En este grupo de pretensiones, solicita en síntesis la parte convocante que se declare la resolución del otrosí número 6 de 18 de diciembre de 2014, por incumplimiento de las obligaciones adquiridas por Metro Cali en ese documento. Para resolver esas solicitudes, procederá el Tribunal a efectuar unas precisiones iniciales en relación con la procedencia de la terminación contractual por incumplimiento, para posteriormente, analizar uno a uno

los alegados incumplimientos en el mismo orden en que fueron planteados en la reforma de la demanda y finalmente determinar la procedencia o no de la resolución.

2.6.1. Consideraciones generales sobre la terminación del contrato por incumplimiento de las obligaciones

En los contratos bilaterales, bien sea de derecho privado o estatales, va envuelta la condición resolutoria tácita, en virtud de la cual el contratante cumplido o que se allanó a cumplir, puede solicitar la terminación del contrato por el incumplimiento de la otra parte y, en consecuencia, ejercer la acción resolutoria consagrada en los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio.

Los requisitos de dicha acción, han sido señalados por la jurisprudencia, en los siguientes términos:

*“Acudiendo a los antecedentes doctrinales, la jurisprudencia de la Corte, salvo la sentencia de 29 de noviembre de 1978, al fijar el verdadero sentido y alcance del art. 1546 del Código Civil, en más de un centenar de fallos ha sostenido que constituyen presupuestos indispensables, para el buen suceso de la acción resolutoria emanada de la condición resolutoria tácita, los siguientes: a) que el contrato sea bilateral; b) que quien promueva la acción haya cumplido con sus obligaciones o que haya estado dispuesto a cumplirlas, y c) que el otro contratante haya incumplido las obligaciones que le corresponde”.*¹³⁹

En cuanto al incumplimiento como presupuesto de la terminación del contrato por resolución de negocio jurídico, el ordenamiento jurídico no califica su trascendencia, sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han señalado que no todo incumplimiento da lugar a la resolución, sino que éste debe ser relevante.

En relación con este presupuesto, la jurisprudencia de la Corte Suprema, señala:

*“En rigor jurídico es verdad que en los procesos en que se pide la resolución de un contrato bilateral por incumplimiento del demandado, es deber inexcusable del juez, para que su fallo resulte equitativo, detenerse sobre el requisito de la importancia que la ley requiere para que el incumplimiento invocado dé asidero a la pretensión deducida; en justicia el contrato no se podrá resolver si el incumplimiento de una de las partes contratantes tiene muy escasa importancia en atención al interés de la otra.”*¹⁴⁰

La calificación de la trascendencia del incumplimiento está reservada al juez del contrato *“limitado por el principio de razonabilidad y por la idea de que la prestación incumplida*

¹³⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de noviembre 5 de 1979.

¹⁴⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de septiembre 11 de 1984.

debe ser de suficiente entidad como para quitar interés al acreedor respecto de la ejecución ulterior”¹⁴¹, por lo cual, será labor del Juzgador establecer si la gravedad del incumplimiento frustra el objeto o la función del contrato.

Sobre este particular, la doctrina ha sostenido lo siguiente:

“Así, nos parece que no se debe tener en cuenta para la determinación de la entidad del incumplimiento, la apreciación subjetiva que el contratante pueda hacer de su propio interés, pues entonces se tomaría un elemento de juicio vago y equívoco, como es la voluntad presunta del interesado. Con dicho fin se debe considerar, en cambio, y este parece ser el sentido más correcto de la norma, la entidad del incumplimiento, considerado objetivamente, esto es, a la vista de repercusión sobre el equilibrio de las prestaciones. Pero esto no significa que deba procederse a una valoración del incumplimiento en abstracto, desde un punto de vista, como tal, lejano de la realidad; el juicio debe conducirse (y ello resulta inequívocamente de la referencia de la norma al interés del otro contratante) teniendo en cuenta la influencia efectiva del incumplimiento sobre la situación contractual concreta. Y apenas hay para que agregar, luego de todo lo dicho, que para determinar la gravedad del incumplimiento en orden a la resolución, nada significa el elemento subjetivo de la conducta del incumplido (la magnitud de su dolo o de su culpa). “(...) se ha afirmado que, delante de una pluralidad de deberes contractuales, ha de considerarse relevante el incumplimiento de uno principal, siempre que no sea de escasa entidad, al paso que está llamado a permanecer irrelevante el incumplimiento de una obligación accesoria, a menos que repercuta sobre el buen desenlace de la prestación principal; e incluso se ha establecido que, frente a una prestación parcial o tardía, es necesario considerar, sobre todo, si en esa forma es igualmente útil dentro del marco de la ejecución del contrato, y si la tutela del interés de la otra parte, que de ese modo recibiría un perjuicio limitado, puede realizarse también por otra vía. La valoración de la gravedad del incumplimiento debe hacerse, además, con relación al momento en que debe cumplirse la obligación (el interés del acreedor en el cumplimiento puede, en efecto, variar por el advenimiento de cualquiera circunstancia). Fuera de ello debe tenerse presente, para decidir sobre la entidad del incumplimiento, la conducta del acreedor, que provocando o tolerando la inobservancia de una cláusula contractual específica, demuestra no tener ya interés en su respeto”¹⁴².

Pero en adición a la facultad que tiene el contratante cumplido de solicitar la terminación del contrato, existe para él el derecho a exigir la reparación de los perjuicios que ese incumplimiento le haya causado, ya de manera principal (artículos 1610 y 1612 del Código Civil) ora accesoria y consecuencial (artículos 1546 y 1818 del Código Civil), bien en forma autónoma e independiente de la resolución.

¹⁴¹ Miquel, *Resolución de los Contratos por Incumplimiento*, Segunda Edición actualizada, Editorial Depalma, pág. 140.

¹⁴² Renato SCOGNAMIGLIO, *Teoría General del Contrato*. Traducción de Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, págs. 266 a 268.

Estos presupuestos de la acción resolutoria, aunque con algunos matices como lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado, también resultan aplicables a los contratos estatales por remisión expresa de la Ley 80 de 1993¹⁴³ y deben apreciarse con mayor rigor en virtud de los fines y finalidades de la contratación pública. No debe perderse de vista que el régimen jurídico del contrato estatal, salvo en las materias particularmente reguladas en la Ley 80 de 1993, es el del derecho civil o comercial¹⁴⁴, el cual precisamente contempla la facultad del contratante cumplido a exigir la resolución del contrato frente al incumplimiento de la otra parte.

Sobre el particular la jurisprudencia del Consejo de Estado ha indicado que:

“Una de las pretensiones que pueden incoarse en ejercicio de la acción contractual es precisamente la declaratoria de incumplimiento del contrato estatal, su terminación o resolución, pretensión ésta que encuentra su fundamento en la denominada “Condición Resolutoria Tácita” prevista en el artículo 1546 del Código Civil, conforme a la cual ante el incumplimiento del contrato por una de las partes, la parte cumplida podrá exigir su cumplimiento, o solicitar su terminación con la consecuente indemnización de los perjuicios [J. O. Santofimio Gamboa, “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo III, Primera Edición Noviembre de 2004, Editorial Universidad Externado de Colombia, Pág. 235.]

Así, la declaratoria de incumplimiento supone un juicio de responsabilidad con el consecuente reconocimiento de los perjuicios causados a la parte cumplida con ocasión de éste, conforme a lo alegado y probado en el respectivo proceso [Ibídem, Pág. 236].”¹⁴⁵.

En sentencia posterior, sostuvo la misma Corporación lo siguiente:

“El incumplimiento, en los términos del artículo 1546 del Código Civil, no extingue de pleno derecho el vínculo jurídico contractual, así como tampoco autoriza al acreedor para terminarlo unilateralmente. Surge entonces para el contratante cumplido, ante el mencionado supuesto, la alternativa de solicitar la resolución del negocio jurídico o el cumplimiento, en ambos casos con indemnización de perjuicios. Por tanto, la pretensión de resolución del contrato surge con el fin de extinguir la relación jurídica negocial y romper el vínculo entre el contratante cumplido del que no lo ha hecho. Como se mencionó ut supra, la pretensión de resolución del contrato posee la característica de ser facultativa, pues podrá solicitar, el contratante cumplido, la pretensión de compeler al deudor a satisfacer la prestación debida y a indemnizar los perjuicios causados. Pretensión de cumplimiento que puede ser de manera directa o de manera indirecta, también llamada ejecución por equivalente, que se presenta cuando “la ejecución en especie o ejecución directa no es posible”. En segundo lugar, podrá el contratante cumplido optar por la pretensión de la resolución del contrato, la cual se dirige a liberar al acreedor

¹⁴³ Ley 80 de 1993, artículo 13.

¹⁴⁴ El artículo 13 de la Ley 80 de 1993, dispone “De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”.

¹⁴⁵ Consejo de Estado, sección tercera, sentencia de 24 de agosto de 2016, expediente 41.783.

*de las obligaciones surgidas del negocio jurídico en el que la otra parte no ejecutó la prestación a su cargo (...)*¹⁴⁶

Y si bien, en las anteriores jurisprudencias no se especifica lo anteriormente señalado por este Tribunal, en el sentido de que no cualquier incumplimiento sirve de fundamento a una terminación contractual, las singulares características del contrato estatal, su función, y las específicas finalidades señaladas en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, permiten establecer que la resolución del contrato estatal solo procede por un incumplimiento grave de la entidad contratante¹⁴⁷, de tal magnitud que impida o sitúe al contratista en posición de no poder cumplir sus obligaciones, las tornen razonablemente de imposible cumplimiento o en términos que le resulten excesivamente onerosos.

Dentro de este marco conceptual, se procederá a analizar cada uno de los incumplimientos alegados por la parte convocante respecto del otrosí número 6.

2.6.2. Estudio de los incumplimientos referenciados en la reforma de la demanda (Pretensión séptima y sus subsidiarias)

2.6.2.1. NO ENTREGAR OPORTUNAMENTE A GIT MASIVO EL ESTUDIO CONTRATADO POR EL DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN (DNP).

En su alegato de conclusión, el apoderado de la parte convocante al desarrollar la pretensión correspondiente a este tema, sostiene lo siguiente:

*“El hecho, al igual que la pretensión, consiste en que METRO CALI no entregó a GIT MASIVO el Estudio DNP, con lo cual, incumplió sus obligaciones legales y contractuales, siendo uno de los incumplimientos que concurren a la resolución del Otrosí No. 6 y a la indemnización de los perjuicios causados”*¹⁴⁸.

Por su parte, el apoderado de la convocada afirma en la contestación, de manera general para todos los incumplimientos que se relacionan en la pretensión séptima de la demanda principal reformada, que el otrosí número 6 *“no constituye prueba por parte de Metro Cali de incumplimientos, pues se recurrió a su celebración para dejar atrás disputas sobre los mismos aspectos que ahora trae a colación la demanda arbitral”*.

Esa alegación de la demandada no resulta admisible en este punto, toda vez que precisamente lo que la actora solicita en este capítulo de la demanda, es que se estudien

¹⁴⁶ Consejo de Estado, sección tercera, sentencia de 18 de mayo de 2017, expediente 44.268.

¹⁴⁷ Bien podría igualmente la entidad contratante acudir a esta facultad legal, no obstante lo cual, es claro por contar con otras herramientas exclusivas del derecho público, lo usual es que acuda a ellas.

¹⁴⁸ Folio 51 del alegato de conclusión de la parte demandante, respecto de la reforma de la demanda principal.

los incumplimientos acaecidos con posterioridad a la celebración del citado otrosí, por lo cual resulta perfectamente posible entrar a analizarlos.

Para resolver este punto, es relevante, en primer lugar, establecer lo convenido por las partes en relación con el mencionado estudio contratado por el Departamento Nacional de Planeación, para lo cual, es útil transcribir los siguientes apartes del capítulo denominado “*Consideraciones especiales relacionadas con la participación de los Concesionarios en la Bolsa del Sistema*”, contenido en el otrosí número 6:

“2.19.4. Que con base en la anterior consideración, los Concesionarios manifiestan que se hace necesaria la realización de estudios financieros, que permitan revisar, entre otros aspectos, la estructura tarifaria y determinar la eventual necesidad de modificar su participación en la Bolsa del Sistema, toda vez que señalan que los ingresos que reciben son insuficientes para cubrir la totalidad de sus costos y gastos actuales. (...)”

2.19.6. Que las partes han sido informadas acerca de que el Departamento Nacional de Planeación adelantará en fecha próxima un estudio que tiene por objeto la “Aplicación de la metodología de estimación de capacidad de pago y propuesta de estructura tarifaria para el SITM MIO de Santiago de Cali”, según oficio No. 20148641088011 de fecha 3 de diciembre de 2014, y que podría adelantar otros estudios relacionados con la estructura tarifaria del MIO durante el primer semestre del año 2015.

2.19.7. Que una vez entregados los estudios por el Departamento Nacional de Planeación, Metro Cali contratará estudios jurídicos que le indiquen la forma en que se pueden implementar los resultados de los estudios del Departamento Nacional de Planeación”.

Igualmente, resulta relevante la transcripción de la cláusula 3.10 del mencionado otrosí, por virtud de la cual se adicionaron cinco párrafos a la cláusula 23 del contrato, de los cuales es pertinente destacar el siguiente:

“3.10. (...) PARÁGRAFO QUINTO: Se ha identificado que el Departamento Nacional de Planeación adelantará estudios financieros relacionados con la estructura tarifaria para el municipio de Santiago de Cali, y que los mismos podrán tener una incidencia respecto a lo pactado en la presente cláusula y sus párrafos, en cuyo caso Metro Cali deberá actuar en concordancia con lo establecido en el numeral 4.1.2. del presente modificador (...)”.

La estipulación según la cual en caso de que los “*estudios financieros relacionados con la estructuración tarifaria para el municipio de Santiago de Cali*” tuvieran “*una incidencia respecto de lo pactado*”, “*Metro Cali (debería) actuar en concordancia con lo establecido en el numeral 4.1.2. del presente modificador*”, fue incorporada igualmente en las cláusulas 3.12, 3.13 y 3.16 del otrosí número 6 que modificaron la cláusula 29 del contrato relativa a la destinación específica de los recursos generados por el Sistema

MIO, así como la cláusula 43 relativa a los derechos de participación del concesionario¹⁴⁹.

A su turno, la cláusula 4.1. contenida en el capítulo denominado “OTRAS DISPOSICIONES” del otrosí estableció:

“4.1. De conformidad con las consideraciones establecidas en el numeral 2.19. de este documento, las partes acuerdan lo siguiente:

4.1.1. Las Partes han acordado que con el objeto de establecer la eventual necesidad de revisar la estructura tarifaria y la participación de los Concesionarios en la Bolsa del Sistema, y aspectos tales como, la forma de fijación de la tarifa técnica y de la tarifa al usuario y la estructura de costos de la operación, entre otros, harán uso de los estudios financieros a ser adelantados por el Departamento Nacional de Planeación a los que se ha hecho mención en el numeral 2.19.6. de las Consideraciones del presente documento.

4.1.2. En consonancia con lo establecido en el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, Metro Cali adoptará las medidas necesarias para revisar y ajustar el Contrato de Concesión, de acuerdo con las recomendaciones y resultados de los estudios mencionados en el numeral anterior”.

Estas previsiones contractuales, en concordancia con todas las demás que hacen parte del otrosí, permiten concluir, en primer término, que efectivamente las partes acordaron que Metro Cali adoptaría las medidas necesarias para ajustar el contrato de acuerdo con las recomendaciones y resultados del estudio contratado por Planeación Nacional como expresamente aparece convenido en el numeral 4.1.2. Sin embargo, no encuentra el Tribunal en las estipulaciones del contrato modificatorio número 6 que se hubiera pactado expresamente una obligación de entrega del mencionado estudio por parte de Metro Cali a Git Masivo, ni mucho menos un plazo para ello o una forma específica para dárselo a conocer.

¹⁴⁹ “3.12 (...) PARÁGRAFO: El Fondo de Contingencias se incrementará con los recursos del Fondo FRESA tan pronto como se cumpla con la totalidad de las obligaciones de este último. Ahora bien, se ha identificado que el Departamento Nacional de Planeación adelantará estudios financieros relacionados con la estructura tarifaria para el municipio de Santiago de Cali, y que los mismos podrán tener una incidencia respecto a lo pactado en el presente párrafo, en cuyo caso Metro Cali deberá actuar en concordancia con lo establecido en el numeral 4.1.2. del presente modificatorio (...)”.

“3.13 (...) 29.4.4. Tan pronto como se cumpla la totalidad de las obligaciones del FRESA los recursos ingresarán directamente al Fondo de Contingencias. El Departamento Nacional de Planeación adelantará estudios financieros relacionados con la estructura tarifaria para el municipio de Santiago de Cali, y que los mismos podrán tener una incidencia respecto a lo pactado en el presente numeral, en cuyo caso Metro Cali deberá actuar en concordancia con lo establecido en el numeral 4.1.2. del presente modificatorio (...)”.

“3.16. (...) PARÁGRAFO: Teniendo en cuenta que en el presente contrato modificatorio se ha identificado que el Departamento Nacional de Planeación adelantará estudios financieros relacionados con la estructura tarifaria para el municipio de Santiago de Cali, y que los mismos podrán tener una incidencia respecto a lo pactado en el presente párrafo, en cuyo caso Metro Cali deberá actuar en concordancia con lo establecido en el numeral 4.1.2. del presente modificatorio (...)”.

Y si bien hubiese sido deseable, dentro del espíritu de colaboración que debe regir en todos los contratos, que ese estudio le fuera entregado a la demandante, lo cierto es que la no entrega del mismo no constituye un incumplimiento de una obligación ni mucho menos con la entidad para fundamentar una resolución del contrato, sumado a lo cual, no aparece acreditado un perjuicio sufrido por la demandante como consecuencia de la no entrega de ese documento, por lo cual el incumplimiento aquí estudiado no tiene vocación de prosperidad.

2.6.2.2. NO ADOPTAR LAS MEDIDAS NECESARIAS PARA REVISAR NI AJUSTAR EL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 1 DE 2006 DE ACUERDO CON LAS RECOMENDACIONES Y RESULTADOS DEL ESTUDIO CONTRATADO POR EL DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN (DNP), EN CUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 4º NUMERAL 8º DE LA LEY 80 DE 1993, EN ESPECIAL LA ESTRUCTURA TARIFARIA, ASÍ COMO LA CLÁUSULA 10.10. DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 1.

En relación con este incumplimiento, el apoderado de la parte convocante en su alegato de conclusión sostiene que *“Como viene de verse en relación con el incumplimiento anterior, METRO CALI, al recibir el Estudio DNP, tenía noventa (90) días para realizar las actuaciones jurídicas para implementar los ajustes y recomendaciones del consultor, entre ellos, el más importante consistía en remunerar al concesionario de forma completa y suficiente (...)”*¹⁵⁰ y posteriormente concluye que *“METRO CALI no aplicó los resultados del Estudio denominado “Diagnosticar la sostenibilidad financiera de las concesiones de operación de transporte de SITM-MIO y proponer ajustes a la estructura tarifaria y fuentes de remuneración” contratado por el DNP, lo cual constituye un incumplimiento adicional que da lugar a la resolución del Otrosí No. 6 y a la indemnización de los perjuicios causados.”*¹⁵¹.

A su turno, el apoderado de la convocada señaló en sus alegaciones finales que en la cláusula 4.1.1. del otrosí número 6 no se estableció *“que la revisión de la tarifa corresponda a una necesidad calificada así por las dos partes”*.

Y continuó *“El acuerdo consistió en hacer uso de los estudios financieros del DNP a fin de adoptar medidas para revisar y ajustar el contrato por decisión bilateral y siguiendo para ello las recomendaciones que daría esa entidad.*

¹⁵⁰ Folio 56 de los alegatos de conclusión.

¹⁵¹ Folio 66 de los alegatos de conclusión.

“Sin embargo, el DNP si bien realizó el estudio financiero por intermedio de un tercero, tomándose para el efecto el plazo que consideró, estructuró varios diagnósticos sin determinar ninguno de ellos como obligatorio o la mejor opción para aplicar, entregándole a las partes las discusiones resultado de su libre consentimiento. (...). Esos diagnósticos contenidos en el documento recibido por Metro Cali (...) consistieron en la formulación de distintos escenarios financieros, desprovistos de carácter obligatorio y en ningún caso conclusivos sobre el régimen tarifario (...)”¹⁵².

Sostuvo además que, para la época en que se remitió el estudio del DNP (11 de abril de 2016) *“se produjo la reforma legislativa que reemplazó el principio de autosostenibilidad por el de la sostenibilidad, marco que determinó cambios importantes respecto del transporte público masivo y que obligaba la realización de nuevos estudios y acuerdos entre las partes, necesarios para la modificación del contrato de concesión”¹⁵³.*

Con el fin de establecer si efectivamente ese incumplimiento se presentó, el primer paso será determinar cuáles eran la o las obligaciones que, en relación con el estudio de Planeación Nacional, adquirió Metro Cali, en atención a que, como se puede evidenciar en el material probatorio recaudado, específicamente en la prueba documental y en algunos de los testimonios, para aquella no existía la obligación de acoger e implementar las conclusiones del estudio, sino que se trataba de una simple facultad.

Examinado el cuantioso acervo probatorio que reposa en el expediente, y especialmente la prueba documental, se puede advertir que, con posterioridad a la recepción de las conclusiones del estudio de Planeación Nacional, Git Masivo remitió varias comunicaciones a la convocada con el fin de que adelantara las gestiones tendientes a adoptar esas conclusiones. El 12 de agosto de 2016¹⁵⁴, la actora envió a Metro Cali la comunicación 0624-2016 en la que, en conclusión, le reclama que *“no ha implementado los resultados del mencionado estudio”*. No aparece en el expediente la comunicación 911-2419-2016 con la que Metro Cali dio respuesta a ese requerimiento; obra simplemente una cita de lo que en esa respuesta sostuvo la demandada en relación con los resultados del estudio de Planeación Nacional, en el sentido de que para ella se trataba de *“una referencia para la toma de decisiones y posibles modificaciones contractuales”*. Posteriormente, el 21 de noviembre de 2016, en respuesta a esa posición de Metro Cali, la actora remitió la comunicación 917-2016¹⁵⁵ en la cual insiste en la necesidad de implementar las conclusiones del estudio. Ese escrito, fue contestado

¹⁵² Folios 32 y 33 de los alegatos de conclusión de la convocada.

¹⁵³ Folio 37 de los alegatos de conclusión.

¹⁵⁴ Folio 3425 de cuaderno 8.12.

¹⁵⁵ Folio 1007 de cuaderno 15.5.

el 15 de diciembre de 2016 por el Presidente de Metro Cali, quien consideró que *“la implementación de las conclusiones derivadas del estudio del DNP, podrían implementarse, (sic) siempre que los resultados no arrojaran un desequilibrio económico del contrato de concesión ni posibles alteraciones de la matriz de riesgo del mismo, es decir, que en ningún momento se acordó que tales estudios fueran de forzosa aplicación e implementación”*¹⁵⁶.

Queda en evidencia a partir de ese cruce de comunicaciones, que para la demandada no era su obligación adoptar las conclusiones del Estudio de Planeación Nacional, pues el entendimiento que la misma dio al otrosí número 6 era simplemente que lo convenido respecto de ese concepto técnico era potestativo.

En la referida comunicación de 15 de diciembre de 2016, el representante legal de Metro Cali, invocó como fundamento de esa interpretación lo previsto en el numeral 3.8 del otrosí, que en lo pertinente dispone textualmente *“Adoptar de ser el caso, las medidas necesarias para revisar y ajustar el contrato de concesión, de acuerdo con las recomendaciones y resultados de los estudios mencionados en el numeral 2.19 (...)”*. El Presidente de Metro Cali, subraya la expresión *“de ser el caso”* y encuentra en ella el fundamento para concluir que la implementación de los resultados del estudio eran simplemente una posibilidad.

Ese recuento del material probatorio documental demuestra que Metro Cali, con fundamento en la interpretación expuesta, no consideró necesario implementar las conclusiones del Departamento Nacional de Planeación, y ello aparece corroborado por el hecho de que, como se registra en el informe de gestión del doctor Carlos Armando Garrido Otoyá para el periodo comprendido entre marzo de 2016 y diciembre 31 de ese año, se reconozca que se contrató por esa entidad un nuevo estudio que revisara las conclusiones de aquel elaborado por Planeación Nacional¹⁵⁷.

Son entonces dos posiciones claramente encontradas las que se presentaron entre las partes entorno a lo acordado en el otrosí número 6 respecto del tantas veces mencionado estudio, y la declaratoria de incumplimiento solicitada por la demandante, queda pues sujeta a la interpretación que sobre lo convenido se dé.

Para llegar a esa interpretación, lo primero a tener en cuenta es que, como se advirtió al analizar el anterior incumplimiento, en el otrosí número 6, específicamente en el

¹⁵⁶ Folio 1021 de cuaderno 15.5.

¹⁵⁷ Folio 1027 del cuaderno 15.5.

numeral 4.1.2., las partes convinieron que Metro Cali adoptaría “*las medidas necesarias para revisar y ajustar el Contrato de Concesión, de acuerdo con las recomendaciones y resultados de los estudios adelantados por el Departamento Nacional de Planeación*”. En otras palabras, convinieron las partes que debían adelantarse las gestiones que permitieran adecuar el contrato al objetivo que las condujo a la celebración del otrosí.

¿Y cuál era ese objetivo?

La respuesta a esta pregunta se obtiene a partir de las reglas de interpretación de los contratos contempladas en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil, antes desarrolladas en extenso. Así, como ya se expuso, la primera de esas normas dispone que conocida claramente la intención de los contratantes debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras, regla hermenéutica que resulta perfectamente aplicable en este caso, y que por las consideraciones que las partes recogieron en el otrosí, permite al Tribunal establecer con claridad cuál fue la finalidad perseguida con esa modificación contractual.

La prueba documental allegada al expediente, en especial los considerandos de esa modificación contractual, da cuenta de que la intención de los contratantes al suscribirla fue la necesidad de modificar¹⁵⁸ algunas estipulaciones contractuales en atención a que durante el tiempo de ejecución del contrato no se dieron varias de las circunstancias inicialmente previstas por las partes¹⁵⁹.

Esas reformas a las cláusulas tenían como finalidad, entre otras, ajustar temas relativos a la salida del transporte colectivo¹⁶⁰, a la obligación de operar la flota vinculada¹⁶¹, a la reducción de la oferta del transporte público,¹⁶² a la vinculación de la flota de referencia¹⁶³, a la medición de niveles de servicios e indicadores de calidad¹⁶⁴, a la entrega de infraestructura¹⁶⁵ y, especialmente, a solucionar la problemática presentada por la diferencia tarifaria¹⁶⁶, esto es, el desfase reconocido por las partes, entre la tarifa al usuario y la tarifa técnica. Por ello, puede decirse sin dudar que la intención de los contratantes al suscribir el mencionado otrosí número 6, era ajustar la realidad del contrato a unas circunstancias de ejecución que por múltiples motivos resultaron

¹⁵⁸ Considerando 2.1.18 del otrosí modificatorio número 6.

¹⁵⁹ Considerando 2.1.16 del otrosí modificatorio número 6.

¹⁶⁰ Considerando 2.2. del otrosí modificatorio número 6.

¹⁶¹ Considerando 2.2 del otrosí modificatorio número 6.

¹⁶² Considerando 2.3. del otrosí modificatorio número 6.

¹⁶³ Considerando 2.4. del otrosí modificatorio número 6.

¹⁶⁴ Considerando 2.13. del otrosí modificatorio número 6.

¹⁶⁵ Considerando 2.14. del otrosí modificatorio número 6.

¹⁶⁶ Considerando 2.15. del otrosí modificatorio número 6.

diversas a lo que en el inicio del contrato se tenía previsto, y que sirvieron en su momento como fundamento para los cálculos financieros y económicos del mismo. De esta forma, el deseo de los contratantes plasmado en el documento modificadorio fue ajustar la economía del contrato a lo que la operación del negocio venía mostrando, a fin de superar los resultados económicos desfavorables - que eran innegables -, y por ello, es claro que el objetivo último perseguido por el otrosí, era ajustar todas las herramientas jurídicas y técnicas necesarias para el logro de un contrato económicamente viable.

Dentro de ese marco, se convino acoger las conclusiones que arrojara el estudio que en su momento venía adelantando el Departamento Nacional de Planeación, siempre que las mismas incidieran en los conceptos objeto del otrosí. Y la realidad demostró que esas conclusiones efectivamente exigían la necesidad de adoptar medidas para ajustar el contrato.

El citado concepto, allegado como prueba documental al expediente¹⁶⁷, arrojó varias conclusiones en relación con el sistema MIO, de las cuales el Tribunal considera relevante destacar las siguientes:

- El escenario de remuneración actual impide que el Concesionario logre los ingresos necesarios para pagar la operación y las inversiones¹⁶⁸.
- Los flujos esperados permiten concluir que, bajo el esquema de ingreso previsto, el Concesionario no alcanza una sostenibilidad financiera a lo largo de la vida remanente de la concesión¹⁶⁹.
- Un cambio en el sistema de remuneración, permite obtener flujos positivos que lleven a alcanzar la sostenibilidad financiera de los concesionarios de operación¹⁷⁰.
- Metro Cali como ente gestor, debe evaluar la adopción de un diseño operativo similar al que en el estudio se denominó “Escenario SDG1” y debe evaluar la adopción de un esquema de remuneración que garantice la sostenibilidad financiera de los concesionarios de operación¹⁷¹.

De esta forma, y ante las contundentes evidencias técnicas a las que llegó el Departamento Nacional de Planeación sobre la no viabilidad económica de la operación,

¹⁶⁷ Folios 2378 a 2453 del cuaderno 8.8

¹⁶⁸ Folio 2424 del cuaderno 8.9 (numerales 3.63 y 3.65 del estudio).

¹⁶⁹ Folio 2424 del cuaderno 8.9 (numerales 3.63 y 3.65 del estudio).

¹⁷⁰ Folio 2426 vuelto del cuaderno 8.9 (numeral 3.71 del estudio).

¹⁷¹ Folio 2428 vuelto del cuaderno 8.9. (numeral 3.80 del estudio).

surgió para Metro Cali, en los términos del otrosí, la obligación de adoptar las medidas necesarias para ajustar económicamente el contrato, pues de lo contrario los acuerdos no producirían en la práctica ningún resultado.

A pesar de ello, como se evidenció en las comunicaciones relacionadas anteriormente, para la demandada la expresión “*Adoptar de ser el caso*”, contenida en el numeral 3.8 del otrosí, relativa a los resultados del estudio, hace que se trate de una simple opción o potestad, conclusión que no comparte el Tribunal, por las siguientes razones:

- Por cuanto en el numeral 4.1.2 del documento, las partes acordaron que “(...) *Metro Cali adoptará las medidas necesarias para revisar y ajustar el contrato de concesión, de acuerdo con las recomendaciones y resultados de los estudios mencionados en el numeral anterior* (los adelantados por el Departamento Nacional de Planeación)”. Es decir, que los contratantes acordaron, con fuerza vinculante, la revisión del contrato y su ajuste, a partir de las recomendaciones del estudio.
- Por cuanto, como quedó atrás expuesto, el objetivo del otrosí era precisamente el ajuste del contrato, para lo cual las partes optaron por acoger lo que en este caso una entidad de la importancia del Departamento Nacional de Planeación concluyera.
- Por cuanto carecería de sentido que el referido estudio fuera solo una referencia o una eventualidad, pues de aceptar una tal posición, el otrosí número 6 perdería su finalidad y se quedaría en un simple acuerdo encaminado a reconocer los problemas del sistema, pero sin acoger una solución efectiva y concreta para el tema de la tarifa, que era quizás el más urgente.
- Por cuanto la expresión “*Adoptar de ser el caso*”, no estaba encaminada a convertir una obligación expresamente prevista en el numeral 4.1.2 citado, en una simple potestad, sino que su correcto entendimiento, consistía en que si los resultados del estudio hacían necesarios ajustes y modificaciones al contrato, ellos tenían que implementarse. No puede entenderse, como lo hizo el Presidente de Metro Cali en su momento, que esa simple expresión dejaba sin sentido ni efectos lo buscado por las partes con el otrosí, sino que se incluyó para hacer claridad que si el estudio ponía en evidencia la necesidad de modificaciones y revisiones, ellas debían realizarse.
- Por cuanto en el considerando 2.19.17 del otrosí, las partes convinieron que una vez recibidos los estudios, Metro Cali contrataría los “(...) *estudios jurídicos que le indiquen la forma en que se pueden implementar los resultados de los estudios*

del Departamento Nacional de Planeación”, lo cual denota que no se trataba de una simple potestad sino de un acuerdo obligatorio.

- Por cuanto la existencia de diferentes escenarios propuestos en el estudio no implicaba que lo acordado fuera una simple posibilidad sino que conllevaba a que era obligatorio que se implementaran alguno o algunos de ellos.

Y quedan corroboradas estas conclusiones del Tribunal, con lo declarado en el proceso por el señor Luis Fernando Sandoval quien fuera Presidente de Metro Cali del 21 de agosto de 2013 al 31 de diciembre de 2015, quien en relación con el estudio manifestó *“a mí me hubiera encantado, lo alcancé a decir en prensa también, en diciembre cuando llega cambio de Gobierno a mí me hubiera encantado quedarme un año más en METRO CALI, lo digo honestamente porque creo que la tenían clara, que era coger ese estudio de Planeación sin que se fuera a desviar, orientarlo y arrancar la implementación (...)”*¹⁷². Y resulta relevante esta declaración por cuanto fue precisamente el señor Sandoval quien negoció y suscribió el otrosí número 6.

Por todo lo anterior, para el Tribunal es claro que Metro Cali sí estaba obligada a adoptar las conclusiones del estudio elaborado por el Departamento Nacional de Planeación, y que la interpretación acogida por ella entorno a esa obligatoriedad es equivocada, por lo cual su negativa a hacerlo constituye un incumplimiento del otrosí y con ello se abre paso la prosperidad de la pretensión en este tema.

2.6.2.3. NO AJUSTAR LA TARIFA TÉCNICA PARA EL AÑO 2016, ASÍ COMO PARA LOS AÑOS SIGUIENTES A LA PRESENTACIÓN DE LA REFORMA HASTA LA EXPEDICIÓN DEL LAUDO ARBITRAL Y NO TRAMITAR LOS RECURSOS ADICIONALES NECESARIOS CON DESTINO AL FONDO DE CONTINGENCIAS, O CUALQUIER ESQUEMA PARA COMPENSAR LA FALTA DE AJUSTE DE LA TARIFA AL USUARIO.

A. PRECISIÓN INICIAL

Teniendo en cuenta que los incumplimientos que en este punto específico se analizan implican un estudio a profundidad de la discusión tarifaria surgida entre las partes, y que el tema es objeto de unas pretensiones que han sido decididas en aparte anterior de este laudo, en relación con toda la ejecución del contrato, el Tribunal precisa que en este punto se estudiará lo ocurrido con posterioridad al otrosí modificatorio número 6, partiendo de la base de las consideraciones y las decisiones que, en acápite anterior de esta providencia, se efectuaron en relación con la tarifa.

¹⁷² Folio 27 de la transcripción de la declaración del señor Luis Fernando Sandoval.

Adicionalmente se precisa que en la medida en que el apoderado de la parte convocante ha analizado conjuntamente en su alegato de conclusión los incumplimientos relativos al no ajuste de la tarifa para el año 2016 y al no trámite de los recursos adicionales para el fondo de contingencias, o de cualquier esquema para compensar la falta de ajuste a la tarifa al usuario, se abordará igualmente de manera conjunta el estudio de esos temas.

B. ESTUDIO DE LOS INCUMPLIMIENTOS

En relación con este punto, sostiene la convocante que Metro Cali ha incumplido las obligaciones derivadas del otrosí número 6 al no ajustar la tarifa técnica para los años 2016 y subsiguientes.

Para el Concesionario *“METRO CALI ha venido liquidando y pagando mal la remuneración de GIT MASIVO en razón al cálculo incorrecto de la Tarifa Técnica y por lo tanto, de la Tarifa al Usuaría (sic)”* toda vez que el adendo número 4 *“(…) Modificó las Cláusulas 23, 26 y 43 del Contrato (Págs. 66, 74 y 92), precisando que la participación en los ingresos del Sistema MIO para cada tipología de vehículo, estaba dada por los kilómetros recorridos del período correspondiente multiplicada por la tarifa licitada debidamente ajustada para dicha tipología del respectivo Concesionario”*¹⁷³.

Agrega que *“METRO CALI incumplió sus obligaciones legales y contractuales al calcular la Tarifa Técnica en contra de lo pactado, ya que para el efecto no tuvo en cuenta los Egresos Básicos del Sistema correspondientes a la participación económica de los Concesionarios de Operación, sino los valores efectivamente pagados por la Fiduciaria del Sistema el año anterior, es decir la Fórmula B (única formula (sic) de pago aplicada en toda la historia del sistema, debido principalmente al no cálculo correcto de la Tarifa Técnica), en lugar de la Tarifa por kilómetro Licitada y Ajustada por el numero (sic) de kilómetros como está definida la participación económica de los concesionarios (Cláusulas 26.4. y 43)”* interpretación que *“ha condenado al déficit perpetuo al sistema MIO y a, según las conclusiones del Estudio DNP, la NO SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA”*¹⁷⁴.

/.../

“Adicionalmente, el Estudio DNP sostuvo que los Egresos del Sistema para calcular la Tarifa Técnica, y por ende, la participación económica del Concesionario en el Sistema,

¹⁷³ Folio 68 de los alegatos de conclusión de la convocante.

¹⁷⁴ Páginas 68 y 69 de los alegatos de conclusión de la convocante.

corresponden a la Tarifa Licitada Ajustada, sin que METRO CALI haya procedido de conformidad.

No obstante lo anterior, METRO CALI continúa sin adoptar las medidas que contiene el Estudio DNP, y además renuente a ajustar la remuneración aun en la actualidad, lo cual configura un nuevo incumplimiento que da lugar a la resolución del Otrosí No. 6 y a la indemnización plena e integral de la totalidad de los perjuicios causados”¹⁷⁵.

Metro Cali a su turno, sostuvo que adelantó todas las gestiones para compensar el diferencial tarifario que se venía presentando hasta el año 2015, y para ese efecto, recibió del Municipio de Santiago de Cali, la suma de \$42.000 millones de pesos que fue repartida entre todos los agentes del sistema en proporción a su participación.

Revisado el material probatorio, el Tribunal advierte que en comunicación 319-2016 de 27 de abril de 2016, el Representante Legal de Git Masivo, solicita al Presidente de Metro Cali “(...) adopte, en el corto plazo, las medidas estructurales que requiere el sistema, para prevenir el inminente riesgo de parálisis total de la operación, y de manera inmediata, las necesarias para corregir la distorsión en la remuneración, según lo manifestado a lo largo de la presente comunicación”¹⁷⁶

Posteriormente, en comunicación 624 -2016 de agosto 12 de 2016, Git Masivo reclama al Presidente de Metro Cali que “No obstante Metro Cali S.A. recibió el mencionado estudio desde el mes de diciembre de 2015, y ha omitido dar cumplimiento a lo pactado en los numerales 4.1.1. y 4.1.2. del otrosí modificadorio No. 6, el cual le impone la obligación de revisar la estructura tarifaria, la forma de fijación de la tarifa técnica, la tarifa al usuario, y la estructura de costos de la operación, entre otros aspectos y dar aplicación al numeral 8 del artículo 4 de la ley 80 de 1993”¹⁷⁷.

En febrero de 2017, la convocante en comunicación 0076-2017 solicita al Presidente de Metro Cali que “(...) aún se encuentra pendiente el ajuste de la tarifa técnica, y por lo tanto, el reconocimiento y pago de la diferencia tarifaria correspondiente al año 2016, lo cual ha sido informado a Metro Cali S.A. en varias comunicaciones”¹⁷⁸.

En relación con lo acaecido respecto de la aplicación de la tarifa con posterioridad a la firma del otrosí, el Tribunal advierte que para los pagos del año 2015, no existe discusión

¹⁷⁵ Página 71 de los alegatos de conclusión de la convocante.

¹⁷⁶ Folio 3399 del cuaderno 8.12.

¹⁷⁷ Folio 3427 del cuaderno 8.12.

¹⁷⁸ USB visible a folio 818 del cuaderno 18.3

entre las partes, toda vez que la tarifa vigente para ese año se convino contractualmente en el otrosí modificatorio número 6 y así lo reconoce el representante legal de la actora en su declaración de parte.

Los reclamos que en este punto se plantean en la demanda, se refieren a lo acaecido del año 2016 en adelante, respecto de los cuales la convocante sostiene que Metro Cali continuó aplicando la interpretación tarifaria que adoptó desde el comienzo del contrato, en contravía de lo acordado por ellas en el otrosí y de lo concluido en el estudio del Departamento Nacional de Planeación.

Como prueba de esa diferencia en la aplicación de la tarifa, obra en el expediente el dictamen pericial financiero rendido por la firma Strategas Consultores S.A.¹⁷⁹, en el cual al responder la pregunta número 6 y con posterioridad a un detallado análisis sobre la aplicación de la fórmula contractual, el experto concluye que mientras la tarifa al usuario para el año 2016 debía ser de \$3.050, Metro Cali aplicó una tarifa de \$1.800, y que para el año 2017, el primero de esos valores debía haber ascendido a \$3.100 y la tarifa efectivamente cobrada al usuario fue de \$1.900.

Y si bien Metro Cali controvierte los cálculos efectuados por la firma Strategas Consultores S.A., el Tribunal al analizar las experticias rendidas dentro del proceso, en conjunto con el estudio realizado por el Departamento Nacional de Planeación, encuentra que se trata de una prueba que le merece credibilidad, toda vez al escuchar la declaración del perito se pudo corroborar el fundamento de sus conclusiones, las cuales además son coincidentes con aquellas contenidas en el estudio de Planeación Nacional, en el sentido de que la forma como se viene calculando la tarifa, es deficitaria para el sistema. En efecto, en el numeral 3.101 del estudio final, Planeación Nacional registra lo siguiente: *“Se recomienda a Metro Cali analizar la conveniencia de aplicar esta fórmula ya que bajo el escenario de cálculo actual de la tarifa técnica, el efecto de incorporar el déficit del Sistema del año anterior al nuevo periodo de ajuste de la operación, no permite alcanzar la sostenibilidad del sistema”*. Esa misma conclusión, había sido ya expuesta por la misma entidad, en el documento previo presentado el 15 de octubre de 2015, en el que realiza un diagnóstico, unas conclusiones, y unas recomendaciones, reiterando que la forma como se aplica la fórmula conlleva a que *“(…) la tarifa vigente no corresponde a las condiciones reales de la operación del periodo de aplicación”*¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Folios 1 a 66 del cuaderno número 15.8.

¹⁸⁰ Folio 2374 del cuaderno 8.8.

En este punto, el Tribunal se remite a los apartes anteriores de este laudo, en los que, al resolver las pretensiones 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 y 52 de la reforma a la demanda, se analizó el régimen tarifario del Contrato de Concesión N° 01 de 2006 y se llegó a la conclusión de que la interpretación correcta del contrato es que la tarifa técnica debe ser calculada a partir del valor de los egresos del sistema que incluye la remuneración pactada para el concesionario (cláusulas 42 y 43 del contrato) resultante de multiplicar los kilómetros recorridos (cláusulas 23 y 43 modificadas por la adenda N.º 4 de la Licitación Pública) durante el año anterior, por la tarifa licitada por el concesionario (cláusulas 1.106, 1.107, 1.108, 23, 43, 69, Adenda N.º 4, otrosí N°6 que modificó la cláusula 43 del contrato, y comunicación No. DT-E419-2006 del 4 de agosto de 2006 por la cual Metro Cali responde las preguntas formuladas por Blanco y Negro Masivo S.A), ajustada en la forma prevista en la cláusula 23 del contrato.

Además de las consideraciones hechas en el mencionado aparte de este laudo, a las cuales remite el Tribunal, la idea sobre la cual reposan esas conclusiones, coinciden con lo expuesto por el perito financiero en su dictamen pericial y reiterado posteriormente en su declaración ante el Tribunal, por lo cual no evidenciándose un error, inconsistencia o contradicción que invalide las conclusiones del experto, el Tribunal encuentra que el incumplimiento alegado entorno al no ajuste de la tarifa a lo convenido por las partes en relación con el estudio de Planeación Nacional, se encuentra acreditado y por ello también en este punto habrá de prosperar la pretensión.

En su alegato de conclusión la parte convocante, en torno a este punto, ha hecho mención a un video institucional elaborado por Metro Cali en el que esa entidad informa a la comunidad que movilizar un pasajero cuesta \$3.100, pero que la tarifa al usuario no puede reflejar ese valor. Si bien no se trata de una prueba técnica, ni el Tribunal la utiliza como soporte del incumplimiento aquí decidido, sí se trata de un documento de video que permite aseverar que la demandada era plenamente consciente de la existencia de diferencia tarifaria, lo cual reafirma las conclusiones del Tribunal en el aparte del laudo relativo a la correcta interpretación de las cláusulas del contrato de concesión N° 01 de 2006 relacionadas con el régimen tarifario.

Finalmente, en lo que se refiere al reclamo que se presenta respecto de la no consecución por parte de la demandada de los recursos necesarios para superar la diferencia tarifaria, el Tribunal considera relevante precisar, en primer lugar, que de conformidad con lo contenido en el numeral 3.40.1 del otrosí modificadorio número 6, las partes establecieron que el valor total de la contingencia por diferencia tarifaria, ascendía a la suma de \$139.830.236.142, de los cuales a Git Masivo le correspondería la suma

de \$37.239.264.261. Para cubrir esa contingencia, convinieron que se haría uso de la totalidad de los recursos que para ese propósito fueran depositados en el Fondo de Contingencias por el Municipio de Santiago de Cali (\$42.000 millones), y que para cubrir la suma restante no cubierta por esos recursos, se haría uso de los dineros depositados en el mismo fondo por concepto del pago del servicio de la deuda del crédito de desintegración de buses de Cali. Del alegato de conclusión formulado por la actora así como de lo declarado por el representante legal de la convocante en audiencia del 16 de enero de 2018, se concluye que los \$42.000 millones de pesos sí fueron gestionados y obtenidos por la convocada, a pesar de que discute la forma en que le fueron pagados a la actora. Ese reconocimiento implica que en lo que toca con obtención de esa cifra, no habría lugar a declarar o reconocer incumplimiento alguno. Respecto del saldo, para completar el total de la contingencia tarifaria, el Tribunal se remitirá a lo analizado más adelante, en la medida en que se ha planteado una pretensión expresa al respecto.

2.6.2.4. NO PAGAR DE FORMA OPORTUNA NI COMPLETA LOS VALORES PACTADOS A FAVOR DE GIT MASIVO POR NO AJUSTE DE LA TARIFA AL USUARIO A LA FIRMA DEL OTROSÍ No. 6 AL DESCONTAR INJUSTIFICADA Y REPETIDAMENTE VALORES CON DESTINO A METRO CALI Y AL FRESA Y NO PAGAR DE FORMA OPORTUNA NI COMPLETA LA PROPORCIÓN QUE LE CORRESPONDÍA A GIT MASIVO DE LOS \$42.000.000.000.

Sostiene la convocante, en relación con este tema, que: *“METRO CALI no pagó de forma oportuna ni completa el porcentaje de 30.44% estipulado a favor de GIT MASIVO de los \$42 mil millones de pesos aportados por el Municipio de Santiago de Cali por no ajuste de la Tarifa al Usuario previsto en el Otrosí No. 6 pues realizó un doble e indebido descuento por la participación, a favor de sí mismo y del FONDO FRESA, y la vez, los dineros pagados parcialmente fueron girados por fuera del periodo estipulado en la cláusula 3.40.2. del Otrosí, tal como se evidenció con las resoluciones de pago emitidas por la convocada”*¹⁸¹.

Por su parte, el apoderado de la convocada manifestó en su alegato de conclusión que:

“No existe ninguna estipulación contractual con la que se pueda llegar a presumir o interpretar que en algún momento quedó pactado en favor de los Concesionarios de la Operación del Sistema MIO, que los cuarenta y dos mil millones de pesos (\$42.000.000.000) que serían girados por el Municipio de Santiago de Cali a título de compensación, tendrían como únicos destinatarios los operadores; dado que el alcance real de las estipulaciones contractuales para la distribución de los recursos, es que se realizaría en proporción al porcentaje de participación de los Agestes del Sistema MIO sobre la Tarifa al

¹⁸¹ Folio 139 de los alegatos de conclusión.

Usuario (Concesionarios, Metro Cali y el Fondo de Reversión Social, Empresarial y Ambiental – FRESA), tal como quedó pactado entre las partes, dentro del Otrosí 6, en los numerales 2.15.9, 2.15.11 y 2.15.14 del acápite de Consideraciones, y en los numerales del 3.40.1 al 3.40.4 de la Cláusula Tercera del citado documento.

“Por lo tanto, para METRO CALI no es cierta la existencia de créditos por este concepto en favor de los (sic) GIT, ni que le asista frente al ente gestor la facultad de emprender, reclamaciones sobre créditos inexistentes ya que lo acordado fue que la distribución de los cuarenta y dos mil millones de pesos (\$42.000.000.000) recibidos del Municipio, se haría conforme el porcentaje de participación de estos Agentes sobre la Tarifa al Usuario (Concesionarios, Metro Cali y el Fondo de Reversión Social, Empresarial y Ambiental – FRESA)”.

/.../

“El desembolso general por valor de \$30.000 fue realizado el 31 de diciembre de 2014, esto es en tiempo. El segundo desembolso del orden de \$12.000 fue recibido por parte de GIT sin protestar y sin reservarse el derecho de aducir mora para reclamar la resolución del otrosí, intereses, ni perjuicios. Metro Cali se allanó a cumplir y lo hizo. (Artículo 1546 C.C)”¹⁸²

Así pues, la controversia existente entre las partes, entorno del tema que se viene estudiando, impone resolver dos desacuerdos, a saber, (i) si el pago fue completo y (ii) si el pago fue oportuno.

Para resolver el primero de esos problemas jurídicos corresponde al Tribunal establecer, con base en lo acordado en el otrosí número 6, cuál era el valor exacto al que tenía derecho a Git Masivo del total de los \$42.000.000 que habría de girar la Alcaldía del Municipio de Santiago de Cali.

Es cierto, como lo sostiene el demandado, que en el numeral 2.15.9 de ese documento las partes convinieron que los efectos de la diferencia tarifaria para “*todos los agentes del Sistema MIO que participan de un porcentaje de la tarifa al Usuario (Concesionarios, Metro Cali y el Fondo de Reversión Social, Empresarial y Ambiental) en un valor de ciento treinta y nueve mil ochocientos treinta millones doscientos treinta y seis mil ciento cuarenta y dos pesos (\$139.830.236.142) (...)*”. Pero no es menos cierto que en el numeral inmediatamente siguiente, se estableció que, de ese valor total, correspondería a los concesionarios la suma de \$122.351.456.624, de los cuales, \$37.239.264.261, serían para Git Masivo. El Tribunal precisa que el valor de \$122.351.456.624, ya tiene descontadas las sumas que se otorgarían a favor de Metro Cali y del Fondo Fresa.

Pero la estipulación que permite resolver esta controversia, es la contenida en el numeral 3.40.4. del mentado otrosí, en la cual expresamente se pactó:

¹⁸² Folios 27 y 28 del alegato de conclusión de la convocada.

“3.40.4. El procedimiento aplicable para el desembolso al Concesionario de los recursos en cuestión, será el siguiente: Una vez ingrese al Fondo de Contingencias la suma de treinta mil millones de pesos (\$30.000.000.000), a que hace referencia el numeral 2.15.14 precedente, a ser depositada por el municipio de Santiago de Cali a más tardar el día 31 de diciembre de 2014, Metro Cali procederá a dar instrucciones de giro a la fiduciaria que administra el PA FIDUMIO para su desembolso a los Concesionarios en las proporciones mencionadas previamente. Adicionalmente, la Alcaldía del municipio de Santiago de Cali gestionará la consecución de recursos adicionales por un monto de doce mil millones de pesos (\$12.000.000.000) para el segundo trimestre del año 2015, suma ésta que una vez apropiada, será depositada en el Fondo de Contingencias

“La suma restante será desembolsada del Fondo de Contingencias en los términos anteriores, hasta que se complete el monto de ciento veintidós mil trescientos cincuenta y un millones cuatrocientos cincuenta y seis mil seiscientos veinticuatro pesos (\$122.351.456.624), a medida que vayan ingresando a ese Fondo los dineros pagados al Concesionario al patrimonio autónomo DEBCA”

Como puede observarse el procedimiento convenido por los contratantes para el desembolso de los \$42.000 millones de pesos consistía en que una vez depositados, Metro Cali daría instrucciones de giro para su desembolso a los concesionarios en las proporciones que a cada uno correspondía. La estipulación transcrita es muy clara en el sentido de que los \$30.000 millones iniciales, serían desembolsados “a los Concesionarios”, es decir, no se pactó que de esos valores habría que descontar las participaciones de la demandada y del fondo Fresa.

De esta forma concluye el Tribunal que el valor total que de los \$42.000 millones de pesos que se debió pagar a Git Masivo, correspondía al 30.44% de esa suma, es decir, a \$12.783.248.701.

Obra en el expediente, la resolución número 912.110.012¹⁸³ de 8 de enero de 2015, en la cual Metro Cali autorizó los desembolsos que serían cubiertos con los primeros \$30.000 millones de pesos girados por el Municipio. En su artículo segundo, se observa que, de ese total, se dispusieron giros en favor de los Concesionarios, pero igualmente en favor de Metro Cali y del Fondo Fresa. Por vía de esa resolución, Git Masivo recibió la suma de \$7.989.530.438, esto es, el 26.63% de lo pagado.

También aparece en el plenario, la resolución 912.110.157 de 13 de mayo de 2015, con la cual se distribuyeron los \$12.000 millones de pesos adicionales, y al igual que en lo ocurrido con la resolución anterior, se dispusieron en ella pagos en favor de la

¹⁸³ Folio 272 del cuaderno 4.1.

demandada y del Fondo Fresa, y se entregó a Git Masivo la suma de \$3.195.812.175, esto es, el 26.63%.

Así, la suma consolidada recibida por Git fue de \$11.185.342.613, a pesar de que conforme a lo ya explicado, el otrosí le confirió el derecho a recibir y total de \$12.783.248.701, es decir, que Metro Cali dejó de entregarle a la demandante la suma de \$1.597.906.088 y se encuentra en mora de hacerlo, circunstancia que lleva a que la pretensión prospere en este punto.

El segundo tema a resolver consiste en establecer si el pago fue oportuno. En lo que respecta a los primeros \$30.000 millones de pesos, se observa que no existe en el otrosí un plazo estipulado por las partes para efectuar ese pago. En el numeral 3.40.4 del acuerdo, se tuvo en cuenta que el Municipio de Santiago de Cali pagaría ese valor a más tardar el 31 de diciembre de 2014. Obra en el expediente certificación de 16 de abril de 2015 expedida por el Patrimonio Autónomo Fidumio¹⁸⁴, en la que se da cuenta que el pago de \$7.989.530.438 a favor de Git Masivo se realizó el 15 de enero de ese año, lo cual, además de ser un tiempo razonable, no puede entenderse como un cumplimiento tardío en la medida en que, se reitera, las partes no acordaron un plazo.

En cuanto a los \$12.000 millones de pesos restantes, debe destacarse que las partes convinieron en el referido numeral 3.40.4. del otrosí, que la Alcaldía haría el desembolso en el segundo trimestre del año 2015. Verificada la prueba documental, se advierte que, en la certificación de 17 de julio de ese año, expedida igualmente por el Patrimonio Autónomo Fidumio¹⁸⁵, se registra un pago de \$1.065.270.725 en favor de la actora, el día 6 de mayo de 2015, otro pago por el mismo valor el día 5 de junio y un tercero idéntico, el día 30 de ese mismo mes, por lo cual, no encuentra el Tribunal que exista tardanza o retraso en su oportunidad, y por ende habrá de concluir que la pretensión en este tema específico no está llamada a prosperar.

2.6.2.5. NO PAGAR NI GESTIONAR OPORTUNAMENTE EL PAGO DE LAS SUMAS PREVISTAS EN EL NUMERAL 3.40.3. DEL OTROSÍ NO. 6 (DEBCA).

En lo que se refiere a esta pretensión, el convocante aduce que Metro Cali incumplió toda vez que *“no gestionó oportunamente el pago de las sumas previstas en el numeral 3.40.3. del Otrosí No. 6 correspondientes al desembolso de recursos del Fondo DEBCA para pagar a GIT MASIVO”*.

¹⁸⁴ Folio 285 del cuaderno 4.1.

¹⁸⁵ Folio 287 y 288 del cuaderno 4.41.

El convocado, por su parte, sostiene que no existe incumplimiento alguno toda vez que el saldo de \$80.351.456.624 estaba sometido a una condición suspensiva consistente en que “*existieran recursos disponibles en el Fondo de Contingencias provenientes del pago del crédito DEBCA por los concesionarios y que éstos se encontraran al día en el pago de la deuda a su cargo*”.

Para dilucidar esta disputa, el Tribunal considera necesario efectuar las siguientes precisiones en relación con el tema del crédito DEBCA. De conformidad con las estipulaciones 3.40.3 a 3.40.5 y con lo relatado por los testigos, hay que distinguir dos tipos de obligaciones distintas, a saber, una obligación de gestión de Metro Cali para conseguir los recursos faltantes del crédito DEBCA, y posteriormente una obligación de pago de la contingencia al concesionario que era una obligación sujeta a condición y que es aquella a la que se refiere el apoderado de la convocada en su alegato de conclusión como medio de defensa.

La declaración del testigo Luis Fernando Sandoval, quien fuera en ese tiempo presidente de Metro Cali, aunque evasiva, permite establecer que lo convenido en relación con esa figura se hacía en diferentes etapas. Inicialmente Metro Cali debía gestionar con los Bancos los recursos para la chatarrización; una vez recibidos esos recursos serían entregados a los concesionarios a título de préstamo; y una vez pagados por ellos esos créditos, los dineros devueltos serían entregados para pagar la contingencia tarifaria. El testigo Sandoval en su relato, al reconocer que hizo una gestión inicial ante los bancos y obtuvo unas primeras sumas, pone en evidencia que era Metro Cali el encargado de realizar la gestión de los créditos bancarios. Relata incluso con detalle, que gracias a su labor obtuvo el primer desembolso:

“DR. FALLA: *¿De esa diferencia tarifaria, de esos \$122.000 mil millones que se pagaban en caja y otros era el desembolso de un crédito Debca, se condicionó que esa plata del crédito Debca para comprar chatarra, era para reducir la capacidad de transportadores?*

DR. SANDOVAL: *No estoy seguro del objeto, el detalle, pero el nombre que se le dio, Debca significa Desintegración Buses Cali, entonces pensaría que sí; pero no, el contrato lo firmaron ellos, los Concesionarios con el banco.*

DR. FALLA: *¿Sabe usted si METRO CALI gestionó el desembolsó del segundo tramo de crédito Debca para terminar con la chatarrización y para completar la plata que se le adeudaba por la diferencia tarifaria de los Concesionarios?*

DR. SANDOVAL: *No sé en qué quedó la gestión, yo hasta dónde logré, logré \$50.000 millones, \$40.000 millones, una plata grande con los bancos con ese modelo, era de la nada, era ir allá, convencer a los bancos y decirles, pero no sé el segundo tramo que pasó.*

DR. FALLA: *¿Y por qué gestionó usted ese desembolso de ese crédito, era una obligación de METRO CALI?*

DR. SANDOVAL: No, ¿pero si sabe que yo tengo muy buena imagen en el sector financiero?, yo trabajo con banqueros y mi nombre ha generado confianza en los cargos donde he estado; entonces cuando yo iba allá donde ellos les decía mire estoy en esto, y eso para los bancos el hecho de que fuera METRO CALI generaba confianza, eso para mí era muy importante.

DR. FALLA: ¿Entonces el sector financiero le desembolsó \$40.000 millones, \$50.000 millones, por su buena imagen?

DR. SANDOVAL: No tampoco, los bancos no son bobos, los bancos vieron cómo era la figura, cómo se iba a nutrir, cómo se iba a pagar la deuda, que habían unos flujos proyectados que daban para cubrir; pero lo único que quiero decir es que cuando uno va y vende el modelo y toda esa vaina eso ayuda, como cree que a punta de nombre todo el mundo lo logre.

DR. FALLA: ¿Cómo se iba a nutrir ese crédito para el pago?

DR. SANDOVAL: El Banco colocó la plata.

DR. FALLA: ¿El Banco qué?

DR. SANDOVAL: El Banco puso la plata en el Debca.

DR. FALLA: ¿Pero cómo se iba a nutrir ese Fondo Debca para pagar?

DR. SANDOVAL: No recuerdo exactamente cómo eran los flujos pero el banco prestaba una tasa al patrimonio y los operadores pagaban ese capital a otra tasa, eso generaba un diferencial, y había una parte que entraba también por Fondo de Contingencias. Pero quiero simplemente es que el modelo daba mucha confianza para los operadores, daba confianza para la banca, y eso hizo que se vendiera de una manera positiva; pero exactamente cómo eran los flujos, proyectar o algo, qué pena pero eso lo manejaba más la parte financiera”¹⁸⁶.

Así, el primer paso para que se cumpliera el pago de la diferencia tarifaria y para que tuvieran que verificarse las condiciones a que ese pago estaba sujeto, consistía en que Metro Cali gestionara la obtención del crédito bancario faltante. No aparece en el expediente, documento u otra prueba que acredite que Metro Cali adelantó esas gestiones. Por el contrario, la declaración del Vicepresidente Ejecutivo de la demandada, permite establecer que solo se gestionaron \$40.000 millones de pesos, pero que en relación con el saldo no se adelantó ninguna gestión:

“Entonces que sí sucedió, pues se hizo un desembolso de 40.000 millones ¿cierto? Con eso se compraron unos vehículos, pero como el valor ha sido insuficiente, no se ha podido hacer un segundo desembolso, pero también ¿por qué ha sido insuficiente? Pues porque no ha habido un repago de la deuda pero pues entendemos también que hay dificultades allí entonces no se ha podido desembolsar ese segundo, esa segunda parte del crédito para poder acabar con la, la reducción de, pues para poder que se les entregue el crédito para que ellos reduzcan la oferta, eso lo estamos corrigiendo en la propuesta de modificatorio que estamos haciendo porque pues ahí vemos que hay una imposibilidad de cumplimiento tanto de parte de ellos como nuestra”¹⁸⁷.

Sobre esa respuesta conviene precisar que, desde el punto de vista jurídico, la obligación de gestión de Metro Cali no quedaba sujeta ni condicionada al pago que al decir del

¹⁸⁶ Folios 79 y 80 de la transcripción de la declaración del señor Luis Fernando Sandoval.

¹⁸⁷ Folio 36 de la declaración del señor Álvaro José Rengifo.

testigo no habían hecho los concesionarios respecto de los primeros \$40.000 millones de pesos. Se trata de obligaciones distintas, y el cumplimiento de la obligación de gestión no dependía de que la otra (pago de los Concesionarios) hubiese sido satisfecha, por lo cual no resulta excusable que Metro Cali no haya gestionado la obtención de los dineros bancarios restantes, argumentando que los Concesionarios no habían pagado la primera porción de crédito que les fue entregada. Ahora bien, el incumplimiento de los Concesionarios en la atención de sus deudas, hubiese tenido efecto para el pago previsto en el numeral 3.40.5. del otrosí, en la medida en que se acordó que era condición para que éstos pudieran recibir los recursos faltantes, que existiera dinero en el fondo proveniente de los pagos de aquellos, y que además estuvieran al día.

Por todo lo anterior, y en atención a que el análisis que se efectúa en este punto se centra en la obligación de gestión de Metro Cali para la obtención de los recursos de los bancos y no en la obligación de pago a los Concesionarios, es claro, como lo reconoció el referido testigo, que ese trámite aún no se ha adelantado y, en consecuencia, la pretensión habrá de prosperar.

2.6.2.6. NO PAGAR NI GESTIONAR OPORTUNAMENTE LOS SESENTA PESOS (\$60) POR LA DIFERENCIA ENTRE LA TARIFA TÉCNICA Y LA TARIFA AL USUARIO, PACTADOS TRANSITORIAMENTE PARA EL AÑO 2015 Y PARA ENERO DE 2016

En su alegato de conclusión, al desarrollar este incumplimiento, el apoderado de la convocante manifiesta que *“METRO CALI, entonces, debía declarar la contingencia tarifaria al Municipio de Santiago de Cali al vencimiento del mes en que esta se presentara, para cubrir oportunamente dicha diferencia.*

“En consecuencia, METRO CALI desconociendo el procedimiento estipulado por ella misma en el Otrosí No. 6, no declaró, vencido el mes, las contingencias tarifarias de enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto y octubre del 2015, a pesar de tener un previo conocimiento de las mismas”¹⁸⁸.

/.../

“En consecuencia, esta (sic) demostrado que METRO CALI no pagó ni gestionó oportunamente los sesenta pesos (\$60) pactados para el año 2015 por la diferencia entre la Tarifa Técnica y la Tarifa al usuario pactados transitoriamente para el año 2015 hasta enero de 2016”¹⁸⁹

¹⁸⁸ Folios 146 y 147 de los alegatos de conclusión de la convocante.

¹⁸⁹ Folio 153 de los alegatos de conclusión de la convocante.

Por su parte, el apoderado de la convocada al referirse a este particular en su alegato final sostuvo que *“Los operadores, entre ellos GIT, fueron remunerados con la tarifa técnica vigente en el año 2015 durante los meses de septiembre, octubre, diciembre de 2015, marzo y diciembre de 2016. Los recursos girados a cada operador se describen a continuación:*

/.../

*“De acuerdo con la información anterior queda claro que el Municipio de Santiago de Cali cumplió con la totalidad de la diferencia tarifaria de \$60 incluido el mes de enero de 2016, el cual fue girado en el mes de diciembre del mismo año, como consta en la página 9 del informe de la fiduciaria Bancolombia P.A Fidumio del mes de diciembre de 2016”*¹⁹⁰

La controversia en este punto se centra específicamente en la oportunidad del pago, pues la actora no alega que esos \$60 pesos de diferencia tarifaria no le hayan sido pagados. Para decidir, el Tribunal debe, en primer lugar, referirse al procedimiento acordado por las partes en la cláusula 3.40.8 del otrosí conforme a la cual el trámite a seguir era el siguiente:

“(i) Metro Cali declarará la contingencia respectiva siempre que se cumplan los términos y condiciones consagrados en el contrato de concesión para poder hacer disposición del Fondo de Contingencias.

(ii) Según lo establecido en el otrosí al Convenio Administrativo, presentada y declarada una contingencia por diferencia tarifaria, al vencimiento del mes al que se presente la misma, Metro Cali procederá a comunicar el monto de dicha diferencia tarifaria al Municipio de Santiago de Cali, previo cumplimiento de lo dispuesto en la cláusula 31 del Contrato de Concesión y, una vez verificado, que el Fondo de Contingencias no cuenta con la totalidad de los recursos para cubrir la aludida contingencia por diferencia tarifaria.

(iii) Desde el recibo de la comunicación arriba mencionada, el Municipio gestionará la consecución de los recursos necesarios para atender dicha obligación, dentro de la vigencia fiscal correspondiente, con destino al Fondo de Contingencias del PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDUMIO. Lo anterior con excepción de la contingencia por diferencia tarifaria que se pueda llegar a presentar para los meses de noviembre y diciembre de cada año, la cual será atendida con recursos de la siguiente vigencia fiscal”

En esas cláusulas, al igual que para el caso anterior, es menester distinguir la existencia de dos obligaciones distintas, a saber (i) la obligación a cargo de Metro Cali de declarar la contingencia tarifaria y (ii) la obligación de pago de las sumas que cubrían el diferencial.

El reparo que el apoderado de la convocante achaca a la demandada se centra en el hecho de que ésta no declaró oportunamente la contingencia tarifaria. Para ese efecto,

¹⁹⁰ Folios 31 y 32 de los alegatos de conclusión de la convocada.

invoca como pruebas el acta No. 02-15 del Comité de Planeación del Sistema de Transporte Masivo – SITM del 22 de abril de 2015¹⁹¹ en la cual se declara la contingencia tarifaria correspondiente a los meses de enero, febrero y marzo de 2015, así como el acta No. 03-15 de ese mismo Comité, de 22 de junio de 2015¹⁹², en la cual se declara la contingencia correspondiente a los meses de abril y mayo de ese año.

Agrega que Metro Cali envió la comunicación declarando la contingencia tarifaria de los meses de enero, febrero, marzo, abril y mayo del 2015, el 8 de julio de 2015 cuando ya estaba vencido el plazo estipulado en el numeral (ii) de la cláusula 3.40.8, tal como consta en el oficio 913.2.2498.2015 dirigido por Luis Fernando Sandoval y Patricia Hernández a Luis Ordóñez de la Secretaría de Transporte de Cali.

Sostiene igualmente el demandante que la pasiva también declaró de manera extemporánea la contingencia tarifaria de los meses de junio y julio del 2015, tal como consta en comunicación 913.102.2.3744.2015 del 23 de octubre, suscrita por los mismos funcionarios dirigida a la Secretaría de Transporte de Cali, e igual retardo se presentó con las contingencias de agosto y octubre, tal como se observa en las comunicaciones 913.102.2.3841.2015 del 21 de octubre del 2015 y 913.102.2.4382.2015 del 9 de diciembre del 2015.

Revisado el contenido de esos documentos, el Tribunal advierte que efectivamente de su texto aparece acreditado que las declaraciones de contingencia tarifaria se efectuaron varios meses después de ocurridas. Cabe entonces preguntarse ¿si a partir de lo acordado por las partes, puede deducirse o establecerse la existencia de un plazo que permita concluir que efectivamente la convocada atendió tardíamente la obligación?

Una primera lectura de la cláusula 3.40.8 del otrosí no evidencia que en ella exista una fecha cierta o término preciso para la declaratoria de la contingencia tarifaria. Sin embargo, no puede el Tribunal pasar por alto la expresión contenida en el numeral (ii) de esa cláusula, consistente en que “(...) *presentada y declarada una contingencia por diferencia tarifaría, al vencimiento del mes en que se presente la misma, Metro Cali procederá a comunicar el monto de dicha diferencia tarifaria al Municipio de Santiago de Cali*”, lo cual denota que el deseo de las partes consistía en que una vez expirado el mes en que se presentó la contingencia, se debía proceder al trámite ahí previsto, lo cual por simple lógica, no podría dilatarse al mes siguiente, pues lo cierto es que los contratantes convinieron periodos mensuales para revisar la existencia de contingencias

¹⁹¹ Folios 52 y 53 cuaderno número 10.

¹⁹² Folio 47 del cuaderno 10.

en las tarifas. La razonabilidad de la interpretación de la cláusula, conlleva entonces a afirmar que a lo sumo la declaratoria y trámite de la contingencia, debía surtirse dentro del mes siguiente a su ocurrencia, en la medida en que al vencimiento de éste podría volver a ocurrir el mismo fenómeno, con la necesidad de un nuevo procedimiento.

El Presidente de Metro Cali, en comunicación 917.102.02.2556.2015 de fecha 14 de julio de 2015 que obra en el expediente¹⁹³, sostiene que no hubo retraso en el cumplimiento de la obligación en la medida en que el numeral tercero de la citada cláusula contempla que los pagos se harán dentro de la vigencia fiscal correspondiente. Se trata de una apreciación equivocada, puesto que como ya se expuso, una es la obligación de declarar y tramitar la contingencia, y otra es la de efectuar el pago. Así, y teniendo en cuenta que lo que en este incumplimiento se alega es el retardo en la declaratoria y trámite de la contingencia más no en su pago, el Tribunal tiene necesariamente que concluir que efectivamente esos trámites se efectuaron tardíamente para los meses de enero a agosto y octubre del año 2015, como también lo concluyó el Ministerio Público, por lo cual la pretensión habrá de prosperar.

2.6.2.7. NO VELAR POR LA CORRECTA EJECUCIÓN DEL CONVENIO INTERADMINISTRATIVO PERMITIENDO LA COMPETENCIA ENTRE EL TRANSPORTE PÚBLICO COLECTIVO (TPC) Y EL TRANSPORTE MASIVO, Y NO VELAR POR EL CUMPLIMIENTO DE LA CANCELACIÓN DE RUTAS Y TARJETAS DE OPERACIÓN DEL TRANSPORTE PÚBLICO COLECTIVO (TPC).

En su alegato de conclusión, el apoderado de la parte actora sostiene en relación con este tema lo siguiente:

“Las pretensiones objeto del presente capítulo tienen por objeto que se declare que METRO CALI incumplió en materia del retiro del Transporte Público Colectivo (TPC), aspecto importante que junto con la infraestructura y el recaudo, integran la implantación del Sistema.

Para ello, METRO CALI debía disponer múltiples acciones desde el inicio del proceso licitatorio hasta la actualidad -incluyendo después del Otrosí No. 6-. Dichas acciones están referidas a la ejecución del Convenio Interadministrativo, hacer respetar la exclusividad del Transporte Masivo tiene sobre el Transporte Público Colectivo (TPC) y otros medios de transporte -inclusive ilegales- y la prioridad que tenía el Masivo durante la implantación lo cual se ve impactado por la no entrega de los corredores en los términos ofrecidos y en la superposición de las rutas del Transporte Público Colectivo (TPC)”¹⁹⁴.

/.../

¹⁹³ Folios 3219 a 3223 del cuaderno 8.11.

¹⁹⁴ Folio 154 del alegato de conclusión de la convocante.

“Sin embargo, a pesar de que están contempladas claramente las obligaciones de la Secretaría dentro de unos plazos perentorios, cuyo seguimiento debía realizar METRO CALI como obligación expresamente prevista a cargo de METRO CALI (el Otrosí No. 6 fue suscrito el 19 de diciembre de 2014), METRO CALI solo requirió a la Secretaria información sobre su cumplimiento hasta el 25 de mayo de 2015, más de cinco (5) meses de la suscripción y a tan solo dos meses y medio antes del vencimiento del plazo.

“Nótese además que dicho requerimiento, no fue remitido en ejercicio del deber de gestión, sino únicamente como antesala de la visita excepcional de la entonces Ministra de Transporte”¹⁹⁵.

Por su parte, la convocada en su alegato de conclusión al referirse a ese incumplimiento sostiene que:

“Solo con el testimonio de Juanita Concha se desvirtúa el cargo de la demanda que sostiene que Metro Cali habría incumplido las obligaciones de supervisión y seguimiento respecto de convenio interadministrativo favoreciendo el TPC, ya que al momento de la audiencia presentó un número importante de documentos visibles entre los folios 359 en adelante del cuaderno 18.1 en los cuales se reflejan las actuaciones reiterativas con solicitudes y requerimientos a la Secretaria de Movilidad para que ésta llevara a cabo las tareas de su competencia. Tal deber de Metro Cali no iba más allá de esa gestión, porque como gestora del sistema no tenía a su cargo la cancelación de rutas y tarjetas de operación”¹⁹⁶.

Se pretende con esta pretensión, la declaratoria de incumplimiento de la obligación acordada en el numeral 3.8 del otrosí número 6 que adicionó la cláusula décima del contrato en los siguientes términos:

“(…) 10.16. Velar por la correcta ejecución del otrosí al Convenio Interadministrativo que en esta misma fecha se celebrará con la Secretaría de Tránsito y Transporte, en el que entre otras cosas, se adopta un cronograma de la salida del transporte colectivo del municipio de Santiago de Cali”

Examinado el material probatorio allegado al expediente, el Tribunal encuentra que aparecen reiteradas comunicaciones emitidas por Metro Cali a la Secretaría de Tránsito Municipal, en las que se le solicita información o se le requiere para el cumplimiento del convenio interadministrativo de utilización de vías y operación del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Cali. La primera de ellas, de fecha 29 de enero de 2015¹⁹⁷, solicita que se envíe el listado de vehículos ingresados al transporte público de Cali con posterioridad a la resolución 685 de 2004 y el listado de vehículos a los que se le cancelaron las tarjetas de operación. La segunda, el 10 de marzo del mismo año, tiene por objeto poder calcular los compromisos de reducción de oferta de los

¹⁹⁵ Folio 167 del alegato de conclusión de la convocante.

¹⁹⁶ Folio 48 del alegato de conclusión de la convocada.

¹⁹⁷ Folio 360 del cuaderno 18.1.

Concesionarios¹⁹⁸. Posteriormente, el 25 de mayo de 2015, Metro Cali solicita nuevamente a la Secretaría de Transporte la remisión de la información correspondiente al periodo enero a abril, de las acciones y resultados para el retiro progresivo de rutas del transporte público colectivo¹⁹⁹. El 16 de junio de 2015, Metro Cali solicita conocer con detalle el cumplimiento de los compromisos consignados en el otrosí al convenio interadministrativo, y para ello requiere información sobre el retiro progresivo de las rutas del transporte público colectivo, de los operativos contra el transporte no autorizado y de la cancelación de las tarjetas de operación de los vehículos del TPC²⁰⁰. El 19 de agosto de 2015, nuevamente la convocada requiere a la Secretaría de Tránsito para que suministre información similar a la requerida en el mes de junio²⁰¹.

Constituyen estas pruebas, una clara evidencia de que la labor de seguimiento al cumplimiento de los compromisos establecidos en el numeral 3.8 del otrosí por parte de Metro Cali se ejecutó adecuada y diligentemente, por lo cual no hay lugar a acceder a la prosperidad de la pretensión en relación con este tema y así se declarará en la parte resolutive de esta providencia.

2.6.2.8. NO CUMPLIR CON EL CRONOGRAMA PREVISTO PARA LA ENTREGA DE INFRAESTRUCTURA NECESARIA PARA EL SISTEMA

Para resolver este incumplimiento, resultaría inútil reproducir en este capítulo el análisis detallado que en relación con la infraestructura se efectuó en precedencia. Por ello, el Tribunal reitera los argumentos y conclusiones a los que arribó en relación con el tema de infraestructura y el cumplimiento de su cronograma.

2.6.2.9. LAS DEMÁS LEGALES Y CONTRACTUALES A CARGO DE METRO CALI

En el alegato final, la parte convocada enmarca dentro de esta última pretensión, dos incumplimientos adicionales que no fueron planteados expresamente en la demanda y, que en esa medida, tampoco pudieron ser conocidos desde el comienzo por la convocada. En efecto, se alega por la actora que Metro Cali incumplió la obligación de contratar el estudio jurídico para la implementación de las conclusiones del Estudio del Departamento Nacional de Planeación y de radicar el documento CONPES ante la Dirección Nacional de Planeación para liberar recursos de la infraestructura.

¹⁹⁸ Folio 361 del cuaderno 18.1.

¹⁹⁹ Folio 365 del cuaderno 18.1.

²⁰⁰ Folio 371 del cuaderno 18.1.

²⁰¹ Folio 375 del cuaderno 18.1.

La resolución de estas dos solicitudes conlleva un previo análisis procesal consistente en que las peticiones de la demanda tienen que tener en su texto un fundamento fáctico que le permita a la contraparte conocerlas para controvertirlas, y aportar las pruebas que consideren necesarias para su defensa. Ocurre en relación con esas dos solicitudes concretas, planteadas en la alegación final, que si bien durante el trámite procesal aparecieron una serie de elementos probatorios que, en sentir de la actora, le permitían invocar la declaratoria de esos dos nuevos incumplimientos, lo cierto es que desde el punto de vista del derecho de defensa y de contradicción, no pudieron ser conocidas por la demandada como unos incumplimientos que le eran imputados y por ende no pudieron ser controvertidos por ella.

Mal podría en consecuencia el Tribunal entrar a valorar la relación probatoria que en el alegato se plantea entorno a estos dos aspectos, ni a establecer las consecuencias de lo sostenido por el convocante con fundamento en esas pruebas, pues se ha omitido el paso fundamental previo que consiste en que desde el inicio del proceso la convocada pudiese contrargumentar en frente de esos dos últimos incumplimientos, que solamente se concretaron en la audiencia de alegaciones finales.

Corolario de lo anterior, es que el Tribunal no podrá acceder a esas pretensiones y así se declarará en la parte resolutive de esta decisión.

2.6.3. Conclusión en relación con los incumplimientos alegados respecto de las obligaciones contraídas por Metro Cali en el otrosí número 6

Con fundamento en las consideraciones que anteceden, y a fin de hacer claridad en los incumplimientos que resultaron probados y aquellos que no lo fueron, el Tribunal habrá de declarar en la parte resolutive de esta providencia que la convocada incumplió las siguientes obligaciones pactadas en el otrosí número 6: (i) adoptar las medidas necesarias para revisar y ajustar el Contrato de Concesión No. 1 de 2006 de acuerdo con las recomendaciones y resultados del estudio contratado por el Departamento Nacional de Planeación; (ii) ajustar la tarifa técnica para el año 2016, así como para los años siguientes a la presentación de la reforma de la demanda hasta la expedición del Laudo Arbitral; (iii) pagar de forma completa los valores pactados a favor de Git Masivo en la proporción que le correspondía de los \$42.000.000.000 girados por la Alcaldía de Cali; (iv) gestionar oportunamente el pago de las sumas previstas en el numeral 3.40.3. del Otrosí No. 6; (v) gestionar oportunamente los sesenta pesos (\$60) por la diferencia entre la tarifa técnica y la tarifa al usuario pactados transitoriamente para los meses enero

a agosto y octubre del año 2015 y (vi) no entregar la infraestructura tal y como se precisó en capítulo anterior de este laudo.

Los demás incumplimientos alegados respecto de las obligaciones nacidas para la demandada por virtud del otrosí número 6 serán negados.

Así, y teniendo en cuenta que la pretensión séptima de la demanda prospera parcialmente, el Tribunal se encuentra relevado de estudiar las pretensiones subsidiarias formuladas respecto de ella.

2.6.4. Estudio de la pretensión octava y sus subsidiarias.

2.6.4.1. ANÁLISIS DE LA PRETENSIÓN DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO

En la pretensión octava de la demanda reformada, la parte convocante solicita lo siguiente: *“Que en consecuencia de lo anterior, se declare resuelto por incumplimiento el Otrosí No. 6 del 18 de diciembre de 2014”*.

Tal y como quedó expuesto en capítulo precedente, la ley colombiana faculta en los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, a que el contratante cumplido, en caso de incumplimiento de la otra parte, pueda solicitar al juez el cumplimiento del contrato o su resolución, con la consecuente indemnización de perjuicios.

El objeto de la pretensión que aquí se estudia es muy preciso en el sentido de solicitar exclusivamente la resolución del otrosí número 6 y no del contrato de concesión, como consecuencia de los incumplimientos de la demandada.

Un estudio detenido del tema, exige del Tribunal precisar que un otrosí y en concreto el que aquí se analiza, no es un contrato adicional o distinto del contrato principal, sino que es una herramienta comercial a la cual las partes acuden para modificar el texto de un contrato que ya ha sido celebrado y se encuentra vigente entre ellas.

Revisados los hechos de la demanda reformada en relación con el incumplimiento del otrosí número 6 y las alegaciones que sobre el particular plantea la actora, el Tribunal advierte que el demandante le da al otrosí modificatorio de diciembre del año 2014, un alcance jurídico que no tiene. En efecto, el tratamiento que el convocante plantea es el

de un contrato diferente o separado del inicial y por esa razón es que invoca su resolución, olvidando que lo que ocurre cuando dos contratantes celebran un otrosí, es que simplemente modifican algunas cláusulas de su relación negocial primigenia sin que por ello pueda entenderse que ese documento modificadorio constituye un negocio jurídico autónomo y separable del inicial.

No puede perderse de vista que lo ocurrido con el otrosí número 6, a pesar de su extensión y complejidad - e incluso de la forma en que fue denominado - es que las partes modificaron el contrato de concesión número 1 de 2006. En efecto, si se analiza el acápite número tres denominado cláusulas, se observa que en todos sus numerales se están adicionando, sustituyendo o modificando cláusulas del contrato de concesión.

Y si bien en el capítulo cuarto denominado "*otras disposiciones*" las partes acordaron un paz y salvo por todo concepto, renunciando cada una a cualquier reclamación por hechos o actos anteriores a la fecha de suscripción de ese modificadorio, dándole a ese acuerdo los efectos de transacción y por ende la fuerza de cosa juzgada²⁰², no por ello se convierte en un contrato diferente o separado del inicial. La correcta interpretación de esos acuerdos finales, entre ellos principalmente la renuncia a reclamaciones por hechos ocurridos con anterioridad, es que se trata simplemente de nuevas cláusulas que los contratantes convinieron incluir en el contrato de concesión y entre ellas, una cláusula de paz y salvo por las diferencias que hasta esa fecha se pudieron haber generado entre ellas.

El hecho de que el otrosí modificadorio incluya una cláusula con alcances de transacción, no hace de ese documento un negocio jurídico autónomo e independiente del contrato de concesión con la posibilidad de ser resuelto por incumplimiento. Como es claro en la ley, la procedencia de esa figura se predica respecto del contrato como un todo, y no de algunas de sus cláusulas. Y tiene sentido esta previsión del legislador, pues si se analiza la filosofía sobre la cual reposa el artículo 1546 del Código Civil, se puede afirmar que lo que se persigue con ella, es que el contratante cumplido que perdió interés en el negocio jurídico por razón de las actuaciones de la otra parte, pueda solicitar al juez que resuelva esa relación, con el objeto de poner fin a un vínculo que ya no le interesa. Por ello, sería impropio pretender que se resuelvan acuerdos modificadorios de un contrato, pues lo que en últimas hacen esos acuerdos, es simplemente ajustar o transformar las cláusulas iniciales. En otras palabras, el otrosí modificadorio es solo una herramienta para ajustar un negocio jurídico, que al ser consentido por ambas partes, se funde en el contrato inicial y comienza a hacer parte de él dejando de existir como un acuerdo jurídico al que se le

²⁰² Numeral 4.2. del otrosí número 6.

pueda dar un tratamiento separado del contrato. Así lo ha calificado igualmente el Consejo de Estado, cuando al referirse al otrosí consideró que *“se establece que las prórrogas, contratos adicionales y otrosí, cuando son mecanismos para introducir alguna modificación al contrato inicial, comoquiera que no trastornan o desdibujan su objeto, no constituye un nuevo acuerdo, por tanto su existencia se deriva del contrato primigenio y de este dependen los elementos de su esencia en ese sentido, si el objeto del contrato primigenio no fue alterado por la suscripción del otrosí”*²⁰³,

Estas consideraciones conllevan entonces a que el Tribunal no acceda a la prosperidad de la pretensión octava principal, en la medida en que el otrosí no es un contrato distinto del de concesión, con la posibilidad de ser resuelto separadamente por incumplimiento de las cláusulas que éste introdujo al contrato inicial.

Teniendo en cuenta que respecto de la pretensión de resolución se han propuesto unas pretensiones subsidiarias, al no abrirse paso la prosperidad de aquella, corresponde al Tribunal analizar lo solicitado en subsidio.

2.6.4.2. ANÁLISIS DE LA PRETENSIÓN DE RESOLUCIÓN DE LA CLÁUSULA 4.2. DEL OTROSÍ NÚMERO 6

Tampoco puede prosperar la petición exclusiva de resolución de la cláusula 4.2. del otrosí contentiva del acuerdo transaccional incorporado por las partes al contrato, negativa que se sustenta en las mismas consideraciones que quedaron expuestas en el acápite inmediatamente anterior, esto es, en síntesis, en que el numeral 4.2. no es un contrato diferente del de concesión que tenga la autonomía para ser resuelto por incumplimiento.

El Tribunal reitera en este punto, el análisis efectuado en precedencia, y con fundamento en el mismo, habrá de despachar negativamente esta primera pretensión subsidiaria.

2.6.4.3. ANÁLISIS DE LA PRETENSIÓN RELATIVA A QUE SE DECRETEN LAS RESTITUCIONES Y COMPENSACIONES QUE POR LEY CORRESPONDAN

El Tribunal entiende e interpreta esta segunda pretensión subsidiaria, como un efecto solicitado en caso de que hubiesen prosperado las pretensiones subsidiarias de la pretensión séptima, en las cuales se solicita la declaratoria de nulidad del otrosí o de su cláusula 4.2. No se trata de una solicitud de indemnización de perjuicios derivada del incumplimiento, lo cual será objeto de análisis en otro capítulo de este laudo, sino que se

²⁰³ Consejo de Estado, sentencia de 10 de mayo de 2017. Expediente 48.801.

trata de los efectos propios de las nulidades, las cuales por no haber sido estudiadas, en atención a que la pretensión principal que las precedía prosperó, relevan al Tribunal de entrar al estudio de lo aquí solicitado.

2.6.5. Estudio de la pretensión novena

La solicitud contenida en la pretensión novena de la demanda, se plantea como consecuencia de la prosperidad de las pretensiones séptima y octava (incumplimiento del otrosí y resolución). Sin embargo, como ha quedado expuesto, al no prosperar la pretensión de resolución del contrato modificatorio número 6, igual suerte corre la pretensión novena de la demanda, y así se declarará en la parte dispositiva de esta decisión.

2.7. PRETENSIONES RELATIVAS AL CONTRATO ADICIONAL NÚMERO 1

En este grupo de pretensiones, la parte convocante solicita, en síntesis, la declaratoria de nulidad absoluta de la cláusula octava del contrato adicional número 1 o su inexistencia.

Lo primero que se debe analizar para resolver esa solicitud, es si el acuerdo transaccional recogido en el numeral 4.2. del otrosí modificatorio número 6, cobija este grupo de pretensiones, o si bien, por el contrario, la discusión aquí planteada no hace parte del objeto de esa transacción.

El texto de esa estipulación, prevé que *“con la suscripción del presente contrato modificatorio, se considera superado satisfactoriamente cualquier eventual desequilibrio patrimonial e incumplimiento contractual alegado por las partes, relacionados con la culminación de las obras de construcción de infraestructura, la Fecha de Inicio de Operación Regular, diferencias tarifarias, la no reducción de oferta, el incumplimiento de los Programas de Servicio de Operación y vinculación de flota, sin que la anterior relación de incumplimientos sea taxativa. Por consiguiente, ambas se declaran recíprocamente paz y salvo por todo concepto y adicionalmente el Concesionario también al municipio de Santiago de Cali, renunciando cada una a cualquier reclamación presente o futura por hechos o actos anteriores a la fecha de suscripción del presente contrato modificatorio. Las partes acuerdan que todo lo pactado en este documento surte efectos de transacción y hace tránsito a cosa juzgada, en los términos del Artículo 2483 del Código Civil.”*

Es importante tener en cuenta que de conformidad con lo previsto por el artículo 2469 del Código Civil, la transacción tiene por objeto la terminación de un litigio pendiente o la

precaución de un litigio eventual. El marco planteado en esa norma, exige entonces que la transacción se refiera a unas controversias o disputas específicas entre las partes, bien sea por cuanto ya existe un proceso judicial cuyas demanda y contestación delimitan el objeto de la disputa, o bien porque existen unos desacuerdos extrajudiciales que deben siempre ser concretos y claramente identificados. Desde otro punto de vista, no resulta admisible una transacción general sobre cualquier disputa o controversia que pueda surgir entre dos sujetos.

Establecido lo anterior, para el Tribunal es claro que la transacción que se incluyó en el otrosí número 6 la delimitaron los contratantes a cualquier desequilibrio patrimonial e incumplimiento contractual derivado de “*culminación de las obras de construcción de infraestructura, la Fecha de Inicio de Operación Regular, diferencias tarifarias, la no reducción de oferta, el incumplimiento de los Programas de Servicio de Operación y vinculación de flota*”. No mencionaron los contratantes en ese documento, las renunciaciones a reclamar nulidades, lo cual por demás solo hubiera podido haberse efectuado respecto de las nulidades relativas. Por ello, las solicitudes de nulidad absoluta contenidas en este grupo de pretensiones, sí pueden ser estudiadas en este laudo.

Revisado el material probatorio que se allegó al expediente, y en especial la prueba documental y la prueba testimonial, no encuentra el Tribunal que en él aparezcan acreditadas las causales de nulidad que en la pretensión décima principal o en sus primera y tercera subsidiarias, plantea el accionante. Por ello, y a pesar de que las solicitudes aquí estudiadas no quedaron cobijadas por la transacción, ni podían quedarlo, el Tribunal, por ausencia de prueba, despachará desfavorablemente esas pretensiones.

Corresponde entonces pronunciarse sobre la pretensión segunda subsidiaria a la décima principal, en la cual se solicita que se declare la inexistencia de la cláusula octava del adicional número 1, en la medida en que no concurren en ella los elementos esenciales de la transacción.

Para resolver esa petición, el Tribunal considera necesario, en primer término, reiterar lo ya dicho respecto del otrosí número 6, en el sentido de que el documento denominado adición número 1 al contrato de concesión no es un negocio jurídico autónomo e independiente de este último, sino que es un acuerdo modificatorio.

En segundo lugar se observa que en él las partes incluyeron una estipulación (cláusula octava) a la que le concedieron efectos de transacción, lo cual jurídicamente es en este

caso, una cláusula accidental del contrato de concesión y no tiene por ende el tratamiento de contrato de transacción separado.

No significa lo anterior, que esa cláusula pueda desconocer lo que la ley tiene previsto sobre la figura de la transacción, pues como lo han admitido la jurisprudencia y la doctrina, resulta perfectamente posible que en un contrato se incluyan cláusulas o previsiones que pertenecen a otros tipos negociales, y en esos casos, la interpretación de esas estipulaciones debe regirse por lo que la ley contempla en relación con esa otra modalidad contractual.

La jurisprudencia arbitral en torno a ese tema ha sostenido lo siguiente:

“En cuanto a los contratos mixtos en sentido estricto, la Corte Suprema de Justicia consideró que deben aplicarse las normas propias del contrato tipo, y siempre que ello no obste a la naturaleza de la convención, se aplicarán al elemento integrante perteneciente a otro tipo de contrato las reglas previstas para éste. En lo que se refiere a los contratos de doble tipo, la Corte Suprema de Justicia señaló que se aplican conjuntamente los textos legales que regulan ambos tipos de contratos, y si se contradicen, deben analizarse los fundamentos de las mismas para aplicarlas”²⁰⁴.

Ese criterio, fijado de antaño por la Corte Suprema de Justicia, exige entonces que cuando se incorporen a un contrato cláusulas que pertenecen a otro, aquellas deban regirse por las disposiciones normativas que gobiernan el segundo contrato.

Establecido lo anterior, es claro como se ha reconocido por la doctrina, por el Consejo de Estado y por la Corte Suprema de Justicia, que además de poner fin a una disputa, son de la esencia del contrato de transacción la existencia de una controversia judicial o extrajudicial, así como las renunciaciones recíprocas de las partes.

En sentencia de 28 de febrero de 2011, la Sección Tercera del Consejo de Estado, citando a la Corte Suprema de Justicia, consideró:

“[S]on tres los elementos específicos de la transacción, a saber: primero, la existencia de un derecho dudoso o de una relación jurídica incierta, aunque no esté en litigio; segundo, la voluntad o intención de las partes de mudar la relación jurídica dudosa por otra relación cierta y firme; tercero, la eliminación convencional de la incertidumbre mediante concesiones recíprocas (Cas. civil diciembre 12 de 1938, XLVII, 479-480; cas. junio 6 de 1939, XLVIII, 268). (...)”²⁰⁵

²⁰⁴ Laudo arbitral de Compañía Central de Seguros y otra contra Maalula Ltda. 31 de agosto de 2000.

²⁰⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de febrero de 2011. Expediente 28.281.

Y a su turno la Corte Suprema, ha sostenido de antaño que:

“(...) La transacción supone reciprocidad de concesiones o de sacrificios por parte de cada uno de los contratantes. Esta es la circunstancia que distingue la transacción de la simple renuncia de un derecho (...)”²⁰⁶

La doctrina nacional, refiriéndose a la definición legal de la transacción, considera que es incompleta por cuanto solamente trae dos de los elementos que son de la esencia de este contrato:

“En verdad, la definición que destina el Código Civil ha sido materia de frecuentes críticas, por incompleta, porque, como quedó consignado anteriormente, apenas toca dos de los aspectos esenciales de la transacción, o sea, la existencia de un derecho que se disputa judicialmente o pueda ser materia de confrontación litigiosa futura y la intención o voluntad de superar las diferencias sin necesidad de decisión judicial. El tercer elemento, universalmente aceptado por las legislaciones, es el de las concesiones o sacrificios recíprocos – aliquid datum, aliquid retentum - que no aparece en el texto que identifica la transacción. A pesar de lo dicho, no quiere significar que se prescindiera dentro de la estructura de la transacción. Simplemente, se tiene que admitir que es de su esencia porque si las partes no procuran concesiones o sacrificios, sino sólo beneficios no se puede sostener que se está frente a una transacción sino que se gira en el ámbito de un negocio jurídico distinto, como la simple renuncia a un derecho, la remisión, el allanamiento a una demanda o cualquier forma innominada.

“(...) Si se intenta dar una definición, acorde con esos criterios, se podría decir que la transacción es el contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual, mediante recíprocas concesiones (...)”²⁰⁷.

Recuérdese que, de acuerdo con el citado artículo 2469, “No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa.”.

Si se examina el contenido del contrato adicional número 1, se advierte que el objeto del mismo se encaminaba exclusivamente a que los cuatro concesionarios que operaban el sistema integrado de transporte masivo de Cali, se les adjudicara proporcionalmente la flota de referencia correspondiente a la quinta concesión, que nunca fue adjudicada. En ese sentido, le asiste razón a la parte actora, al sostener que la cláusula octava de ese acuerdo no contiene los elementos esenciales que gobiernan el contrato de transacción, pues el adicional número 1 no da cuenta de una o varias disputas entre las partes que se zanjen por su celebración, ni tampoco pone en evidencia una renuncia de Metro Cali en favor de Git Masivo.

²⁰⁶ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 22 de marzo de 1949.

²⁰⁷ BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro. Los principales contratos civiles y comerciales”. Tomo II. Ediciones Librería del Profesional. Página 102.

De esta forma, no se observa que se hayan configurado, respecto de esa cláusula octava, los elementos esenciales que la ley exige para que nazca una transacción y, en consecuencia, habrá de abrirse paso la prosperidad de la segunda pretensión subsidiaria a la décima principal.

2.8. LAS PRETENSIONES DECLARATIVAS GENERALES FINALES

En las peticiones trigésima octava y trigésima novena de la demanda reformada, solicita la parte convocante que se declare lo siguiente:

“Trigesimo octava: Que se declare que METRO CALI S.A. está obligada a indemnizar los perjuicios ocasionados a GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A. como consecuencia de sus incumplimientos legales y contractuales.

Trigesima novena: Que se declare que METRO CALI S.A. está obligada a restablecer el equilibrio económico financiero del Contrato de Concesión No. 1 para lo cual adoptará el pago de la compensación a que legalmente tiene derecho, así como las demás medidas que el Tribunal encuentre procedentes”.

El contenido de esas solicitudes se desprende de la totalidad de los argumentos expuestos hasta este punto del laudo, en el sentido de que efectivamente se ordenará la indemnización de aquellos perjuicios cuya prueba aparezca acreditada en el expediente, e igualmente se dispondrá el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, en los montos que hayan sido acreditados.

Por ello, las referidas pretensiones serán declaradas prósperas en la parte dispositiva de esta decisión.

2.9. LAS EXCEPCIONES FORMULADAS RESPECTO DE LA DEMANDA PRINCIPAL REFORMADA

Sobre la base de las anteriores consideraciones, y sin que sea necesario reiterar en este capítulo esas argumentaciones corresponde efectuar un análisis de las excepciones formuladas respecto de la demanda principal reformada, precisando que la excepción de caducidad ya fue resuelta al inicio de este capítulo.

Queda pendiente entonces el pronunciamiento sobre las demás excepciones:

2.9.1. La falta de legitimación en la causa y el hecho de un tercero

Se fundamentan estos medios de defensa, en el hecho de que la mayoría de las obligaciones cuyo incumplimiento se reclama, no están radicadas en cabeza de Metro Cali sino en cabeza de terceros.

Como quedó claramente expuesto en los análisis precedentes, el Tribunal advierte que, en relación con los incumplimientos cuya declaratoria prospera, todas esas obligaciones – hayan sido de medio o de resultado – se encontraban contractualmente radicadas en cabeza de la convocada, por lo cual las excepciones no pueden prosperar.

Tampoco se encuentran probadas frente a aquellos eventos que si bien no fueron considerados incumplimientos, sí constituyen un riesgo asumido por la convocada, en la medida en que en ese caso también surge para ella la obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato, tal y como fue analizado.

Por ello, estas dos excepciones no tienen vocación de prosperidad.

2.9.2. La ausencia de solidaridad

Se sustenta esta excepción en el hecho de que Metro Cali no tiene solidaridad en relación con los compromisos de obras de construcción, permanencia de transporte público colectivo, regulación y fijación de la tarifa técnica, problemas en relación con la malla vial y gestión del SIUR.

Tampoco habrá de prosperar este medio exceptivo, en la medida en que ninguna de las pretensiones de la demanda se está solicitando una tal declaratoria, ni el Tribunal ha encontrado que exista ese tipo de vínculo obligacional.

2.9.3. Las excepciones de transacción, renunciaciones voluntarias de derechos con efectos jurídicos obligatorios y cosa juzgada

Por estar fundamentadas estas excepciones en los mismos hechos, esto es, que entre las partes existen dos contratos de transacción válidamente celebrados a saber (i) el del 16 de septiembre de 2011 y el de 18 de diciembre de 2014, el Tribunal las estudiará de manera conjunta.

El tema de las transacciones y sus efectos, fueron objeto de análisis detallado en capítulos precedentes, y en relación con ellos, el Tribunal llegó a la conclusión que la transacción contenida en el adicional número 1 de 16 de septiembre de 2011 era inexistente mientras que aquella acordada el 18 de septiembre de 2014 tiene plena validez y por ello se habrá de declarar parcialmente probadas estas tres excepciones.

2.9.4. Imposibilidad jurídica de que el tribunal pueda modificar el régimen obligacional del contrato

Si se analiza el contenido de las pretensiones de la demanda, al igual que las conclusiones a las que ha llegado este Tribunal a lo largo del estudio precedente, se puede observar que en ningún momento ni en la demanda ni en la decisión que aquí se adopta se ha modificado el régimen obligacional del contrato. En efecto, cada una de las decisiones que se adoptaron en materia de incumplimiento o de asunción de riesgos, corresponde a una cláusula específica y concreta del contrato, en la cual existe una obligación a cargo de la convocada o un riesgo asumido por ella.

Sin necesidades de mayores argumentos, se declarará no probado este argumento de defensa.

2.9.5. Inexistencia de condiciones constitutivas de desequilibrio económico del contrato

Para resolver esta excepción, el Tribunal reitera todos y cada uno de los estudios que ha realizado respecto de los riesgos del contrato y de los eventos generadores de desequilibrio, para concluir que en algunos casos se presentaron circunstancias constitutivas de desequilibrio contractual, por lo cual no se abre paso tampoco esta argumentación exceptiva.

2.9.6. Incumplimientos atribuibles al demandante eximentes de responsabilidad respecto de Metro Cali

Al analizar los incumplimientos que la convocante atribuye a Metro Cali y los efectos que los mismos tuvieron en el contrato no se encontró probada como causa eficiente de las reparaciones que se reclaman, la existencia de un incumplimiento atribuible a Git Masivo, y por ende no se accederá a la prosperidad de esta excepción.

2.9.7. Compensación.

Como se verá más adelante en esta providencia, teniendo en cuenta que no surgen sumas a cargo de Git Masivo y a favor de Metro Cali, no se dan los requisitos exigidos por la ley para que opere la compensación, y por ello se desechará esta defensa.

2.10. PRETENSIONES DE CONDENA - LIQUIDACIONES

Corresponde finalmente, y con sustento en todo el análisis jurídico y probatorio que antecede, entrar a resolver las pretensiones de condena correspondientes a los numerales cuadragésimo²⁰⁸ y siguientes del acápite correspondiente de la demanda reformada.

2.10.1. Anotación previa

Ha quedado expuesto que si bien el Tribunal no accedió a la prosperidad de resolución del otrosí número 6, sí declaró la inexistencia del acuerdo transaccional contenido en el contrato adicional número 1. Esas decisiones implican, para efectos de las indemnizaciones o restablecimientos, tener en cuenta lo siguiente:

- La transacción contenida en el contrato adicional número 6 recogió las controversias que las partes tenían entre la fecha de suscripción del contrato adicional número 1 (16 de septiembre de septiembre de 2011) y la fecha de firma ese otrosí número 6 (18 de diciembre de 2014).
- Es claro que esa situación era así pues el entendimiento y efectos que los contratantes atribuyeron al contrato adicional número 1 es que las controversias anteriores a ese documento habían quedado zanjadas y por ello las discusiones en torno al otrosí número 6, solo pudieron versar sobre desacuerdos ocurridos entre la suscripción del contrato adicional número 1 y ese otrosí. Entenderlo de otra forma, sería concluir que las partes celebraron una transacción sobre algo ya transigido.
- Significa lo anterior, que cualquier incumplimiento o evento de desequilibrio acaecido en el lapso de 16 de septiembre de 2011, fecha de celebración del

²⁰⁸ Se precisa que por error en las pretensiones de condena de la demanda reformada, la enumeración pasa de cuadragésima a quincuagésima primera.

contrato adicional número 1, a 18 de diciembre de 2014, fecha de suscripción del otrosí número 6, no será objeto de indemnización o reparación alguna.

- Por consiguiente, solamente serán indemnizables, de conformidad con las consideraciones de esta decisión, (i) los incumplimientos o desequilibrios causados por los hechos analizados en precedencia, y que aparezcan demostrados entre la fecha de celebración del contrato de concesión (15 de diciembre de 2006) y la firma del contrato adicional número 1 (16 de septiembre de 2011); y (ii) los incumplimientos o desequilibrios causados por los hechos analizados en precedencia, y que aparezcan demostrados después de la suscripción del otrosí número 6 (18 de diciembre de 2014).

Con estas precisiones, pasará el Tribunal a analizar los daños que aparecen demostrados en el expediente en primer lugar respecto de los incumplimientos que se probaron y posteriormente, los valores acreditados por concepto de desequilibrio económico del contrato como resultado del acaecimiento de aquellos riesgos que de conformidad con las consideraciones de este laudo, debían haber sido asumidos por Metro Cali.

2.10.2. La indemnización de perjuicios

2.10.2.1. POR EL NO PAGO COMPLETO DE LA REMUNERACIÓN

Es preciso recordar que Metro Cali, desde el comienzo del contrato, no interpretó adecuadamente la fórmula para el cálculo de la tarifa técnica. En adición, deben tenerse en cuenta las conclusiones presentadas por la firma Strategas Consultores S.A. en las que aparece probado un impacto económico por esos hechos.

En cuanto a los menores ingresos de Git Masivo, esa experticia concluyó lo siguiente:

“Al 31 de diciembre de 2016, los menores ingresos para GIT Masivo S.A., como consecuencia de la menor demanda y la no aplicación de la Tarifa Técnica en los términos y según el procedimiento establecido en el Contrato de Concesión, corresponden a la suma de \$265.294.656.017. Es importante anotar que el resultado aquí expuesto, considera, de acuerdo con la metodología de remuneración del Contrato de Concesión, el menor de los ingresos que resulta de aplicar la fórmula A y la fórmula B en cada periodo de liquidación”

Tal como se explicó con anterioridad, los elementos de juicio recaudados dan cuenta de esta diferencia en la aplicación de la tarifa. En el citado dictamen pericial financiero, el

experto concluye que mientras la tarifa al usuario para el año 2016 debía ser de \$3.050, Metro Cali aplicó una tarifa de \$1.800, y que para el año 2017, el primero de esos valores debía haber ascendido a \$3.100 y la tarifa efectivamente cobrada al usuario fue de \$1.900 (pregunta número 6).²⁰⁹

Ahora, si bien Metro Cali controvierte los cálculos de la firma Strategas Consultores S.A., el Tribunal, como ya se analizó, encuentra por el contrario que en atención al principio de valoración conjunta de las pruebas comprendido en el artículo 176 del estatuto procesal, es menester atribuirle plena credibilidad a dicho dictamen, pues las conclusiones del mismo son además coincidentes con aquellas presentadas en el estudio del Departamento de Planeación Nacional que demuestra la implantación de un esquema tarifario deficitario y la equivocada interpretación de la cláusula de fijación de la tarifa técnica. Es preciso recordar que el numeral 3.101 de dicho estudio señala que ***“[s]e recomienda a Metro Cali analizar la conveniencia de aplicar esta fórmula ya que bajo el escenario de cálculo actual de la tarifa técnica, el efecto de incorporar el déficit del Sistema del año anterior al nuevo periodo de ajuste de la operación, no permite alcanzar la sostenibilidad del sistema”***²¹⁰ (destacado fuera de texto).

También debe tenerse en cuenta que por virtud de la cláusula 31 del contrato de concesión le correspondía a Metro Cali determinar la cuantía y las condiciones para la disposición de los recursos depositados en el fondo de contingencias, realizar un seguimiento a estos e informar al respecto al municipio en forma periódica, a fin de que, en el evento en que no existieran recursos suficientes, fuera el municipio, con cargo al fondo de contingencias del patrimonio autónomo FIDUMIO, quien cubriera dicha insuficiencia o diferencia. Sin embargo, el Tribunal no pudo comprobar que Metro Cali, con ocasión de la contingencia tarifaria, se hubiera ocupado de tramitar y gestionar los recursos necesarios para asumir los valores faltantes.

Con sustento en el mencionado dictamen de la firma Strategas Consultores S.A., el Tribunal encuentra demostrado que el valor del daño sufrido por Git Masivo como consecuencia de la diferencia tarifaria desde la firma del otrosí número 6 asciende, a diciembre 31 de 2016, a la suma de \$39.574.102.469²¹¹.

Resta por establecer el valor que, como resultado del mismo incumplimiento, sufrió la demandante durante el periodo comprendido entre la firma del contrato y la celebración

²⁰⁹ Cuaderno 15.8 Folio 34.

²¹⁰ Cuaderno 7. Folio 118.

²¹¹ Respuesta a la pregunta número 14 al perito Strategas Banca de Inversión.

del contrato adicional número 1. Ese cálculo se puede obtener en la respuesta a la pregunta número 24 del ya referido dictamen pericial en la cual se hace un resumen de las conclusiones del perito y se establece, en el cuadro A, el valor de la afectación económica que hubiera sufrido el concesionario sin los efectos transaccionales del contrato adicional número 1 y del otrosí número 6, y en el cuadro B, el valor de la afectación si solamente hubiera tenido validez la transacción contenida en el contrato adicional número 1. La resta de esas la cifra contenida en el cuadro A menos aquella cifra contenida en el cuadro B, arroja el valor del daño sufrido desde el comienzo del contrato y hasta el adicional número 1. El resultado de esa resta es \$250.061.207.473 – \$224.719.168.430 = \$25.342.039.043.

Cifra contenida en el cuadro A	\$250.061.207.473
Menos cifra contenida en el cuadro B	\$224.719.168.430
TOTAL AFECTACIÓN ANTES DEL ADICIONAL NÚMERO 1	\$25.342.039.043

Así, el valor total del daño demostrado en el expediente por concepto del incumplimiento en el cálculo de la tarifa técnica por parte de Metro Cali, asciende a la suma de \$64.916.141.512 actualizados a 26 de febrero de 2017.

AFECTACIÓN ANTES ADICIONAL 1	\$25.342.039.043
AFECTACIÓN DESPUÉS OTROSÍ 6	\$39.574.102.469
TOTAL AFECTACIÓN	\$64.916.141.512

Para efectos de la condena, la actualización de esa cifra, a la fecha de esta providencia, asciende a la suma de \$68.725.824.722, conforme al siguiente cuadro:

VALOR A ACTUALIZAR	\$64.916.141.512
IPC ENE17 ²¹²	134,765938
IPC OCT18	142,674842
FACTOR ACTUALIZACIÓN	1,058686224
VALOR ACTUALIZADO	\$68.725.824.722

2.10.2.2. POR EL NO PAGO COMPLETO DE LOS \$42.000.000.000 ACORDADOS EN EL OTROSÍ NÚMERO 6

Como quedó establecido, del valor total que de los \$42.000 millones de pesos que serían pagados a los concesionarios por virtud del otrosí número 6, a Git Masivo le correspondía el 30.44% de esa suma, es decir, a \$12.783.248.701.

²¹² Se utiliza el IPC de febrero de 2017 toda vez que ese era el que se tenía en febrero de 2017

Sin embargo, de ese total solo le fueron entregados \$11.185.342.613²¹³, por lo cual, aún se le adeuda la suma de \$1.597.906.088, que actualizada a la fecha de este laudo arroja como resultado **\$1.867.436.099**²¹⁴.

2.10.2.3. POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE ENTREGA DE INFRAESTRUCTURA

Como quedó atrás expuesto, las pretensiones de incumplimiento en la entrega de patios y talleres están llamadas a prosperar. Respecto de esos incumplimientos, se pudo establecer lo siguiente en el dictamen pericial técnico elaborado por la firma Cal y Mayor, el cual, analizado en su conjunto, y valorado adicionalmente en la audiencia de interrogatorio del perito, le genera credibilidad al Tribunal:

“3.10 Sírvase explicar cuál ha sido el impacto de los atrasos en la entrega de la infraestructura de corredores, terminales y patios y talleres sobre la demanda y la operación del sistema MIO.

Respuesta:

Con base en las respuestas presentadas anteriormente sobre los plazos previstos de implantación de la infraestructura física del MIO y la infraestructura realmente ejecutada, se concluye que a pesar de que la implantación total del MIO estaba prevista para septiembre del año 2009, a la fecha aún no se ha entregado toda la infraestructura física correspondiente (principalmente en terminales y patios y talleres), lo que representa más de seis años de retraso en la implantación del sistema MIO.

En términos de corredores troncales y pre-troncales el presente peritaje concluye que, aunque la mayoría de kilómetros correspondientes a la Fase I de implantación del proyecto se ejecutó con apenas algunos meses de atraso en relación con los plazos comunicados por Metro Cali S.A. durante la licitación MC-DT-001-2006, a la fecha aún no se ha construido la extensión hasta el terminal del Sur, motivo por el cual es posible afirmar que las obras previstas para esta fase en términos de corredores aún no están concluidas. Adicionalmente, la Fase I de implantación del proyecto contemplaba la ejecución de tres terminales de cabecera (Sur, Puerto Mallarino o Andrés Sanin y Calima o Paso del Comercio) y un terminal intermediario (Cosmocentro), reiterando que el terminal de Cosmocentro se entregó en el año 2009, el de Puerto Mallarino – Andrés Sanin en el 2012 y los otros dos terminales (Sur y Calima – Paso del Comercio) continúan sin entregarse. (...)

Finalmente, en términos de patios y talleres, anteriormente se mencionó que a la fecha se han entregado las instalaciones definitivas para los operadores Unimetro S.A. y Blanco y Negro Masivo S.A., mientras que los operadores GIT Masivo S.A. y ETM S.A. operan desde patios y talleres provisionales. Estas instalaciones provisionales están más apartadas de los corredores troncales del sistema que los patios previstos inicialmente por el Ente Gestor, además de no contar con todas las especificaciones establecidas en el Apéndice No. 1 de los contratos de concesión. En particular, para GIT Masivo S.A. el uso

²¹³ Resoluciones 912.110.012 de 8 de enero de 2015 y 912.110.157 de 13 de mayo de 2015.

²¹⁴ Ver valor actualizado en el cuadro de cálculo de intereses elaborado en el capítulo de intereses.

provisional de estas instalaciones por más de seis años ha representado mayores kilómetros en vacío recorridos, y ha limitado de manera significativa la capacidad de operación y mantenimiento del concesionario, así como la vida útil de sus vehículos.”

Sobre la base de esta conclusión, la actora solicitó al experto financiero que realizara el cálculo del costo de los kilómetros en vacío adicionales a los previstos en el contrato, y la respuesta a esa inquietud aparece recogida en el siguiente cuadro²¹⁵:

	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
<i>Articulado</i>	0	51.631	30.309	41.388	44.673	41.637	62.682	65.459
<i>Padrón</i>	0	81.808	45.005	50.881	37.292	20.584	46.566	64.442
<i>Complementario y Aux.</i>	0	115.768	72.470	114.574	124.155	96.064	176.046	238.474
Mayores Kilómetros en vacío	0	249.207	147.784	206.843	206.120	158.285	285.294	368.374
<i>Tarifas por km (Cálculo Git Masivo (actualizados a cada año)</i>								
<i>Articulado</i>	8.211	8.308	8.679	9.177	9.461	9.639	9.989	10.378
<i>Padrón</i>	5.018	5.077	5.304	5.608	5.781	5.890	6.104	6.342
<i>Complementario y Aux.</i>	3.535	3.577	3.737	3.951	4.073	4.150	4.301	4.469
Menores Ingresos								
<i>Articulado</i>	-	428.966.354	263.060.298	379.832.576	422.633.384	401.332.797	626.152.437	679.343.780
<i>Padrón</i>	-	415.353.123	238.700.669	285.353.368	215.597.358	121.245.112	284.259.819	408.690.089
<i>Complementario</i>	-	414.116.028	270.808.795	452.715.100	505.713.112	398.663.679	757.154.481	1.065.566.728
Total	-	1.258.435.505	772.569.762	1.117.901.044	1.143.943.854	921.241.588	1.667.566.736	2.153.600.597
IPC (Dic 2016)	1,29	1,27	1,22	1,19	1,17	1,13	1,06	1,00
Total	-	1.595.278.905	944.183.963	1.333.743.876	1.338.870.200	1.040.173.545	1.763.477.645	2.153.600.597
Total		10.169.328.731						

Fuente: Estudio Cal y Mayor / DANE / Cálculos propios

Así, continuando con el criterio expuesto para los periodos en que se tendrán en cuenta los daños causados, y sobre la base de ese cuadro, habrá de condenarse a la demandada al pago de los kilómetros en vacío correspondiente a los años 2010 y 2011 (este último solo hasta el 16 de septiembre, para lo cual se hará la proporción del total de kilómetros del año menos 107 días) y 2015 y 2016.

El valor total asciende a la suma de \$5.590.350.779, actualizados a diciembre de 2016 conforme al siguiente cuadro:

2010	\$1.258.435.505
Proporción año 2011	\$510.747.941 ²¹⁶
2015	\$1.667.566.736
2016	\$2.153.600.597
TOTAL	\$5.590.350.779

Dicho valor, a la fecha de este laudo, asciende a la suma de **\$6.495.474.897**, conforme se explica en el cuadro de cálculo de intereses, contenido más adelante.

Adicionalmente, se demostró con el mismo dictamen financiero²¹⁷, el valor de los costos en que incurrió Git Masivo por tener que utilizar talleres externos para realizar el

²¹⁵ Respuesta a la pregunta número 20.

²¹⁶ Esta cifra se obtiene de dividir el total de kilómetros en vacío del año 2011 (\$722.569.762) por 365 días y multiplicarlo por 258.

²¹⁷ Respuesta a la pregunta número 23.

mantenimiento de su flota, como consecuencia de la falta de un patio taller definitivo. Coincide esa problemática con lo observado por el Tribunal en el curso de la inspección judicial al patio taller provisional de Git Masivo, en el cual se pudo advertir la insuficiencia de lugares para el mantenimiento, y las dificultades que tienen los mecánicos para el adecuado servicio de la flota. Igualmente, ese hecho verificado de manera directa por el Tribunal, aparece descrito en detalle en la respuesta a la pregunta número 8 del dictamen pericial elaborado por la firma Cal y Mayor. Así, la verificación en físico de las instalaciones, valorada en conjunto con las conclusiones del perito técnico, permiten dar validez a sus conclusiones, las que a su turno han servido para la valoración del daño por parte del experto financiero.

Del cuadro elaborado por la firma Strategas Consultores S.A., se tomarán los valores correspondientes al año 2011 menos 107 días y a los años 2015 y 2016, conforme al siguiente cuadro:

Proporción año 2011	\$19.170.317 ²¹⁸
2015	\$4.072.156.089
2016	\$2.973.009.014
TOTAL	\$7.064.335.420

El valor actualizado de ese total, a la fecha de este laudo, asciende a la suma \$7.719.278.294, conforme se observa en el cuadro de cálculo de intereses incorporado en el capítulo siguiente.

2.10.2.4. INTERESES DE MORA

En atención a que en las pretensiones de condena, la parte convocante solicita el pago de daño emergente y lucro cesante, a título de indemnización plena del daño, procederá el Tribunal, por tratarse de obligaciones de dinero, a ordenar igualmente el pago de los intereses moratorios sobre cada una de las cifras mencionadas anteriormente así:

A. SOBRE EL VALOR DEL DAÑO OCASIONADO POR EL NO PAGO COMPLETO DE LA REMUNERACIÓN

Para este cálculo, el Tribunal tendrá en cuenta los ingresos dejados de percibir cada año por Git Masivo, registrados por el perito Strategas para los años 2010, 2011 (hasta el 16 de septiembre), 2015 y 2016, así como lo previsto en el numeral 8 del artículo 4 de la ley

²¹⁸ Esta cifra se obtiene de dividir los costos de los talleres externos para el año 2011 (\$27.120.798) por 365 días y multiplicarlo por 258

80 de 1993 según el cual “(s)in perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado”.

Para efectos de calcular los ingresos no recibidos entre el 1 de enero de 2011 y el 16 de septiembre de ese año, el Tribunal tuvo en cuenta los siguientes valores y realizó las operaciones que a continuación se relacionan:

- Se tuvo en cuenta la totalidad de los ingresos dejados de percibir por Git Masivo entre 1 de enero de 2011 y el 31 de diciembre de ese año, para lo cual se tomó el valor consignado en la tabla de la respuesta a la pregunta número 22.1 del dictamen rendido por la firma Strategas, visible a folio 53 de ese documento. Ese valor corresponde a \$24.982.383.673.
- Se consideraron igualmente, los ingresos dejados de percibir por Git Masivo entre el 16 de septiembre de 2011 y el 31 de diciembre de ese año, para lo cual se tomó el valor consignado en el cuadro contenido en la respuesta número 22.2 de esa misma experticia, obrante igualmente a folio 53. Esa cifra corresponde a \$15.413.035.296.
- Para calcular los ingresos obtenidos por el concesionario entre el 1 de enero y el 16 de septiembre de 2011, fecha en la que se suscribió el adicional número 1, al total de los ingresos obtenidos ese año (\$24.982.383.673) se sustrajo el valor de lo que el ccesionario dejó de percibir a partir del 16 de septiembre de 2011 (\$15.413.035.296), lo cual arrojó como resultado la suma de \$9.569.348.377.

Para calcular los intereses de mora, el Tribunal no tuvo en cuenta aquellos causados en el periodo comprendido entre el 16 de septiembre de 2011 y el 18 de diciembre de 2014, pues, como ya se indicó, ellos fueron objeto de transacción mediante el otrosí número 6.

Conforme a los anteriores criterios, el cálculo es el siguiente:

A	B	C	D	E	F	G	H	I	J	K
AÑO	INGRESOS AÑO (a diciembre)	TOTAL INGRESOS AL AÑO ANTERIOR (B año anterior + G año anterior)	IPC INICIAL (obtenido del DANE)	IPC FINAL (obtenido del DANE)	FACTOR ACTUALIZACIÓN (E/D)	CAPITAL HASTA EL AÑO ANTERIOR ACTUALIZADO (F*C)	DÍAS	TASA (DOS VECES EL INTERÉS LEGAL)	TASA DIARIA $((1+i)^{(1/365)} - 1)$	INTERESES
2010	\$10.765.442.161	\$0	102,0018	105,236512	1,031712222	\$0	N/A	12%	N/A	0
2011	\$9.569.348.377	\$10.765.442.161	105,2365	109,1574	1,037257867	\$11.166.539.577	258	12%	0,000310538	\$894.649.092
2012		\$20.735.887.954	109,1574	111,815759	1,024353447	\$21.240.878.310	0	12%	0,000310538	\$0
2013		\$21.240.878.310	111,8158	113,982542	1,019378154	\$21.652.487.322	0	12%	0,000310538	\$0
2014		\$21.652.487.322	113,9825	118,151658	1,036576794	\$22.444.465.898	13	12%	0,000310538	\$90.608.103
2015		\$22.444.465.898	118,1517	126,149449	1,067690891	\$23.963.751.792	365	12%	0,000310538	\$2.716.202.140

2016	\$39.574.102.469	\$23.963.751.792	126,1494	133,399773	1,057474084	\$25.341.046.470	365	12%	0,000310538	\$2.872.313.369
2017		\$64.915.148.939	133,3998	138,853985	1,040886217	\$67.569.283.773	365	12%	0,000310538	\$7.658.727.013
2018		\$67.569.283.773	138,854	142,674842	1,027517086	\$68.725.824.722	333	12%	0,000310538	\$7.106.873.800
TOTAL INTERESES										\$21.339.373.517

B. SOBRE LAS SUMAS DEJADAS DE PAGAR DEL TOTAL DE \$42.000.0000 ACORDADOS EN EL OTROSÍ NÚMERO 6, LOS INTERESES SE CALCULAN COMO SIGUE:

A	B	D	E	F	G	H	I	J	K	
AÑO	VALOR DEJADO DE PAGAR	IPC INICIAL (obtenido del DANE)	IPC FINAL (obtenido del DANE)	FACTOR ACTUALIZACIÓN (E/D)	VALOR ACTUALIZADO	DÍAS	TASA	TASA DIARIA $((1+i)^{(1/365)}-1)$	INTERESES	
2015	\$1.597.906.088	122,082356	126,149449	1,033314339	\$1.651.139.273	184	12%	0,000310538	\$94.344.359	
2016		126,149449	133,399773	1,057474084	\$1.746.036.990	365	12%	0,000310538	\$197.906.799	
2017		133,399773	138,853985	1,040886217	\$1.817.425.836	365	12%	0,000310538	\$205.998.459	
2018		138,853985	142,674842	1,027517086	\$1.867.436.099	152	12%	0,000310538	\$88.146.231	
TOTAL INTERESES										\$586.395.849

C. SOBRE LOS KILÓMETROS EN VACÍO

En este punto el cálculo de intereses se efectuará desde la notificación del auto admisorio de la demanda de reconvención (1 de diciembre de 2016) de conformidad con lo establecido en el numeral tercero del artículo 1608 del Código Civil, toda vez que por no tratarse de una obligación de las previstas en los numerales primero y segundo de esa norma, la constitución en mora se da con la notificación de la mencionada providencia. El cálculo es el siguiente:

A	B	C	D	E	F	G	H	I	J	K
AÑO	INGRESOS AÑO (a diciembre)	TOTAL INGRESOS AL AÑO ANTERIOR (B año anterior + G año anterior)	IPC INICIAL (obtenido del DANE)	IPC FINAL (obtenido del DANE)	FACTOR ACTUALIZACIÓN (E/D)	CAPITAL HASTA EL AÑO ANTERIOR ACTUALIZADO (F*C)	DÍAS	TASA	TASA DIARIA $((1+i)^{(1/365)}-1)$	INTERESES
2010	\$1.258.435.505	\$0	102,001808	105,236512	1,031712222	\$0	\$0	12%	N/A	0
2011	\$510.747.941	\$1.258.435.505	105,236512	109,1574	1,037257867	\$1.305.322.128	0	12%	0,000310538	\$0
2012		\$1.816.070.069	109,1574	111,815759	1,024353447	\$1.860.297.636	0	12%	0,000310538	\$0
2013		\$1.860.297.636	111,815759	113,982542	1,019378154	\$1.896.346.770	0	12%	0,000310538	\$0
2014		\$1.896.346.770	113,982542	118,151658	1,036576794	\$1.965.709.056	0	12%	0,000310538	\$0
2015	\$1.667.566.736	\$1.965.709.056	118,151658	126,149449	1,067690891	\$2.098.769.654	0	12%	0,000310538	\$0
2016	\$2.153.600.597	\$3.766.336.390	126,149449	133,399773	1,057474084	\$3.982.803.123	30	12%	0,000310538	\$37.104.322
2017		\$6.136.403.720	133,399773	138,853985	1,040886217	\$6.387.298.051	365	12%	0,000310538	\$723.976.479
2018		\$6.387.298.051	138,853985	142,674842	1,027517086	\$6.563.057.879	333	12%	0,000310538	\$678.679.729
TOTAL INTERESES										\$1.439.760.530

D. SOBRE LOS COSTOS POR UTILIZACIÓN DE TALLERES EXTERNOS

El cálculo de los intereses sobre los costos por utilización de talleres externos seguirá el mismo criterio establecido en el caso anterior para la fecha de contabilización de la mora, así:

A	B	C	D	E	F	G	H	I	J	K
AÑO	INGRESOS AÑO (a diciembre)	TOTAL INGRESOS AL AÑO ANTERIOR (B año anterior + G año anterior)	IPC INICIAL (obtenido del DANE)	IPC FINAL (obtenido del DANE)	FACTOR ACTUALIZACIÓN (E/D)	CAPITAL HASTA EL AÑO ANTERIOR ACTUALIZADO (F*C)	DÍAS MORA	TASA	TASA DIARIA $((1+i)^{(1/365)} - 1)$	INTERESES
2010		\$0	102,001808	105,236512	1,031712222	\$0	N/A	12%	N/A	0
2011	\$19.170.317	\$0	105,236512	109,1574	1,037257867	\$0	0	12%	0,000310538	\$0
2012		\$19.170.317	109,1574	111,815759	1,024353447	\$19.637.180	0	12%	0,000310538	\$0
2013		\$19.637.180	111,815759	113,982542	1,019378154	\$20.017.713	0	12%	0,000310538	\$0
2014		\$20.017.713	113,982542	118,151658	1,036576794	\$20.749.896	0	12%	0,000310538	\$0
2015	\$4.072.156.089	\$20.749.896	118,151658	126,149449	1,067690891	\$22.154.475	0	12%	0,000310538	\$0
2016	\$2.973.009.014	\$4.094.310.564	126,149449	133,399773	1,057474084	\$4.329.627.313	30	12%	0,000310538	\$40.335.382
2017		\$7.302.636.327	133,399773	138,853985	1,040886217	\$7.601.213.497	365	12%	0,000310538	\$861.569.280
2018		\$7.601.213.497	138,853985	142,674842	1,027517086	\$7.810.376.740	333	12%	0,000310538	\$807.663.816
TOTAL INTERESES										\$1.709.568.478

2.10.3. El restablecimiento del equilibrio económico

En lo que respecta a este concepto, el Tribunal advierte que no aparecen en los dictámenes periciales, cifras ciertas y determinadas que permitan establecer el valor de los efectos que para la actora tuvieron los eventos generadores de desequilibrio que quedaron reseñados en capítulos anteriores de esta decisión. Y si se observa el análisis efectuado por Strategas Consultores S.A. de los efectos que hubiese tenido el escenario precontractual de haberse dado exactamente igual a como fue concebido, se tiene que concluir que se trata de una hipótesis que impide al Tribunal acogerla como demostrativa de desequilibrios, pues recordemos que uno de los requisitos esenciales del daño es su certeza, lo cual no se desprende de los cálculos allí contenidos.

Por lo anterior, no se proferirá condena alguna en relación con los desequilibrios del contrato y se negará la prosperidad de la pretensión numerada como quincuagésima primera.

2.10.4. Sobre la pretensión quincuagésima segunda

En esta petición, el apoderado de la parte convocante solicita lo siguiente:

“Quincuagesimasegunda: Que se ordene a METRO CALI S.A. a cumplir los lineamientos legales y contractuales así como a estarse a lo dispuesto en el Laudo Arbitral hacia el futuro, particularmente pero sin que se limite a ello, a liquidar la Tarifa Técnica y a pagar la remuneración causada con posterioridad a la presentación de la reforma de la demanda arbitral del Concesionario de acuerdo con los parámetros indicados en el Laudo Arbitral”

El Tribunal entiende el contenido de esta pretensión como una solicitud expresa de que se ordene que la interpretación que en este laudo se ha precisado sobre la forma de calcular la tarifa técnica, sea adoptada por las partes para el periodo que resta del contrato. En ese sentido, y para evitar que entre Git Masivo y Metro Cali puedan surgir nuevas controversias sobre el mismo tema, el Tribunal accederá a esa pretensión, precisando adicionalmente, que en atención a que el dictamen pericial técnico fue rendido con cálculos hasta 31 de diciembre de 2016, la interpretación de la tarifa, y por ende el pago de la diferencia tarifaria, correspondiente a los años 2017 y 2018, igualmente debe ser efectuado por Metro Cali, utilizando para ese cálculo la fórmula de actualización contenida en el dictamen pericial financiero elaborado por la firma Strategas Consultores S.A., que obra como prueba en este expediente.

Por ello, y en la medida en que el laudo arbitral es un título ejecutivo conforme lo dispone la ley, en caso de ser necesaria la ejecución del mismo, la forma como deberán determinarse las sumas que no pudieron ser calculadas por el perito en este proceso, serán establecidas aplicando la fórmula que el mismo registró en su dictamen.

2.10.5. Conclusión

El total consolidado por concepto de capital y por concepto de intereses que habrá de plasmarse en la parte resolutive de esta providencia, es el siguiente:

CAPITAL	
El no pago completo de la remuneración	\$68.725.824.722
El no pago completo de las cifras acordados en el otrosí número 6	\$1.867.436.099
Kilómetros en vacío	\$6.563.057.879
Costo Talleres externos	\$7.810.376.740
TOTAL	\$84.966.695.439

INTERESES	
Intereses por el no pago completo de la remuneración	\$21.339.373.517
Intereses por el no pago completo de las cifras acordados en el otrosí número 6	\$586.395.849
Intereses por kilómetros en vacío	\$1.439.760.530

Intereses por costo talleres externos	\$1.709.568.478
TOTAL	\$25.075.098.373

3. LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA

Concluido como ha quedado el estudio de la demanda principal reformada, procederá a continuación el Tribunal a realizar el estudio de la demanda de reconvencción y de las excepciones propuestas respecto de ella, para lo cual igualmente ha hecho una valoración total e integral de las pruebas recaudadas durante el trámite. A efectos de resolver cada una de las pretensiones formuladas por Metro Cali, se abordará su estudio en el mismo orden en el que ellas fueron planteadas.

3.1. ESTUDIO DE LAS EXCEPCIONES DE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA Y POR PASIVA Y DE FALTA DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

Teniendo en cuenta que respecto de la reforma de la demanda de reconvencción, la parte convocante propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por activa y por pasiva, así como la ausencia de jurisdicción y competencia (parcial) de este Tribunal, por ser estos unos medios de defensa que tendrían la virtualidad de enervar la totalidad de las pretensiones, se procederá como primer paso, a efectuar su estudio.

i. La solicitud de la reconviniente

En la pretensión 2.4 de la demanda de reconvencción, la reconviniente, Metro Cali S.A., solicitó:

“2.4 DECLARAR que el demandado en reconvencción GRUPO INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO GIT MASIVO S.A. es responsable directo de los perjuicios ocasionados al Sistema Integrado de Transporte Masivo, al haber desconocido sus compromisos en términos de: (i) la diferencia entre la flota ejecutada y la flota requerida para el servicio del SITM-MIO y (ii) la diferencia entre los buses del TPC realmente reducidos y la obligación de dicha reducción”.

Ante esta pretensión, el demandado en reconvencción Grupo Integrado de Transporte Masivo Git Masivo S.A., se opuso en la contestación, así:

“Al numeral 2.4.- Me opongo por cuanto METRO CALI no tiene habilitación ni legitimación en la causa alguna para pretender los perjuicios causados “al Sistema Integrado de Transporte Masivo”, o para pretenderlos de GIT MASIVO.

Los únicos perjuicios indemnizables fueron ocasionados por los incumplimientos legales y contractuales de METRO CALI. Está solicitando la indemnización de perjuicios ocasionados a todos los agentes del Sistema, sin notar que el único que le ha causado perjuicio a todos estos es justamente METRO CALI.

Esta pretensión fue indebidamente acumulada con la siguiente como quiera que no puede pretenderse simultáneamente los perjuicios causados “al Sistema” en el que METRO CALI tiene una participación y los perjuicios causados a METRO CALI. Las pretensiones requieren doblemente el pago de idénticos perjuicios, solo que en este numeral agrega los presuntamente causados a los demás concesionarios.”

ii. Los argumentos de defensa de la convocada

En su contestación a la Demanda de Reconvención, el demandado en reconvención propuso la excepción de falta de legitimación por activa de Metro Cali S.A. y falta de legitimación por pasiva de Git Masivo S.A., así:

“FALTA DE LEGITIMACIÓN POR ACTIVA DE METRO CALI

Como quiera que METRO CALI ha optado por demandar de sus concesionarios las indemnizaciones que aquella está obligada a asumir, y los perjuicios del “Sistema” aun cuando METRO CALI sólo recibe una parte de la remuneración, la entidad carece de legitimación por activa para promover la reconvención.

Se aclara que esta excepción de mérito sólo tiene por objeto enervar la pretensión 2.4. de la demanda de reconvención reformada.

3.3. FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA DE GIT MASIVO

En el mismo sentido de lo ya expuesto, GIT MASIVO no tiene aptitud procesal para soportar las condenas promovidas.

Se aclara que esta excepción de mérito sólo tiene por objeto enervar la pretensión 2.4. de la demanda de reconvención reformada”

“3.4. FALTA DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

Según lo planteado en los dos numerales precedentes, si METRO CALI no cuenta con legitimación para promover reclamaciones “del Sistema” pues NO representa ni a los concesionarios de operación, ni a los de patios y talleres ni a la UTRYT como tampoco a los demás actores del sistema en la que, según su planteamiento, le atribuye a GIT MASIVO los perjuicios por valor de \$ 408.357.585.293, entonces no hay habilitación legal ni contractual para solicitarlos, aun siendo improcedentes.

No existe un pacto arbitral o por lo menos no ha sido aportado por METRO CALI, en la que se demuestre que tiene legitimación en la causa para actuar en nombre del SISTEMA incluyendo al propio GIT MASIVO, por lo que el Tribunal Arbitral carece de competencia para conocer de esta pretensión y de los hechos conexos a la misma.

Se aclara que esta excepción de mérito sólo tiene por objeto enervar la pretensión 2.4. de la demanda de reconvención reformada.”

iii. Consideraciones del Tribunal

Procede el Tribunal a analizar el problema jurídico planteado por las partes partiendo de la normatividad y el desarrollo jurisprudencial de la legitimación en la causa por activa y

por pasiva con el fin de establecer si las partes tienen o no la legitimación en la causa para que el Tribunal pueda fallar de fondo.

Marco legal de la legitimación en la causa

El artículo 278 del CGP define las clases de providencias que el juez puede dictar y específicamente dispone que puede proferir sentencia anticipada cuando se encuentre probada la carencia de legitimación en la causa, así:

“ARTÍCULO 278. C.G.P.— Clases de providencias. Las providencias del juez pueden ser autos o sentencias. Son sentencias las que deciden sobre las pretensiones de la demanda, las excepciones de mérito, cualquiera que fuere la instancia en que se pronuncien, las que deciden el incidente de liquidación de perjuicios, y las que resuelven los recursos de casación y revisión. Son autos todas las demás providencias. En cualquier estado del proceso, el juez deberá dictar sentencia anticipada, total o parcial, en los siguientes eventos: 1. Cuando las partes o sus apoderados de común acuerdo lo soliciten, sea por iniciativa propia o por sugerencia del juez. 2. Cuando no hubiere pruebas por practicar. 3. Cuando se encuentre probada la cosa juzgada, la transacción, la caducidad, la prescripción extintiva y la carencia de legitimación en la causa.”

Con relación al tema de la legitimación en la causa, la sección segunda del Honorable Consejo de Estado, sostuvo:

“(...) En reciente jurisprudencia, esta Corporación ha manifestado en cuanto a la legitimación en la causa, que la misma no es constitutiva de excepción de fondo sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable bien a las pretensiones del demandante, bien a las excepciones propuestas por el demandado. Así mismo, ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa, siendo la legitimación en la causa de hecho la relación procesal existente entre demandante legitimado en la causa de hecho por activa y demandado legitimado en la causa de hecho por pasiva y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma quien asumirá la posición de demandado; dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño. En un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, pues ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales; por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta formula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una

o a otra (...)"²¹⁹.

La Sala Plena de esa misma Corporación, sostuvo:

“La legitimación en la causa hace referencia a la posibilidad de que la persona formule o contradiga las pretensiones de la demanda, por ser el sujeto activo o pasivo con interés en la relación jurídica sustancial debatida en el proceso. Como se observa, las personas con legitimación en la causa, se encuentran en relación directa con la pretensión, ya sea desde la parte activa, como demandante, o desde la parte pasiva, como demandado (...)"²²⁰.

En sentencia posterior, la Sección Tercera de ese Tribunal definió lo siguiente:

"La legitimación en la causa es un elemento sustancial que corresponde a la calidad o al derecho que tiene una persona para formular o para contradecir las pretensiones de la demanda, como sujeto de la relación jurídica sustancial; de esta manera, la parte demandante tiene la posibilidad de reclamar el derecho invocado en la demanda -legitimación por activa- frente a quien fue demandado -legitimación por pasiva-. En ese sentido, se entiende que la primera (la legitimación por activa) es la identidad que tiene el demandante con el titular del derecho subjetivo quien, por lo mismo, posee la vocación jurídica para reclamarlo, al paso que la segunda (la legitimación por pasiva) es la identidad que tiene la parte accionada con quien tiene el deber de satisfacer el derecho reclamado.

Así las cosas, es deber del juez determinar si la parte accionante está legitimada para reclamar la indemnización del daño y si la entidad demandada es la llamada a responder por aquélla. Ante la falta de prueba sobre alguno de tales presupuestos, habrá lugar, indefectiblemente, a negar las pretensiones de la demanda."²²¹

A su turno, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, indicó que:

“La legitimación en la causa es condición indispensable para estimar la pretensión, razón por la cual, en lugar de inhibirse frente a su ausencia, el fallo debe desestimar el pedimento.

Se resalta su carácter estrictamente sustancial, es decir, su vinculación directa e ineludible con la exacta titularidad del derecho material discutido en el juicio sin la cual, como es obvio, no es posible hacerlo efectivo, razón por la que ha de ubicársele en los presupuestos materiales para la sentencia de fondo estimatoria de la pretensión y no en los presupuestos procesales de la acción como condiciones para el válido desarrollo de la relación procesal.

Por idéntica razón, la legitimación en la causa es doble: respecto de la pretensión procesal, es decir, el derecho autoatribuido reclamado en el juicio y el efectivamente radicado en el sujeto en virtud del derecho sustancial, de allí que sin titularidad sustancial no pueda existir legitimación en la causa.

²¹⁹ Consejo de Estado, sentencia de 25 de marzo de 2010, expediente 1275-08.

²²⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de unificación de jurisprudencia de 25 de septiembre de 2013, expediente 20.420.

²²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 1 de octubre de 2014. Expediente 33767.

La consecuencia obvia de tal postura es que la legitimación es condición del fallo estimatorio. Por esa vía, si no coinciden titularidad procesal (derecho autoatribuido en la pretensión) y derecho material (efectiva titularidad sustancial), habrá fallo de fondo pero desestimando la petición.”²²²

Desde el punto de vista de la doctrina, sobre la legitimación en la causa, el profesor Hernán Fabio López Blanco se ha pronunciado, así:

“Es por completo indiferente que quien tiene la calidad de parte esté asistido o no por el derecho sustancial, debido a que la misma surge del ejercicio del derecho de acción y éste no requiere necesariamente de aquel, aun cuando, si se persigue una actuación exitosa, es obvio que deberá también existir el mismo respecto de la parte que espera ser gananciosa, pero es éste ya un aspecto procesal diverso, el de la denominada legitimación en la causa, que para nada toca con el concepto de parte, ya que se puede ser parte sin tener la legitimación en la causa.(33), aspecto que con tino resalta Satta (34) cuando comenta que “quien demanda y por el solo hecho de demandar, afirma la propia legitimación, o sea póstula que el ordenamiento jurídico reconoce y tutela como suyo el interés que quiere hacer valer. Es por lo tanto, siempre parte y justa parte. Que si luego el juez dice que el interés que quiere hacer valer no es suyo, sino de otro, o que no está reconocido por el ordenamiento, su demanda será rechazada ni más ni menos que por esto, y no porque él aun siendo parte, no sea la justa parte””

Adicionalmente, el doctor López Blanco, cita con ocasión de este análisis una sentencia de la Corte Suprema, así:

“la Corte Suprema ha señalado que: “(...) la legitimación en causa, es el, el interés directo, legítimo y actual del “titular de una determinada relación jurídica o estado jurídico” (...) es cuestión propia del derecho sustancial, atañe a la pretensión y es un presupuesto o condición para su prosperidad” (fallo del 1 de julio de 2008, exp. 06291) y con antelación había señalado que “(...) “es cuestión propia del derecho sustancial y no del procesal, por cuanto alude a la pretensión debatida en el litigio y no a los requisitos indispensable para la integración y desarrollo válido de éste” (...), la “legitimatío ad causam” consiste en la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva)’ (...)” (Sentencia de 12 de junio de 2001, exp. 6060).”

Adicionalmente, sobre el artículo 278 del CGP, el mismo tratadista ha precisado lo siguiente sobre la sentencia anticipada:

“Dado que la redacción de la norma es imperativa para significar que, de darse cualquiera de los eventos señalados en los tres numerales, “deberá” el juez proferir la sentencia que corresponda de modo que si las parte o lo que es más frecuente, sus apoderados, quienes no requieren de especial habilitación del poderdante para presentar la solicitud, debido que la misma se presume dentro de las facultades del apoderado, es deber del juez decidir con el material probatorio que exista en el proceso y no podrá procrastinar su

²²² Corte Suprema de Justicia, SC1230-2018 de fecha 25 de abril de 2018.

decisión so pretexto de que antes decreta pruebas de oficio, debido a que la solicitud de las partes en tal sentido coarta esa posibilidad, puesto que lo que ellas quieren es un inmediato fallo que, insisto, deberá proferir el juez sin más, con base en el material probatorio existente en el expediente y sin necesidad de escuchar alegatos”.

Con base en lo anterior, el Tribunal considera que, según las disposiciones del Código General del Proceso y la jurisprudencia de las altas Cortes, la legitimación en la causa es un presupuesto procesal para emitir sentencia de fondo, y sobre el particular considera lo siguiente:

Al revisar el contrato de concesión suscrito entre Metro Cali y Git Masivo se observa, según sus consideraciones y como ya quedó resuelto, que la convocada es la sociedad gestora del sistema SITM MIO y que tiene a su cargo el desarrollo e implementación del mismo con una participación equivalente al siete por ciento (7%) de los ingresos del sistema.

En las definiciones del contrato de concesión en mención, se establece que el Sistema MIO es:

“Sistema MIO: Es el conjunto de recursos, infraestructura, predios, bienes, equipos, instalaciones, SIUR, Concesionarios de Operación de Transporte, usuarios, empresa gestora y fiducia, y demás agentes que conforman el Sistema Integrado de Transporte Masivo de Pasajeros de Santiago de Cali.”

Nótese que el concepto de “Sistema” es una figura utilizada en el contrato para describir el conjunto de bienes y de actores que integran y permiten toda la operación y prestación del servicio de transporte masivo, pero que no constituye un ente jurídico respecto del cual se pueda predicar representación y mucho menos cuando de una actuación judicial se trata.

Al analizar la pretensión 2.4. presentada por Metro Cali, el Tribunal encuentra que esta entidad, como ente gestor del sistema de transporte masivo de Cali, ha presentado la demanda de reconvención en contra de Git Masivo y pretende reclamar los supuestos perjuicios ocasionados por esta última a ese sistema.

Sin embargo, el “Sistema MIO” no es un sujeto de derechos ni está calificado por la ley como un ente capaz de actuar jurídicamente que permita predicar de él el sufrimiento de un daño, pues al no tener existencia como sujeto de derechos y obligaciones, las eventuales pérdidas que éste pueda sufrir se traducen en la realidad jurídica, en deterioros de los patrimonios de quienes lo integran. Obsérvese además que la definición contractual incluye *“recursos, infraestructura, predios, bienes, instalaciones”* y es claro

que esos bienes no pueden ser sujetos procesales como reclamantes de eventuales perjuicios.

En esos términos, y en atención a que la causación de los daños que en la reconvención se reclaman estaría jurídicamente radicada en cabeza de las personas que integran el mencionado sistema y que Metro Cali no es representante legal ni judicial de esos entes, se sigue que el cobro de perjuicios en nombre de la totalidad de los integrantes del sistema es efectivamente improcedente, y por ello se tiene que concluir que la excepción de falta de legitimación en la causa por activa propuesta respecto de la demanda de reconvención, debe prosperar parcialmente en la medida en que los únicos perjuicios que la reconviniendo puede exigir judicialmente, son aquellos que haya sufrido en su patrimonio y cuya ocurrencia demuestre procesalmente.

Recuérdese que la participación de Metro Cali en los ingresos del sistema corresponde solo al siete por ciento (7%), y por ello no puede reclamar perjuicios más allá de su propio derecho sustancial. El hecho de ser el ente gestor del sistema, no le da derecho ni legitimación en la causa, para reclamar los perjuicios que no afectan su patrimonio y que deberían ser reclamados por otros sujetos de derecho.

No se accederá, por el contrario, a declarar probada la excepción de falta de jurisdicción y competencia propuesta por Git Masivo en la contestación a la reforma de la reconvención, toda vez que ese medio de defensa se sustenta en los mismos argumentos expuestos para la falta de legitimación y en relación con los cuales el Tribunal considera suficiente precisar que la ausencia de legitimación de un sujeto, no implica que el juez carezca de jurisdicción o competencia, por cuanto aquella deviene de la titularidad que el accionante tiene de un derecho sustancial que considera afectado, mientras que las otras devienen de la falta de atribución legal o, en el arbitraje, de la ausencia de pacto arbitral. Así, el hecho de que el suscriptor de un convenio de arbitraje carezca de un derecho legítimo para reclamar, no significa que el Tribunal no lo pueda conocer la controversia.

Tampoco habrá de prosperar la excepción de falta de legitimación por pasiva pues, se insiste, el hecho de que el demandante carezca del derecho sustancial para reclamar, no conlleva de suyo que el demandado no pueda ser el llamado a responder.

3.2. LA EXISTENCIA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN – ESTUDIO DE LA PRETENSIÓN 2.1. DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA

Tal y como quedó expuesto en capítulo precedente, al analizar la pretensión que en igual

sentido formuló la convocante, el Tribunal concluyó que efectivamente entre las partes se celebró el contrato de cesión número 1 de 2008 para la prestación del servicio público de transporte masivo de pasajeros dentro del sistema de transporte masivo de Santiago de Cali, por lo cual, sin necesidades de mayores análisis, se accederá a la prosperidad de esa pretensión.

3.3. ESTUDIO DE LOS ALEGADOS INCUMPLIMIENTOS DE GIT MASIVO – PRETENSIÓN 2.2. DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA

En la pretensión 2.2. de la reforma de la reconvención, Metro Cali sostiene que Git Masivo incumplió gravemente el contrato de concesión al haber desconocido sus obligaciones en términos (i) de la diferencia entre la flota ejecutada y la flota requerida para el servicio y (ii) de la diferencia entre los buses de TPC realmente reducidos y la obligación de dicha reducción. Se procederá en consecuencia a analizar cada uno de esos incumplimientos, previo a lo cual, resulta necesario que el Tribunal efectúe una valoración sobre el contenido y alcance de la prueba denominada “*informe técnico de carácter financiero*”, por cuanto la misma constituye el fundamento probatorio esencial de las pretensiones que aquí se estudian²²³.

3.3.1. Valoración sobre los alcances probatorios del denominado “*informe técnico de carácter financiero*”

En primera instancia y para el análisis de este punto, el Tribunal tendrá en cuenta el marco legal de la prueba pericial y la prueba de informe con el fin de valorar según las reglas de la sana crítica el informe técnico de carácter financiero presentado por Metro Cali en la demanda de reconvención cuya solicitud de incorporación fue la siguiente:

“9.4 Informe Técnico:

9.4.1 *Para sustentar la posición de Metro Cali que se expresa a lo largo del presente escrito y desvirtuar los hechos y pretensiones de la demanda, me permito presentar el documento consistente en el **informe técnico de carácter financiero** elaborado por la doctora **JUANITA CONCHA RIVERA** Directora de Operaciones y su equipo técnico de trabajo sobre la determinación de los daños y la cuantificación de los perjuicios objeto de la estimación jurada.”*

A pesar de que la prueba fue presentada como un informe técnico de carácter financiero, al responder la demanda de reconvención, Git Masivo se refirió a este escrito como “dictamen pericial”, así:

²²³ Folio 33 y siguientes del cuaderno número 12.

“6.6. Contradicción del peritaje denominado Informe Técnico Financiero y careo

Sin perjuicio de la objeción a la estimación juramentada de la cuantía, solicito al Tribunal la comparecencia de la señora JUANITA CONCHA RIVERA, para que bajo la gravedad de juramento declare sobre su idoneidad e imparcialidad, así como sobre el contenido de su “Informe Técnico”, la señora Concha recibirá notificaciones en la Avenida Vásquez Cobo No 23 N – 59 de Cali.”

Con la contestación de la demanda de reconvención, Git Masivo aportó dos dictámenes periciales. Uno rendido por Cal y Mayor y Asociados y otro rendido por Strategas Consultores S.A. que tiene por objeto controvertir el documento elaborado por Juanita Concha Rivera.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal procede, en primer lugar, a revisar el marco legal de la prueba pericial y de informe.

3.3.1.1. LA PRUEBA PERICIAL

El Código General del Proceso en el artículo 226, aplicable al proceso arbitral por remisión del artículo 31 de la ley 1563 de 2012, dispone respecto de la prueba pericial que su objeto consiste en verificar hechos que interesen al proceso y que requieren especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. Ordena esa norma, que el mismo sea elaborado por un perito y exige que debe ser claro, preciso, exhaustivo y detallado; y en él se explicarán los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones.²²⁴

²²⁴ Artículo 226 del CCP: *“El perito deberá manifestar bajo juramento que se entiende prestado por la firma del dictamen que su opinión es independiente y corresponde a su real convicción profesional. El dictamen deberá acompañarse de los documentos que le sirven de fundamento y de aquellos que acrediten la idoneidad y la experiencia del perito.*

Todo dictamen debe ser claro, preciso, exhaustivo y detallado; en él se explicarán los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones.

El dictamen suscrito por el perito deberá contener, como mínimo, las siguientes declaraciones e informaciones:

- 1. La identidad de quien rinde el dictamen y de quien participó en su elaboración.*
- 2. La dirección, el número de teléfono, número de identificación y los demás datos que faciliten la localización del perito.*
- 3. La profesión, oficio, arte o actividad especial ejercida por quien rinde el dictamen y de quien participó en su elaboración. Deberán anexarse los documentos idóneos que lo habilitan para su ejercicio, los títulos académicos y los documentos que certifiquen la respectiva experiencia profesional, técnica o artística.*
- 4. La lista de publicaciones, relacionadas con la materia del peritaje, que el perito haya realizado en los últimos diez (10) años, si las tuviere.*
- 5. La lista de casos en los que haya sido designado como perito o en los que haya participado en la elaboración de un dictamen pericial en los últimos cuatro (4) años. Dicha lista deberá incluir el juzgado o despacho en donde se presentó, el nombre de las partes, de los apoderados de las partes y la materia sobre la cual versó el dictamen.*

Acorde con el desarrollo jurisprudencial, sobre la valoración del dictamen pericial, el Consejo de Estado, se ha pronunciado en los siguientes términos:

“La Sala, en oportunidades anteriores, se ha pronunciado acerca de los poderes del juez en la valoración del dictamen pericial [38]:

“Sólo al juez, en consecuencia, corresponde apreciar cuál es la fuerza de convicción que debe reconocerle al dictamen, sin que esté obligado a aceptarlo cuando no reúna los requisitos legalmente exigidos para su validez y eficacia. Una sujeción absoluta, inopinada y acrítica respecto de la pericia convertiría al juez en un autómatas y a los peritos en verdaderos decisores de la causa.

“Ahora bien, la doctrina ha sostenido que es necesario que el dictamen pericial, para ser apreciado por el Juez reúna una serie de requisitos de fondo o de contenido para poder ser valorado, entre ellos los siguientes:

‘f) Que el dictamen esté debidamente fundamentado. Así como el testimonio debe contener la llamada ‘razón de la ciencia del dicho’, en el dictamen debe aparecer el fundamento de sus conclusiones. Si el perito se limita a emitir su concepto, sin explicar las razones que lo condujeron a esas conclusiones, el dictamen carecerá de eficacia probatoria y lo mismo será si sus explicaciones no son claras o aparecen contradictorias o deficientes. Corresponde al juez apreciar este aspecto del dictamen y (...) puede negarse a adoptarlo como prueba si no lo encuentra convincente y, con mayor razón, si lo estima inaceptable. (...).

‘g) Que las conclusiones del dictamen sean claras, firmes y consecuencia lógica de sus fundamentos (...) puede ocurrir también que el juez no se encuentre en condiciones de apreciar sus defectos, en cuyo caso tendrá que aceptarla; pero si considera que las conclusiones de los peritos contrarían normas generales de la experiencia o hechos notorios o una presunción de derecho o una cosa juzgada o reglas elementales de la lógica, o que son contradictorias o evidentemente exageradas o inverosímiles, o que no encuentran respaldo suficiente en los fundamentos del dictamen o que están desvirtuadas por otras pruebas de mayor credibilidad, puede rechazarlo ...

‘h) Que las conclusiones sean convincentes y no parezcan improbables, absurdas o imposibles (...) no basta que las conclusiones sean claras y firmes, como consecuencia lógica de sus fundamentos o motivaciones, porque el perito puede exponer con claridad, firmeza y lógica tesis equivocadas. Si a pesar de esa apariencia, el juez considera que los hechos afirmados en las conclusiones son improbables, de acuerdo con las reglas generales de la experiencia y con la crítica lógica del dictamen, este no será convincente, ni podrá otorgarle la certeza indispensable para que lo adopte como fundamento exclusivo de su decisión ...

‘i) Que no existan otras pruebas que desvirtúen el dictamen o lo hagan dudoso o incierto. Es obvio que si en el proceso aparecen otras pruebas que desvirtúen las conclusiones del dictamen o al menos dejen al juez en situación

6. Si ha sido designado en procesos anteriores o en curso por la misma parte o por el mismo apoderado de la parte, indicando el objeto del dictamen.

7. Si se encuentra incurso en las causales contenidas en el artículo 50, en lo pertinente.

8. Declarar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de los que ha utilizado en peritajes rendidos en anteriores procesos que versen sobre las mismas materias. En caso de que sea diferente, deberá explicar la justificación de la variación.

9. Declarar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de aquellos que utiliza en el ejercicio regular de su profesión u oficio. En caso de que sea diferente, deberá explicar la justificación de la variación.

10. Relacionar y adjuntar los documentos e información utilizados para la elaboración del dictamen.”

de incertidumbre sobre el mérito que le merezca, luego una crítica razonada y de conjunto, aquél no puede tener plena eficacia probatoria’ ”[39].

En este orden de ideas, el dictamen pericial no puede ser considerado como una camisa de fuerza, sino que constituye un medio probatorio que debe ser analizado en los términos del artículo 187 del C. de P.C., a cuyo tenor:

“Artículo 187. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

*“El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”.*²²⁵

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia:

En efecto, el artículo 226 del Código General del Proceso prescribe que todo dictamen, para asignársele mérito demostrativo, debe cumplir con unas exigencias, que por su importancia frente al caso se destacan las siguientes: (i) ser claro, preciso, exhaustivo y detallado; (ii) explicar los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas; (iii) exponer los fundamentos técnicos y científicos de las conclusiones; (iv) incluir los datos de contacto del perito; (v) explicitar la profesión, oficio, arte o actividad que es ejercida por el experto, anexando los títulos académicos y la prueba de su experiencia; (vi) señalar los casos en que el perito ha participado y, en caso de haber aplicado técnicas diferentes a la considerada para el caso, indicar las razones para ello; y (vii) manifestar que no se encuentra en una situación que le impida actuar como perito.

*Sobre el punto, la Corte ha sostenido que toda peritación debe observar los requerimientos especiales antes enunciados, so pena que la decisión de admisión del mecanismo extraordinario no pueda soportarse en ella, y, por tanto, deba declararse prematura la resolución que se emita en sentido contrario (AC5405, 23 ag. 2016, rad. n° 2008-00324-01; AC7246, 25 oct. 2016, rad. 2012-00116-01; AC1641, 2 ab. 2014, rad. 2009-01202-01).*²²⁶

Para el Tribunal, es importante recordar que de conformidad con el artículo 232 del Código General del Proceso, el juez *“apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso”.*

En este punto el Consejo de Estado ha precisado²²⁷:

“3.5.1 Ha dicho la Sala que para que el dictamen pericial pueda tener eficacia probatoria se requiere que: (i) el perito informe de manera razonada lo que de acuerdo con sus conocimientos especializados sepa de los hechos; (ii) su dictamen sea personal y contenga conceptos propios sobre las materias objeto de examen y no de otras personas por autorizadas que sean, sin

²²⁵ CONSEJO DE ESTADO de - Sala Plena Contenciosa Administrativa - Sección Tercera. Sentencia N. º 19001-23-31-000-2002-02730-01, de 23 de noviembre de 2016.

²²⁶ Corte Suprema De Justicia. AC2017-2018. Radicación 54001-31-03-004-2013-00339-01. Auto del veintitrés (23) de mayo de dos mil dieciocho (2018).

²²⁷ Sentencia de la Sección Tercera del 29 de noviembre de 2017. Radicación número: 25000-23-26-000-2001-00218-01(30613)

perjuicio de que pueda utilizar auxiliares o solicitar por su cuenta el concurso de otros técnicos, bajo su dirección y responsabilidad; (iii) que el perito sea competente, es decir, un verdadero experto para el desempeño del cargo; (iv) que no exista un motivo serio para dudar de su imparcialidad; (v) que no se haya probado una objeción por error grave; (vi) que el dictamen esté debidamente fundamentado y sus conclusiones sean claras firmes y consecuencia de las razones expuestas; (vii) que sus conclusiones sean conducentes en relación con el hecho a probar; (viii) que se haya surtido la contradicción; (ix) que no exista retracto del mismo por parte del perito; (x) que otras pruebas no lo desvirtúen y (xi) que sea claro, preciso y detallado, es decir, que dé cuenta de los exámenes, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que de los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones”.

A la luz de lo anterior, encuentra el Tribunal que para que un documento pueda tener el alcance de dictamen pericial, tiene que consistir en una prueba especializada, elaborada por un tercero que cuenta con unos conocimientos específicos sobre una determinada ciencia, arte u oficio. Y si esa prueba cumple con las demás exigencias formales previstas en la ley, deberá adicionalmente estar exento de lo que la jurisprudencia ha calificado como error grave.

3.3.1.2. LA PRUEBA POR INFORME

De otra parte, se considera necesario revisar el marco conceptual de la prueba de informe con el fin de verificar las diferencias legales con la prueba pericial. El artículo 275 del Código General del Proceso define la procedencia de la prueba de informe y establece que éste debe versar sobre hechos, actuaciones, cifras o demás datos que resulten de los archivos o registros de quien lo rinde.²²⁸

²²⁸Artículo 275. *PROCEDENCIA.* A petición de parte o de oficio el juez podrá solicitar informes a entidades públicas o privadas, o a sus representantes, o a cualquier persona sobre hechos, actuaciones, cifras o demás datos que resulten de los archivos o registros de quien rinde el informe, salvo los casos de reserva legal. Tales informes se entenderán rendidos bajo la gravedad del juramento por el representante, funcionario o persona responsable del mismo.

Las partes o sus apoderados, unilateralmente o de común acuerdo, pueden solicitar ante cualquier entidad pública o privada copias de documentos, informes o actuaciones administrativas o jurisdiccionales, no sujetas a reserva legal, expresando que tienen como objeto servir de prueba en un proceso judicial en curso, o por iniciarse.

Artículo 276. *OBLIGACIÓN DE QUIEN RINDE EL INFORME.* El juez solicitará los informes indicando en forma precisa su objeto y el plazo para rendirlos. La demora, renuencia o inexactitud injustificada para rendir el informe será sancionada con multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv), sin perjuicio de las demás sanciones a que hubiere lugar.

Si la persona requerida considera que alguna parte de la información solicitada se encuentra bajo reserva legal, deberá indicarlo expresamente en su informe y justificar tal afirmación.

Si el informe hubiere omitido algún punto o el juez considera que debe ampliarse, o que no tiene reserva, ordenará rendirlo, complementarlo o aclarar lo correspondiente en un plazo que no superará la mitad de la inicial.

Artículo 277. *FACULTADES DE LAS PARTES.* Rendido el informe, se dará traslado a las partes por el término de tres (3) días, dentro del cual podrán solicitar su aclaración, complementación o ajuste a los asuntos solicitados.”

La doctrina también se ha pronunciado sobre las diferencias entre el dictamen pericial y la prueba de informe y la forma de valorar dichas pruebas:

“Es necesario distinguir el peritaje del informe técnico. El peritaje se rinde por una persona ajena. El informe lo rinde una autoridad, pero no sobre los vestigios ni evidencias del proceso, sino sobre información que tiene recaudada previamente. Se puede someter a contradicción, pero solo mediante solicitud de aclaración, complementación o ajuste, mas no se puede objetar por error grave.

El legislador previó en el Código General del Proceso (art. 275 a 277) que el informe es un medio de prueba autónomo, que tiene por objeto la averiguación de hechos, actuaciones cifras o demás datos que resulten de los archivos o registros de quien rinde el informe, salvo los casos de reserva legal”²²⁹

Por su parte, el profesor Ulises Canosa Suárez²³⁰, analiza el rechazo de la prueba de informe por ser inconducente para probar un determinado hecho, así:

“Según el artículo 168 el juez debe rechazar las pruebas ilícitas por violatorias de derechos fundamentales, las notoriamente impertinentes o irrelevantes por no tener relación con los hechos del proceso, las inconducentes por no ser idóneas para probar un determinado hecho y las manifiestamente superfluas o inútiles.”

(...)

15. PRUEBA POR INFORME: *Este medio de prueba, al tenor del artículo 275 del CGP, procede de oficio o a petición de parte, para que cualquier persona o entidad, pública o privada, suministre informes “sobre hechos, actuaciones, cifras o demás datos que resulten de los archivos o registros de quien rinde el informe, salvo los casos de reserva legal”[12].*

Cuando de lo que se trata es de verificar hechos que requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos y conlleven la realización de exámenes, experimentos o investigaciones para arribar a unas determinadas conclusiones, debe procurarse la prueba pericial, porque para estos eventos no es idónea, sino inconducente la prueba por informe.

(...)

El contenido del informe será apreciado por el juez de acuerdo con las reglas generales. Siempre será posible probar contra lo que dice el informe.”

Como se puede observar, desde el punto de vista legal y jurisprudencial la prueba pericial y la prueba de informe son diferentes, y dadas las características descritas para cada una de ellas, el Tribunal encuentra que el documento denominado **“informe técnico de carácter financiero elaborado por la doctora JUANITA CONCHA RIVERA Directora de Operaciones”**, en efecto, formalmente fue presentado por Metro Cali como una prueba de informe y no reúne las condiciones para ser considerado como un dictamen pericial, como expresamente lo reconoció el apoderado de la demandada en la audiencia de alegatos de conclusión. Téngase en cuenta que no se trata de una prueba elaborada por

²²⁹ Nattan Nisimblat. Derecho Probatorio Técnicas de Juicio Oral. Ediciones Doctrina y Ley.

²³⁰ Publicado en <http://jurisuniandes2012.blogspot.com/2012/07/11-articulo-pruebas-codigo-general-del.html>

un tercero con el objeto de demostrar unos hechos que requieren de una experticia que escapa al ámbito de conocimiento de los árbitros, como lo sería un dictamen pericial, sino que se trata de un documento elaborado por un grupo de funcionarios de la demandada, que por ende no puede ser calificado ni valorado como documento de terceros con los efectos que tiene la prueba pericial.

Ahora bien, estudiado el contenido de los artículos 275 y 276 del Código General del Proceso, se puede advertir incluso que la prueba por informe está prevista para que el Juez o las partes soliciten información a terceros respecto de hechos o circunstancias que no reposan en poder de los extremos de la litis, pues la lectura de esas disposiciones no permite avizorar que en ellas se haya establecido la posibilidad de que una de las partes solicite un informe a ella misma, o que incluso lo haga a su contraparte. Tampoco puede confundirse esta prueba, con la reglamentada en el artículo 195 del mismo código, toda vez que esta última, está prevista exclusivamente para que los representantes legales de las personas jurídicas de derecho público, que por ley no pueden confesar, rindan informe bajo juramento sobre las preguntas que puede formular su contraparte o el Juez, en sustitución de lo que sería una declaración de parte.

Debe advertirse adicionalmente que el denominado “*informe técnico de carácter financiero*” presentado por Metro Cali con la demanda de reconvencción, no cumple con el objeto previsto en el artículo 275 del Código General del Proceso toda vez que, no versa “*sobre hechos, actuaciones, cifras o datos que resulten de los archivos o registros de quien rinde el informe*”, sino que va más allá, y presenta una metodología a través de la cual Metro Cali llega a conclusiones que trascienden el objeto legal mismo de este tipo de prueba, en la medida en que su texto se acompaña de unos cálculos con los cuales se procesan unos datos a fin de construir unas conclusiones. Es importante precisar que conceptualmente la finalidad de la prueba de informe es que se suministre una información objetiva que reposa en los archivos del ente requerido y no que la parte que lo elabora lo utilice como prueba para demostrar, sobre la base de sus propias conclusiones y cálculos, los perjuicios que reclama de la otra.

La valoración detallada de ese documento²³¹ permite al Tribunal establecer las siguientes conclusiones respecto de su contenido:

- Que la directora de operaciones de Metro Cali elaboró el informe por solicitud del apoderado de la Entidad para este proceso²³².

²³¹ Folios 33 y siguientes del cuaderno número 12.

²³² Folio 33 del cuaderno número 12.

- Que ese informe fue elaborado por ella y por el equipo de la dirección de operaciones de Metro Cali, compuesto por cuatro funcionarios de esa entidad.²³³
- Que ese informe se elaboró para la reforma de la demanda de reconvención.
- Que si bien la reconviniendo lo califica como informe, en su texto mismo pareciera que se buscara darle el alcance de un dictamen pericial en la medida en que, por ejemplo, se expresa que ninguno de los funcionarios que participaron en su elaboración se encuentra incurso en las causales de exclusión de la lista de auxiliares de la justicia, previstas en el artículo 50 del Código General del Proceso.
234
- Que el objeto para el cual fue elaborado lo constituye la prueba de los parámetros sobre los que fundamenta el incumplimiento y la *“cuantificación de perjuicios causados por parte de GIT MASIVO”*.²³⁵
- Que más que reflejar la información objetiva que reposa en los archivos de la demandada, en él se acudió a unos cálculos para la cuantificación de los perjuicios, tal y como se explica en el capítulo denominado *“METODOLOGÍA”* del documento²³⁶.
- Que como consta en la última página de ese documento, su finalidad fue presentar *“el cálculo del perjuicio causado por los incumplimientos mencionados para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2015 y el 31 de diciembre de 2016”*²³⁷.

Corolario de lo anterior, es que el documento que se viene analizando tampoco se enmarca estrictamente en lo que sería la prueba prevista en los artículos 275 y 276 ya referidos, lo cual no obsta para que, como en efecto se hizo, en aplicación de lo previsto en el artículo 165 del Código General del Proceso, haya sido tenido como un medio de prueba dentro de este trámite.

Y corresponde entonces en esta etapa procesal efectuar su valoración y determinar cuál es el alcance probatorio que tiene, toda vez que el mismo ha sido invocado por la reconviniendo como prueba de los incumplimientos y de los daños que ésta le atribuye a Git Masivo.

Así, como quedó dicho, no nos encontramos ante un dictamen pericial ni tampoco ante una prueba por informe, sino que se trata de un documento elaborado por la reconviniendo para demostrar y cuantificar el perjuicio que se reclama del concesionario por los

²³³ Folio 33 del cuaderno número 12 (numeral primero del documento).

²³⁴ Folio 33 del cuaderno número 12 (numeral tercero del documento).

²³⁵ Folio 34 del cuaderno número 12.

²³⁶ Folio 35 del cuaderno número 12.

²³⁷ Folio 38 del cuaderno número 12

supuestos incumplimientos en que incurrió.

Esa circunstancia conlleva entonces a que el Tribunal no le pueda dar al documento el alcance probatorio que le otorga Metro Cali, en la medida en que (i) se trata de una prueba elaborada por ella misma para demostrar y cuantificar el incumplimiento y los daños que reclama, y (ii) no es el medio probatorio idóneo para demostrar unos perjuicios. Recordemos que constituye un principio universal del derecho probatorio, la imposibilidad de que una parte elabore su propia prueba y que el principio de la originalidad de la prueba exige de las partes el deber de acreditar ciertos hechos con el medio que sea más adecuado para ello.

Sobre el primero de esos principios, la Corte Suprema de Justicia, en reiteradas jurisprudencias ha sostenido lo siguiente:

“(...) a nadie le es lícito o aceptable preconstituir unilateralmente la probanza que a sí mismo le favorece, cuando con aquella pretende demostrar unos hechos de los cuales deriva un derecho o beneficio con perjuicio de la otra parte, pues ello sería tanto como admitir que el demandado, ‘mutatis mutandis’, pudiera esculpir su propia prueba, en franca contravía de granados postulados que, de antaño, inspiran el derecho procesal”²³⁸.

“(...) constituye principio de señalada importancia, que a ninguna parte le está dado fabricarse su propia prueba “Como lo enseñan elementales nociones de derecho probatorio —tiene dicho la Corte—, jamás la expresiones notoriamente interesadas de la misma parte pueden favorecerla, pues, en esencia, este medio de prueba únicamente ha de ponderarse por el fallador en cuanto contenga una verdadera confesión, o sea, sólo cuando aparezcan manifestaciones que lleguen a producir consecuencias desfavorables a quien las hace” (Sentencia 039 del 28 de marzo de 2003), de modo que si esas manifestaciones carecen de entidad para respaldar probatoriamente los hechos que sirven de presupuesto a la pretensión que el libelista pretendía deducir, ningún desvío probatorio conlleva que no se les considerara.”²³⁹

En relación con el segundo principio enunciado, la doctrina ha sostenido que el principio de originalidad “ayuda a determinar los medios más idóneos para la demostración de los hechos, de acuerdo a los distintos casos investigados. (...) Existen, por ejemplo, casos donde se requiere la opinión técnica de peritos, y resultaría inútil admitir a testigos, ya que ellos carecen de esos conocimientos necesarios para la determinación precisa de ciertas situaciones”.²⁴⁰

²³⁸ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 4 de abril de 2001. Expediente No. 5502, reiterada en sentencia de casación de 27 de junio de 2007.

²³⁹ Corte Suprema de Justicia S 8605-2016 de 27 de junio de 2016.

²⁴⁰ Ramírez Salinas Liza A. Principios Generales que Rigen la Actividad Probatoria. Revista La Ley -2005. Página 1037.

Se desprende de lo anterior que en la medida en que la reconviniante pretende demostrar los incumplimientos del concesionario así como el supuesto daño sufrido como consecuencia de ellos, con un documento elaborado por ella misma, resulta forzoso concluir que el documento carece de los alcances probatorios que la reconviniante aspira a imprimirle, y que con esa precisión, se procederá a estudiar las pretensiones de incumplimiento contenidas en la reconvención reformada, así como las consecuencias que de ella se desprenden.

3.3.2. La diferencia entre la flota ejecutada y la flota requerida para el servicio

En el alegato de conclusión el apoderado de Metro Cali, después de hacer mención a las previsiones contractuales relativas a la vinculación de flota, sostiene que *“Son claras las anteriores estipulaciones contractuales al asignarle a GIT como obligación expresa a su cargo poner a disposición del sistema los autobuses requeridos por Metro Cali para la operación del servicio, de acuerdo con la tipología de cada bus”*.

Como fundamento de esta pretensión, invoca el informe técnico elaborado por la funcionaria de Metro Cali Juanita Concha, para concluir que las cifras contenidas en ese informe demuestran el incumplimiento de Git Masivo en relación la obligación que aquí se analiza.

En efecto agrega que *“Si bien el informe técnico en materia de cuantificación de perjuicios distinguido con el número 914.102.1-196-2017, visible a folio 34 del cuaderno 12 fue sometido a una estricta contradicción en la audiencia en donde la señora Juanita Concha, su autora, rindió declaración como testigo, quedó indisputado el hecho relacionado específicamente con el comportamiento de GIT respecto de la relación de flota requerida frente a flota ejecutada, como quiera que los datos allí reflejados fueron tomados de la plataforma tecnológica del SITM – MIO, que brinda información de la cantidad de vehículos en estado de operación día a día, a la cual tiene acceso libre y mediante el mismo sistema GIT, generando certeza absoluta sobre que ese concesionario incurrió en incumplimientos en los meses de junio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2011, de enero a diciembre de 2012, de enero a diciembre de 2013, de enero a diciembre de 2014, de enero a diciembre de 2015, de enero a diciembre de 2016 y de enero a diciembre 2017”²⁴¹*.

Teniendo en cuenta que ese documento constituye la prueba con la que la reconviniante

²⁴¹ Página 4 del alegato de conclusión de la demanda de reconvención presentado por Metro Cali.

sustenta el incumplimiento de Git Masivo, procede el Tribunal a efectuar la valoración sobre su alcance, contenido y efectos.

En la reforma de la demanda de reconvención radicada el 31 de enero de 2017, en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, ante este Tribunal, se allegó un informe técnico de carácter financiero elaborado por el equipo de la Dirección de Operaciones de Metro Cali, liderado por Juanita Concha Rivera, de profesión Ingeniera Civil, en su calidad de Directora de Operaciones y los siguientes profesionales: Luis Felipe García Aladín “*Jefe de la Oficina de Control de Operación*”, Felipe Ortiz Rubiano “*Jefe de la Oficina de Evaluación de la Operación*”, Yesid Eduardo Tello “*Profesional Especializado de la Oficina de Control de la Operación*” y María Claudia Jiménez Riaño “*Profesional Especializado de la Oficina de Planeación de la Operación*”²⁴².

Obra igualmente en el expediente, un memorando de fecha 21 de enero de 2017, de Juanita Concha Rivera (Directora de Operaciones) para Gustavo Adolfo Jaramillo (Presidente de Metro Cali), cuyo asunto es: “*Cuantificación de Perjuicios causados por parte de GIT MASIVO*”, en el que le informa:

“En atención a la solicitud realizada por la Presidencia y la Secretaría General de Metro Cali S.A., el pasado 24 de enero de 2017, ponemos a consideración la estimación relacionada con los perjuicios causados por parte del Concesionario GIT MASIVO, cuya metodología, análisis y resultados fue revisado previamente con el apoderado de la Entidad, Dr. Jorge Enrique Crespo y el equipo de defensa judicial. (...)”

De lo anterior se evidencia que la Presidencia y la Secretaría General de Metro Cali solicitaron a la Dirección de Operaciones de esa entidad, la estimación de los perjuicios causados por parte del Concesionario Git Masivo.

En interrogatorio del 7 de marzo de 2018, rendido por Juanita Concha Rivera, en su calidad de Directora de Operaciones de la reconviniendo, manifestó:

“(...) DR. PABÓN: Bien. Usted está declarando hoy como perito que elaboró un dictamen para la cuantificación de perjuicios que reclama METRO CALI como consecuencia de unos incumplimientos que alega en los que incurrió GIT Masivo, revisado ese dictamen por el Tribunal se observa que digamos usted lo divide en 2 grandes temas o 2 grandes capítulos, que es el capítulo de no vinculación de la flota suficiente para atender las necesidades del servicio y el segundo gran capítulo es la no exclusión del transporte colectivo que competía con el transporte masivo. ¿Eso es correcto? DRA. JUANITA: Sí, más que capítulos dos grandes obligaciones incumplidas.

²⁴² Folio 33 del cuaderno número 12.

DR. PABÓN: La primera pregunta que le voy a hacer es: ¿Cuándo usted elabora ese dictamen usted qué cargo tiene en METRO CALI?

DRA. JUANITA: Directora de Operaciones.

(...)

DR. PABÓN: Muy bien. Si bien usted lo detalla en su dictamen digamos de manera muy sencilla muy clara, ¿cuál fue la metodología que usted utilizó para hacer ese dictamen?

DRA. JUANITA: Ok. Entonces la metodología son como dos parte tiene la metodología, la primera es la cuantificación de los perjuicios generales que ha tenido el sistema relacionados única y exclusivamente con la operación de transporte, por qué digo esto, porque los perjuicios los medimos en función de la demanda que se dejó de captar, esa demanda potencial que estaba establecida pero que se dejó de captar por mal servicio o porque estuviera la competencia, y por mal servicio me refiero a la falta de vinculación de la flota y de disponerla para la operación no solamente de vincularla sino que efectivamente disponerla para la operación y a mantener digamos la competencia de transporte colectivo que era una obligación también a cargo o que es una obligación a cargo del concesionario, entonces lo primero que hicimos fue esa estimación de la demanda dejada de percibir para esa estimación utilizamos digamos dos análisis, y hay una gráfica en el documento, que si puedo mostrarlo aquí me gustaría para explicar. Entonces lo que hicimos fue estimar esa demanda que se dejó de percibir por falta de servicios, y por qué aclaro esto, porque hay una demanda que se pasó a otros modos de transporte, hay unos pasajeros que compraron moto, unos pasajeros que compraron carro, digamos que hay dos factores importantes de la demanda de transporte público no en Cali sino en Colombia, digamos no en Colombia sino en el mundo, que se están llevando la demanda de transporte público que son el transporte individual, muy especialmente la moto, entonces esas digamos no lo consideramos como una demanda dejada de percibir por causas imputables al concesionario sino por tal vez por temas de política pública, tal vez del tema de la moto que es muy barata, por las razones que sean, pero en todo caso no por causas imputables al concesionario, entonces esa demanda la fuimos, la descontamos y quedó solamente la que se dejó por falta de servicio (...)

DR. FALLA: Listo. Quiero hacerle una pregunta, ¿usted por qué no expresó todas las condiciones del artículo 226 del Código General del Proceso, por qué no aportó sus hojas de vida, perdón por qué no aportó sus títulos profesionales, por qué no aportó sus títulos profesionales?(...)

DRA. JUANITA: No sé si se aportó o no, yo no armé la carpeta ni documentación, toda mi documentación la tiene METRO CALI y METRO CALI con su equipo armó la documentación, yo actualicé mi hoja de vida y un par de cosas, pero no armé la carpeta.

(...)

DR. FALLA: En la tabla número 1 de su peritaje, en la página 4 reverso del folio 35 cuaderno de pruebas número2, usted hace una afirmación, dice flota requerida, y al lado pone flota ejecutada, ¿listo?: ¿de dónde saca usted esa información, porque yo no veo en el peritaje ningún anexo donde usted diga la flota requerida es esta versus la flota ejecutada, de dónde saca usted el valor de la flota requerida?

DRA. JUANITA: La respondo igual a lo que dice el peritaje.

DR. FALLA: Pero dígame la fuente, ¿dígame de dónde saca usted el valor de la flota requerida?

DRA. JUANITA: Entonces, dice: Metodología. Para el cálculo de los valores y perjuicios se tomó como punto de partida el estudio de restructuración del MIO, Asesoría de Operación y Transporte para el sistema realizado por el Grupo Gestión en Tecnología GGT, dicho estudio definió los parámetros operacionales previstos en el sistema durante la implementación del proyecto

incluyendo la cuantificación de la demanda y la oferta requerida, basado en estos parámetros esto ayuda a responder su pregunta, y la real ejecución de la implementación de la infraestructura METRO CALI realizó la solicitud de flota para los concesionarios de transporte, entre ellos GIT Masivo, estas solicitudes quedaron realizadas a través de comunicaciones oficiales de METRO CALI a cada uno de los concesionarios de transporte, esas solicitudes oficiales están anexas al peritaje, consolidando esta información se generó el histórico de tabla requerida a los concesionarios mes a mes desde junio del 2010 hasta diciembre de 2016. Esa información se presentó en el dictamen. ¿Estoy respondiendo su pregunta?

(...)

DR. FALLA: ¿Entre otros?, o su valor. Yo quiero que usted me responda concretamente. EL valor dice junio del 2010, la flota requerida eran 138 vehículos, ¿esos 138 vehículos usted de dónde saca ese valor, de la flota requerida, de las cartas de que METRO CALI le pidió vehículos a GIT?

DRA. JUANITA: Sí, ya se lo leí.

DR. FALLA: ¿Y el valor, de la segunda tabla, la flota ejecutada, de dónde sale?

DRA. JUANITA: Del plan de la Secretaria de Movilidad quien controla, eso ya lo habíamos conversado, ya lo había dicho antes, la Secretaria de Movilidad, la autoridad de transporte de la ciudad, Tránsito y Transporte es quien controla los procesos de reducción de oferta, la Secretaria de Movilidad lleva un histórico.

DR. PABÓN: Sí, creo que la pregunta es sobre la flota.

DRA. JUANITA: Yo entendí la segunda tabla.

DR. FALLA: Flota requerida, 138, Flota ejecutada; ¿el valor de la flota ejecutada de dónde sale?

DRA. JUANITA: Del SIUR, de la fuente de información del SIUR.

(...)

DR. FALLA: Listo. Ahora me voy a ir a la tabla número 1 de peritaje, me voy a ir al año 2011, específicamente a los meses de abril, mayo, junio y julio donde usted dice que la flota requerida por METRO CALI, según lo que le entendí en su pregunta eran 138 buses, eran 139 buses, listo. ¿Por favor indíquenos dentro de los anexos que usted hizo, que usted aportó, en dónde está, viene diciendo que son 138 buses pasa a 139, en dónde está ese bus adicional, por favor nos lo puede indicar que no lo encontré dentro de los anexos en su peritaje?

DRA. JUANITA: El folder oficio de solicitud de flota.

DR. FALLA: Ok. ¿Por favor nos lo puede mostrar?, porque no lo encuentro.

(...)

DRA. JUANITA: Dice que la flota ejecutada 138, no es tan fácil de buscar, me toca un poquito como reconstruir la historia, pero lo podemos hacer. Yo les pediría que me permitan revisar muy despacio estas cosas porque son varias y pues un bus en un pajar.

DR. PABÓN: ¿Eso que significa, doctor Falla?

DR. FALLA: Ella alegó una conclusión, nos contestó que estaba por las órdenes dadas por METRO CALI. ¿Las aporó? No las encuentra porque no existe, no está aportada y no existe.

DR. PABÓN: En principio dejemos constancia de que no la encuentra porque no vamos a durar aquí hasta las 12 del día buscándola.

DR. FALLA: Señor Presidente, son 1,2,3,4,5,6,7,8,9,10,11,12,13,14,15,16,17 comunicaciones por referencia, no existen más durante toda la ejecución del contrato, no aportó absolutamente nada diferente, entonces le estoy haciendo una pregunta concreta y voy a seguir haciendo preguntas sobre esto.

(...)

DR. PABÓN: Pero contestemos la pregunta y ya después hace la aclaración. El apoderado de la parte Demandante ha hecho mención a que hay 17 comunicaciones de solicitud de flota, ¿de esas que usted revisó aparece ese

bus adicional que él pregunta o no?

DRA. JUANITA: No sé, no le podría decir exactamente porque pues son largas y además se modifican, me tocaría entrar a mirar aquí, mirar acá qué cambio, no sé, está allí, tiene que estar allí porque lo construimos a partir de esas cartas, pero no lo encuentro”.

Y después de un receso concedido por el Tribunal para que la declarante buscara los documentos solicitados, ésta manifestó:

“DR. PABÓN: O sea, ¿de lo que revisó no lo encontró?

DRA. JUANITA: No. (...)”

Así, advierte el Tribunal que la totalidad de los soportes en los que se fundamentaron las conclusiones del informe elaborado por la doctora Juanita Concha, en cuanto a requerimientos de flota se refiere, no fue aportada como soporte de su experticia ni, de la revisión efectuada a la prueba documental, aparecen allegados.

Por otro lado, la metodología adoptada en el informe en relación con el cálculo de la flota requerida y ejecutada por parte de Git Masivo, fue la siguiente:

“Para el cálculo de los valores de los perjuicios, se tomó como punto de partida el estudio de estructuración del SITM-MIO: “ASESORÍA EN OPERACIÓN Y TRANSPORTE PARA EL SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE DE SANTIAGO DE CALI - MIO” realizado por la empresa Grupo de Gestión y Tecnología S.A. (GGT). Dicho estudio definió los parámetros operacionales previstos para el SITM-MIO durante la implementación del proyecto, incluyendo la cuantificación de la demanda del Sistema y la oferta requerida.

Basado en estos parámetros y la real ejecución de la implementación de la infraestructura, Metro Cali realizó las solicitudes de flota a los concesionarios de transporte, entre ellos GIT MASIVO. Estas solicitudes fueron realizadas a través de comunicaciones oficiales de Metro Cali a cada uno de los concesionarios de transporte. Consolidando esa información, se generó el histórico de flota requerida a los concesionarios, mes a mes, desde junio de 2010 hasta diciembre de 2016. Esta información se presenta en la siguiente tabla, junto con la flota realmente ejecutada por el concesionario.”

“Tabla 1. Histórico de flota requerida y ejecutada del concesionario GIT MASIVO

AÑO	MES	FLOTA REQUERIDA	FLOTA EJECUTADA	AÑO	MES	FLOTA REQUERIDA	FLOTA EJECUTADA	AÑO	MES	FLOTA REQUERIDA	FLOTA EJECUTADA
2010	JUN	138	138	2013	ENE	296	257	2015	AGO	296	243
	JUL	138	138		FEB	296	254		SEP	296	240
	AGO	138	138		MAR	296	258		OCT	296	240
	SEP	138	138		ABR	296	256		NOV	296	236
	OCT	138	138		MAY	296	242		DIC	301	235
	NOV	138	138		JUN	296	225		ENE	301	241
	DIC	138	138		JUL	296	202		FEB	301	246
2011	ENE	138	138	AGO	296	160	MAR	301	242		
	FEB	138	138	SEP	296	125	ABR	301	252		
	MAR	138	138	OCT	296	145	MAY	301	254		
	ABR	139	138	NOV	296	147	JUN	301	251		
	MAY	139	138	DIC	296	142	JUL	301	248		
	JUN	139	138	ENE	296	172	AGO	301	235		
	JUL	139	146	FEB	296	185	SEP	301	234		
	AGO	196	190	MAR	296	164	OCT	301	230		
	SEP	196	193	ABR	296	145	NOV	301	232		
	OCT	196	193	MAY	296	107	DIC	301	229		
	NOV	206	196	JUN	296	86					
DIC	206	196	JUL	296	66						
2012	ENE	211	202	AGO	296	113					
	FEB	211	210	SEP	296	148					
	MAR	220	220	OCT	296	182					
	ABR	255	227	NOV	296	193					
	MAY	296	249	DIC	296	203					
	JUN	296	250	ENE	296	230					
	JUL	296	255	FEB	296	237					
	AGO	296	255	MAR	296	248					
	SEP	296	290	ABR	296	254					
	OCT	296	291	MAY	296	257					
	NOV	296	291	JUN	296	247					
	DIC	296	291	JUL	296	245					

Fuente: Elaboración propia a partir de archivos de registro de Metro Cali S.A. y plataforma tecnológica del SITM-MIO”

Al analizar el anexo contentivo de los soportes documentales de este informe, que hacen parte del acervo probatorio de este proceso arbitral, el Tribunal encuentra que: (i) la información registrada en la Tabla No 1 del informe no está soportada probatoriamente, ya que el anexo solo contiene 17 comunicaciones las cuales no están necesariamente relacionadas con la prueba de la alegada flota requerida por Metro Cali y (ii) la información registrada en la Tabla No.1 del informe de carácter financiero presentado por Metro Cali sobre la flota requerida y la flota ejecutada, no coincide con las comunicaciones emitidas por Git Masivo y Metro Cali y que fueron presentadas como soporte de éste en el anexo aportado.

Para mayor detalle, a continuación se hará una breve síntesis de las comunicaciones incluidas en el anexo y se cotejarán con los datos incluidos en la denominada Tabla No.1 del informe.

1. Comunicación del 26 de julio de 2007 de Metro Cali. a Git Masivo

En este documento Metro Cali le informa a Git Masivo que el cronograma de vinculación de la flota fue autorizado por la Junta Directiva y que se deberá efectuar el 15 de mayo de 2008. Sin embargo, se observa que la Tabla 1 “*Histórico de flota requerida y ejecutada del concesionario GIT MASIVO*” de la demanda de reconvencción, inicia desde el mes de junio de 2010, sin referirse a la comunicación en estudio, razón por la cual se infiere que Git Masivo S.A. debería cumplir con una

flota inicial de 138 autobuses.

2. Comunicación de Metro Cali a Git Masivo del 14 de mayo de 2008

En esta comunicación Metro Cali le informa a Git Masivo que se ve obligada a modificar la fecha programada para el 15 de mayo de 2008 de vinculación de flota y manifiesta que la nueva fecha de entrega de la flota sería entre 15 de octubre de 2008 y febrero de 2009, para lo cual, Metro Cali definirá la fecha de vinculación teniendo en cuenta la celebración del contrato de recaudo del sistema. Esta comunicación, nos permite confirmar que la flota requerida inicialmente era de 138 autobuses.

3. Comunicación del 20 de febrero de 2009 de Metro Cali a Git Masivo

Metro Cali le comunica a Git Masivo que adicione 8 autobuses a la flota, pero la comunicación no permite saber el valor de la flota requerida ni ejecutada, ni guarda relación con los datos de la Tabla 1 de la demanda de reconvención.

4. Comunicación de fecha 24 de mayo de 2011 de Metro Cali a Git Masivo

El 24 de mayo de 2011, Metro Cali solicita la vinculación al Sistema para el mes de noviembre de 2011 de 36 autobuses padrones para completar la totalidad de la flota de referencia. Al comparar esta información con la Tabla No 1 "*Histórico de flota requerida y ejecutada del concesionario GIT MASIVO*" que Metro Cali presentó en la demanda de reconvención, para el mes de mayo de 2011 la flota requerida era de 139 y la ejecutada era de 138, y en los meses anteriores, es decir, desde el mes de junio de 2010 hasta el mes de abril de 2011 la flota requerida y ejecutada coincide en 138 buses respectivamente.

5. Comunicación del 10 de noviembre de 2011 de Metro Cali a Git Masivo

En la adición del contrato les adjudicaron un total de 72 buses y Git Masivo debía presentar un cronograma de vinculación.

6. Comunicación del 10 de noviembre de 2011 de Metro Cali S.A. a Git Masivo

Mediante decreto se autorizó la vinculación de 127 buses y se informa que para el mes de noviembre faltaban por vincular 13 articulados y 11 padrones, al comparar esta información, con la Tabla 1 en mención encontramos que para el mes de

noviembre la flota requerida era de 206 y la ejecutada de 196.

7. Comunicación del 29 de agosto de 2011

Metro Cali advierte que, para agosto de 2011, Git Masivo ha vinculado 52 autobuses y advierte que falta por vincular 39 buses y en la tabla aparece que la flota requerida para el mes de agosto de 2011 eran 196 y la ejecutada 190. Es importante resaltar que la flota vinculada y la faltante en mención, además, es inferior a los 138 con los que aparece que debía empezar.

8. Comunicación de fecha 3 de enero de 2012 de Git Masivo a Metro Cali

En esta comunicación Git Masivo le informa a Metro Cali que al 4 de enero del 2012, tiene como una flota de 27 buses y que la reserva es de 12, y advierte que en marzo del mismo año se vincularían 42 adicionales, en abril 39 adicionales, en mayo 27 adicionales, para un total de una flota de 108 buses vinculados.

Esta cifra de 108 buses vinculados no coincide con la flota requerida ni ejecutada que se presenta en la Tabla 1 elaborada por Metro Cali S.A. en la demanda de Reconvención, en efecto, la Tabla 1 "*Histórico de flota requerida y ejecutada del concesionario GIT MASIVO*", pues lo que allí se indica, es que para enero de 2012 la flota requerida era de 211 y la flota ejecutada fue de 202, cifras que no coinciden con la comunicación en mención.

9. Comunicación del 31 de agosto de 2012 de Metro Cali S.A. a Git Masivo

En este documento Metro Cali informa que la flota requerida para el 15 de septiembre de 2012 debía ser de 301 buses, cifra que no corresponde con la contenida en el informe técnico de carácter financiero elaborado por esa entidad que a la fecha señala que la flota requerida para el mes de septiembre de 2012 era de 296 y la ejecutada era de 290.

10. Comunicación del 5 de marzo de 2012 de Metro Cali a Git Masivo

Consta en comunicación del 5 de marzo de 2012 en un documento de Metro Cali a Git Masivo en el que se indica que a 16 de febrero de 2012 habían sido vinculados 64 buses y se tenía pendiente por vincular 30 más. Según la Tabla 1 de la demanda de reconvención, la flota requerida era de 211 y la ejecutada era de 210.

El Tribunal encuentra que las cifras presentadas en la Tabla I “*Histórico de flota requerida y ejecutada del concesionario GIT MASIVO*” entran en contradicción con las comunicaciones cruzadas entre Git Masivo y Metro Cali a través de las cuales esta última solicitaba la vinculación de flota, informaba sobre los buses faltantes, o adicionaba la flota requerida, razón por la cual, no hay prueba que permita al Tribunal tener certeza sobre la flota requerida y ejecutada de la Tabla I y lo que realmente se pedía en las comunicaciones oficiales de Metro Cali.

Adicionalmente, al analizar el peritaje de Cal y Mayor y Asociados S.C. con el fin de apreciar las pruebas relacionadas con el incumplimiento de las partes, encontramos que en su texto se analiza la situación de la flota requerida por Metro Cali S.A., así:

“En primer lugar, es importante señalar que para determinar la flota requerida mensualmente por Metro Cali S.A. al concesionario GIT Masivo S.A. es necesario remitirse a los Programas de Servicios Operacionales (PSO) elaborados por el propio Ente Gestor. De hecho, es importante aclarar que no necesariamente toda la flota vinculada por el concesionario es efectivamente requerida por Metro Cali S.A. para operar en un determinado día, dado que las condiciones de demanda de pasajeros fluctúan entre los diferentes tipos de días y meses, y en ese orden de ideas el Ente Gestor ajusta en cada PSO la cantidad de flota requerida para atender eficientemente esas fluctuaciones en la demanda de pasajeros”

“Así, se consultaron todos los PSO enviados por Metro Cali S.A. al concesionario GIT Masivo S.A. entre junio de 2010 y diciembre de 2016 con el fin de determinar la flota realmente requerida por el Ente Gestor al concesionario para un día típico de cada mes. El resultado de esta consulta se presenta en la Tabla 9, resaltando que estos valores difieren considerablemente de los presentado por Metro Cali S.A. en la Tabla 1 del informe técnico financiero de la demanda de reconvención.”

*Por otro lado, para determinar la flota realmente ejecutada por el concesionario se consultaron los documentos de soporte para elaborar las actas de conciliación de kilómetros, donde se identifica cuántos vehículos operaron realmente durante el día y a partir de la información diaria se determinó el promedio mensual de vehículos pertenecientes a GIT Masivo S.A. que efectivamente operaron. Esta información también se presenta en la siguiente tabla, resaltando que nuevamente se encuentran diferencias considerables con respecto a la información presentada por Metro Cali S.A. en la Tabla 1 del informe Técnico financiero de la demanda de reconvención. Con base en las diferencias observadas entre la información presentada por Metro Cali S.A. y la consignada en los PSO y los archivos de soporte para las actas de conciliación de kilómetros, es posible concluir que el ENTE Gestor estimó **erradamente los parámetros para determinar el cumplimiento real del concesionario en términos de flota operativa sobre el total de flota requerida**”. (resaltado y negrilla fuera de texto)*

Dadas las diferencias entre la Tabla I del informe técnico de carácter financiero, los documentos allegados como prueba al expediente y el análisis del dictamen pericial rendido por Cal y Mayor y Asociados, el Tribunal encuentra que no existe certeza sobre

la flota requerida y realmente ejecutada que permita calcular o determinar el incumplimiento que sobre este tema es reclamado en la demanda de reconvención reformada. Existen diferencias encontradas en las comunicaciones ya mencionadas y se constatan las inconsistencias del informe técnico de carácter financiero presentado en la demanda de reconvención a la hora de calcular la flota requerida y ejecutada.

El Tribunal encuentra que además de las observaciones sobre el origen, pertinencia y utilidad del informe técnico, éste carece de los requisitos materiales para constituir plena prueba a la hora de probar el incumplimiento del compromiso de Git Masivo en términos de la diferencia entre la flota ejecutada y la flota requerida para el servicio del SITM-MIO, no hay una prueba suficiente con criterios y soportes coherentes que permitan definir con certeza cuál era la flota realmente requerida por Metro Cali. Los rangos de las flotas alegadas por Metro Cali sobre los cuales fundamenta el incumplimiento de Git Masivo no tienen un soporte que proporcione al Tribunal una certeza sobre su extensión o ámbito.

De todo lo anterior se colige que falla Metro Cali, al momento de probar del incumplimiento y la estimación de los perjuicios causados por parte del Concesionario Git Masivo, porque su prueba se basa en el denominado informe técnico y financiero que no cumple con los requisitos formales y materiales y las reglas de la sana crítica para cumplir con la carga de la prueba de los hechos por ella alegados en esta materia, y en consecuencia la pretensión aquí estudiada no puede prosperar.

3.3.3. La diferencia entre los buses del TPC realmente reducidos y la obligación de dicha reducción

Procede el Tribunal a analizar el problema jurídico planteado por las partes partiendo del marco legal y contractual previsto para calcular los vehículos a desvincular por parte del concesionario.

En el contrato de concesión No.1 suscrito en Metro Cali y Git Masivo, desde el objeto se acordó para la explotación del servicio público de transporte masivo del sistema MIO, lo siguiente:

“CLÁUSULA 1 OBJETO DEL CONTRATO

Otorgar en Concesión no exclusiva, conjunta y simultánea con otros Concesionarios, y exclusiva respecto de otros operadores de transporte público colectivo, la explotación del servicio público de transporte masivo del Sistema MIO al CONCESIONARIO, por su cuenta y riesgo, en los términos, bajo las condiciones y con las limitaciones previstas en el presente Contrato. Dicha Concesión otorgará al CONCESIONARIO: (i) el derecho a la explotación del Servicio Público de Transporte Masivo en las Rutas Troncales,

las Rutas Auxiliares y las Rutas Alimentadoras del Sistema MIO para las Fases 1 y 2, a través de la participación del CONCESIONARIO en los recursos económicos generados por la prestación del servicio, y (ii) el permiso de operación al CONCESIONARIO para la prestación del servicio público de transporte masivo en la ciudad de Santiago de Cali y su área de influencia dentro del Sistema MIO”

El proceso de reducción de oferta de transporte público se definió inicialmente en la Cláusula 58 del Contrato de Concesión No. 1, así:

“CLÁUSULA 58 CUMPLIMIENTO DEL COMPROMISO DE REDUCCIÓN OFERTA DE TRANSPORTE PÚBLICO COLECTIVO

Para que Metro Cali SA autorice la operación de cada autobús en el Sistema MIO, será responsabilidad del CONCESIONARIO solicitar a Metro Cali S.A. el certificado de operación, para lo cual, deberá poseer los demás certificados exigidos en el presente Contrato de Concesión, que acreditan el cumplimiento de los respectivos protocolos.

Será requisito indispensable para la autorización de la vinculación de cada autobús, que el CONCESIONARIO demuestre haber cumplido con el compromiso de reducción de oferta de transporte público colectivo que asumió con la presentación de su propuesta, de acuerdo con el Apéndice 7 Protocolo Legal.

58.1 Se establece el proceso de desintegración física total, para efectos del cumplimiento del compromiso de reducción de oferta de transporte público colectivo que el CONCESIONARIO asumió con la presentación de su propuesta. La reducción de oferta de transporte público colectivo se realizará de conformidad con las condiciones determinadas en el Contrato de Concesión, y de acuerdo con la solicitud de vinculación de flota.

58.2 Se entiende por reducción de oferta de transporte público colectivo, el compromiso asumido con la presentación de la propuesta que dio lugar a la suscripción del presente Contrato de Concesión. Así mismo, el procedimiento para su implementación, se hará conforme con lo estipulado en el Pliego de Condiciones, de la siguiente manera:

El proponente adjudicatario adquirió el compromiso de contribuir a la reducción de oferta de transporte público colectivo. Tal obligación puede cumplirse mediante alguna de las alternativas que adelante se detallan o una combinación de las mismas:

(...)

El compromiso de reducción de oferta de transporte público colectivo, se debe cumplir de acuerdo con la siguiente fórmula

$$D_j = \text{Redondear} \{FR_j \cdot (\sum B + B2_{pos}) \cdot \Delta dem + B1_{posj} \cdot Dem\}$$

D_j Número de vehículos a desvincular por el concesionario j. Para efectos de la reducción de la oferta de Transporte Público Colectivo de Santiago de Cali, se tomarán en cuenta la opción descrita en este numeral, literales (i), (ii), (m), (iv) (v) y (vi).

FR_j Porcentaje de vehículos a ingresar al Sistema MIO por parte del concesionario j de acuerdo con la flota de referencia.

$\sum B$ Número de vehículos incluidos en el Anexo 3.

B1_{posi} Vehículos ingresados al Sistema de Transporte Público de Cali con posterioridad a la Resolución 685 de 2004 de la Secretaría de Tránsito y Transporte por las empresas que forman parte del proponente y que no han sido desintegrados

B2_{posi} Vehículos ingresados al Sistema de Transporte Público de Cali con posterioridad a la Resolución 685 de 2004 de la Secretaría de Tránsito y Transporte por las empresas que no forman parte de los proponente adjudicatarios.

Dem Porcentaje de la demanda acumulada del sistema de viajes pagos en la ciudad

Δdem Porcentaje de la demanda de viajes pagos en la ciudad que ingresan al Sistema en cada Fase

Redondear Función que aproxima el resultado al entero más cercano

58.3 El cumplimiento de la obligación de hacer efectiva la eliminación de la oferta, en los términos previstos en la presente cláusula deberá acreditarse ante Metro Cali S.A.

Para que Metro Cali S.A. autorice la operación de cada autobús en el Sistema MIO, será responsabilidad del CONCESIONARIO solicitar a Metro Cali S.A. el certificado de operación, para lo cual, deberá poseer los demás certificados exigidos en el presente Contrato de Concesión.”

Tal y como lo establece la cláusula 58, será requisito indispensable para la autorización de la vinculación de cada autobús, que el concesionario demuestre haber cumplido con el compromiso de reducción de oferta de transporte público colectivo que asumió con la presentación de su propuesta, de acuerdo con el Apéndice 7 Protocolo Legal, así:

“El Protocolo Legal de Flota del Sistema MIO, consiste en una serie de pasos y procedimientos que el Concesionario debe seguir para obtener las certificaciones de las autoridades respectivas para la vinculación y habilitación de la flota en cumplimiento de la normas y requerimientos establecidas por la Ley.

(...)

“EL autobús a vincular al Sistema MIO que presente el Concesionario de Transporte, se considera legalmente apto para operar en el Sistema MIO, si cumple con los siguientes requisitos:

(...)

7. Acreditar a satisfacción que Metro Cali S.A., que ha cumplido con el Compromiso de Reducción de Oferta de Transporte Público Colectivo que el Concesionario asumió con la presentación de su Propuesta.

Adicionalmente, el Apéndice 4 del Contrato establece el proceso de reducción de oferta de Transporte Público Colectivo, precisando lo siguiente:

“Para el adecuado cumplimiento de la implantación del SITM se debe garantizar la reducción de la oferta de Transporte Público Colectivo de la Ciudad de Cali, el cual deberá adelantarse por cada etapa de implementación del SITM. Para ello se establece el siguiente procedimiento:

- 1. La Secretaria de Transito y Transporte Municipal ajustará la capacidad transportadora de las empresas de Transporte Público Colectivo, ajustándola a la cantidad de tarjetas de operación vigentes a la fecha. Cada ajuste siempre será reflejado en reducción de dicha capacidad transportadora.*
- 2. Determinación de la cantidad de vehículos a retirar del servicio de Transporte Público Colectivo para cada concesionario de transporte masivo, mediante la aplicación de la fórmula establecida en la CLÁUSULA 58 CUMPLIMIENTO DEL COMPROMISO DE REDUCCIÓN DE LA OFERTA DE TRANSPORTE PUBLICO COLECTIVO, del contrato de concesión.”*

Según el Anexo No.1 del Convenio Interadministrativo de utilización de vías y operación

del sistema integrado de transporte masivo de Cali suscrito entre Metro Cali S.A. y la Secretaria de Tránsito y Transporte, se definió un esquema de transición, así:

“(...) la Secretaría de Tránsito y Transporte, implementará un esquema de transición que permita la introducción del Sistema Integrado de Transporte Masivo (SITM), con la consecuente reducción de la sobreoferta existente de transporte colectivo en el Municipio.

Este esquema de transición está constituido por dos (2) etapas secuenciales, que se presentan a continuación:

Primera Etapa.- Ajuste de la estructura de permisos y rutas

(...)

Segunda Etapa.- Transición a partir de la adquisición de vehículos de transporte colectivo por Metro Cali S.A.(...)”

Y en el Otrosí No. 2 al mismo convenio interadministrativo de utilización de vías y operación del sistema integrado de transporte masivo de Cali suscrito entre Metro Cali S.A. y la Secretaria de Tránsito y Transporte, definieron el esquema de transición así:

“Proceso por el cual la Secretaría, se obliga a organizar la salida gradual de operación de los vehículos que operan el Servicio Público de transporte Colectivo en los Corredores y Metro Cali S.A. se obliga a ingresar en la misma gradualidad y equivalencia los vehículos del sistema masivo”

Y a continuación, desarrolla el objetivo y las etapas del esquema de transición:

“(...)

6.1. Objetivo del Esquema de Transición:

(...) la Secretaria, implementará un esquema de transición que permita la introducción del Sistema Integrado de Transporte Masivo (SITM), con la consecuente reducción gradual de la oferta existente de transporte colectivo en el Municipio.

(...)

6.2. Etapas del Esquema de Transición.

Este esquema de transición está constituido por dos (2) etapas secuenciales, que se presentan a continuación:

a. PRIMERA ETAPA- Ajuate de la estructura de permisos y rutas

(...)

b. SEGUNDA ETAPA- Transición a partir de la adquisición de vehículos de transporte colectivo por el SITM(...)”

La Secretaria de Tránsito y Transporte de Santiago de Cali expidió una serie de decretos a través de los cuales estableció la obligación de reducción de la oferta de transporte público colectivo, por medio de unas equivalencias, así:

En el Decreto 411.20.0302 del 15 de junio de 2011, la Secretaria de Tránsito y Transporte estableció las siguientes directrices para la fase I de implementación del sistema de transporte masivo:

“ARTICULO 9: Las equivalencias que se establecen para cada concesionario-operador del Sistema de Transporte Masivo de Santiago de Cali se obtienen de las condiciones dadas en los contratos de concesión de acuerdo con la definición de la reducción de la oferta de transporte público. A continuación, se indica la metodología de cálculo para las equivalencias que se aplicarán en el proceso de implantación de cada fase y que servirán como base legal para el cumplimiento de las capacidades transportadoras de las empresas de transporte público colectivo a través de la reposición, reemplazo y renovación de vehículos de Servicio Público de Transporte Masivo, descritos en el presente Decreto.

- Para cada Fase, se obtiene el número de Vehículos de Servicio de Transporte Público Colectivo a desvincular por cada concesionario, mediante la expresión del compromiso de reducción de oferta:

$$D_j = \text{Redondear} \{FR_j \cdot (\sum B + B_{2pos}) \cdot \Delta dem + B_{1posj} \cdot Dem\}$$

Con los valores encontrados para cada variable se determinan los valores D por operador en cada Fase

(...)

“ARTICULO 10. Los valores para el cálculo de la reducción de oferta de la Fase 1 establecidos mediante las consideraciones consignadas en este Decreto y el procedimiento descrito en el Artículo 9 son:

(...)

“Dj: Número de vehículos a desvincular por el concesionario j. Para efectos de la reducción de la oferta de Transporte Público Colectivo de Santiago de Cali en la Fase 1

OPERADOR	D FASE 1
GIT MASIVO S.A.	679

(...)

Equivalencias para la Fase 1:

OPERADOR	COMPLEMENTARIO	PADRON	ARTICULADO
Grupo Integrado de Transporte Masivo S.A. Git SA.	2,6	4,7	8,4

(...)

ARTICULO 11. Para proteger al usuario de transporte público y no generar un déficit de oferta en el Sistema de Transporte Público Colectivo de la Ciudad, y siendo consecuentes con los resultados del análisis de la sobre oferta de vehículos descritos en los considerantes del presente Decreto, se determina que la Fase 1, el compromiso de reducción de oferta de transporte público se cumplirá de manera gradual, así:

(...)

OPERADOR	D (NUMERO VEHICULOS A DESVINCULAR) FASE 1		
	PREVIO INICIO DE OPERACIÓN REGULAR	90 DIAS DESPUES DE INICIO DE OPERACIÓN	TOTAL
GIT MASIVO S.A.	441	238	679

(...)"

Mediante el Decreto 411.20.0458 del 24 de junio de 2011, se deroga el Decreto No. 411.020.04.425 de 2011 y se modifica los artículos 10 y 11 del Decreto 411.20.302 de 15 de junio del 2007 *“Por medio del cual se toman algunas medidas sobre reducción de oferta en el servicio de transporte público colectivo de pasajeros de la ciudad”*, y, en consecuencia, se modifican las equivalencias para la fase I teniendo en cuenta que se solicitó una adición de vinculación de 127 autobuses. Adicionalmente, se considera que los operadores de la concesión, y en particular Git Masivo S.A., han cumplido con la obligación de reducción de la fase I, así:

“(...) en pro del mejoramiento del servicio de transporte público de la ciudad lo que permite optimizar la operación del sistema, de donde se desprende que se requiere la vinculación de una flota de ciento veintisiete (127) autobuses

que fortalezcan la Fase I del Sistema MIO (...)"

"Que de acuerdo al acta de reunión del Comité de Movilidad llevado a cabo el 09 de junio de 2011, el Comité de movilidad emitió concepto técnico favorable para el ajuste y la modificación de la Fase I en lo correspondiente a la vinculación de una flota de vehículos del Sistema Integrado de transporte Masivo para mejorar las condiciones y calidades del servicio actualmente prestado, conforme se ha determinado en los estudios técnicos realizados para tal fin."

"Que de conformidad con lo aprobado por el Comité de Movilidad, se hace necesario establecer la flota de vehículos del SITM-MIO a vincular y actualizar los parámetros de reducción de la oferta de vehículos de transporte colectivo de la ciudad para la FASE 1 del Sistema Integrado de Transporte Masivo - SITM MIO, contenido en Decreto Municipal 411.0.20.0302 de junio 15 de 2007"

"Que en lo que corresponde al cumplimiento de la reducción de oferta de vehículos de transporte público colectivo de pasajeros de la ciudad por parte de los Concesionarios de Operación de transporte, según datos de la Secretaría de Santiago de Cali y con fecha de corte a 31 de mayo de 2011, se tiene el siguiente balance:

CERTIFICADOS ORIGINALES				
CONCESIONARIO	META	EJECUTADO	BALANCE	%
GIT MASIVO S.A.	679	853	174	126%

"d. El grupo Técnico de la Secretaria de Transito y transporte Municipal considera VIABLE el juste aprobado por el Comité de Movilidad en sesión de 9 de junio de 2011, relativo al incremento de ciento veintisiete (127) vehículos, que se destinarán exclusivamente a mejorar el servicio que actualmente se presta por el Sistema MIO, sin que lo anterior implique pasar a otra Etapa de operación.

(...)

Que en mérito de lo expuesto,

DECRETA:

ARTIUCLO SEGUNDO. - MODIFICAR el artículo 10 del Decreto 411.20.0302 de junio 15 de 2007, en cuanto a las equivalencias para la Fase 1 y el número de vehículos adicionales a desvincular por los concesionarios para efectos de la reducción de oferta de transporte público colectivo (...)

TIPOLOGIA	RELACIÓN DE CAPACIDAD GIT
ARTICULADO	10.4
PADRON	5.6
COMPLEMENTARIO	3.2

OPERADOR	VEHÍCULOS A DESVINCULAR DEL COLECTIVO ADICIONAL
GIT MASIVO S.A.	265

Mediante el decreto 411.20.0660 del 7 de julio de 2011 se modificó el artículo 2 del decreto 411.20.0458 de 2011 y se adicionó un párrafo precisando los plazos y porcentajes de vinculación de la nueva flota, y que ante el incumplimiento de la obligación de reducción de la flota se cancelarían las tarjetas de operación de los vehículos matriculados en la proporción del incumplimiento.

Mediante decreto 411.20.926 del 2 de noviembre de 2011 se permitió la vinculación de flota del SITM de Santiago de Cali para la operación de la troncal de Aguablanca, en noventa y dos (92) vehículos requeridos para la operación del masivo con sus 7 nuevas rutas, que cubrirán el Distrito de Aguablanca, con las siguientes equivalencias para el concesionario Git Masivo:

TIPOLOGIA	RELACIÓN DE CAPACIDAD GIT
ARTICULADO	10.4
PADRON	5.8
COMPLEMENTARIO	3.2

Mediante Decreto 411.0.20.0246 del 17 de abril de 2012 se autorizó la vinculación de la flota de referencia restante del SITM-MIO y se fijaron equivalencias para la reducción de oferta de transporte público colectivo de pasajeros de la ciudad de Santiago de Cali, precisando las de Git Masivo, así:

“9. Que conforme a los estudios realizados en materia de oferta en el Transporte Público Colectivo Urbano (TPCU) de la ciudad de Santiago de Cali, Metro Cali SA., presentó la propuesta de la operación del Sistema de Transporte Masivo (SITM) para la ciudad, donde estableció que debería operar novecientos once (911) autobuses para el SITM MIO en reemplazo del TPCU.

10. Que para el ingreso de dicha flota se estableció la gradualidad de la reducción de oferta del TPCU para el ingreso de la flota del SITM MIO, y a través del Derecho No. 411.20.0302 del 15 de junio de 2007, se estableció las equivalencias para la reducción de oferta del TPCU en la etapa inicial que representaba la reducción de un 46% del servicio (...) operación de la Fase I, de conformidad con lo aprobado y solicitado por el Comité de Movilidad el 1 de junio de 2011 y el concepto favorable No. 4152.013.0981 del 17 de junio de 2011, del Grupo Técnico de la Secretaría de Tránsito y Transporte Municipal. Que con esta medida quedan pendiente trescientos catorce (314) buses del SITM MIO para vincular la totalidad de la flota operativa presupuestada por METRO CALI S.A.

12. Que mediante Decreto No. 411.020.0926 de 2 de noviembre de 2011, se permitió la vinculación de noventa y dos (92) buses del Sistema MIO, para la operación de la Troncal de Aguablanca, (...) quedando pendiente con esta medida el ingreso de doscientos veintidós (222) buses del SITM MIO para cumplir con la totalidad de la flota del Sistema

13. Que de conformidad con el requerimiento de METRO CALI S.A. para complementar la implementación del Sistema Integrado de Transporte Masivo MIO, y la respectiva vinculación de la Flota Total para los contratos de operación, estableció la siguiente distribución, entre las operadoras:

FLOTA A VINCULAR (222 AUTOBUSES)					
CONCESIONARIO	ART	PAD	COM	TOTAL	%fr
GIT	12	48	10	70	32%

(...)

16. Que conforme las fórmulas establecidas para determinar los factores de

equivalencia para la vinculación de Flota del SITM MIO, se surtieron los siguientes procesos:

a) Se determinó en primera instancia unos factores de equivalencia provisionales para reducir 4.934 buses. Para ello se tomó el saldo de buses del colectivo por reducir, es decir a los 4934 buses se le restó lo reducido para la fase 1 (2263 veh.) también se le restó lo correspondiente al Decreto 0660 (905 veh.) y lo correspondiente al Decreto 0926 (596 veh.) quedando finalmente una cantidad de 1.170 vehículos del Transporte Público Colectivo para ser retirados del servicio de transporte en el municipio.

b) Se procedió a realizar la distribución equitativa de los 207 vehículos del TPCU que afectan la capacidad transportadora del municipio de Santiago de Cali pero que no hacen parte del proceso de reducción, toda vez que no se surtieron los procesos de censos establecidos por la Secretaría de Tránsito, entre los cuatro concesionarios de operación del SITM MIO. Para ello se realizó conforme al porcentaje de compromiso de cada concesionario para la vinculación de la flota total a vincular del SITM MIO (222 autobuses)

c) Para determinar la totalidad de la flota del TPCU a retirar del servicio se procedió a sumar los vehículos totales a reducir, es decir la suma proveniente de 1170 más 207 arrojando un valor de 1.377 vehículos del TPCU a ser retirado del servicio de transporte.

DECRETA:

“ARTÍCULO PRIMERO: AUTORIZAR el ingreso de los doscientos veintidós (222) vehículos restantes de la flota de referencia del Sistema Integrado de Transporte Masivo MIO de Santiago de Cali, distribuida por concesionario de la siguiente manera:

FLOTA A CINCULAR (222 AUTOBUSES)					
CONCESIONARIO	ART	PAD	COM	TOTAL	%fr
GIT	12	48	10	70	32 %

(...)

ARTÍCULO SEGUNDO: Las equivalencias que se establecen para cada Concesionario de transporte del Sistema de Transporte Masivo de Santiago de Cali para la vinculación de flota del Sistema MIO mencionada en el artículo primero del presente Decreto, se realizará conforme el siguiente cuadro:

EQUIVALENCIAS REDUCCIÓN DE OFERTA (1.377 BUSES)	
TIPOLOGIA	RELACION DE CAPACIDAD GIT
ARTICULADO	10.6
PADRON	6.3
COMPLEMENTARIO	3.9

(...)

PARAGRAFO 1º Conforme las anteriores equivalencias y la flota a vincular, se establecen para cada concesionario del Sistema de transporte Masivo de Santiago de Cali: (...)

FLOTA PARA REDUCIR (1377 BUSES)				
CONCESIONARIO	ART	PAD	COMP	TOTAL
GIT	127	304	39	470

Mediante Decreto 411.20.0373 de junio 7 de 2012 se modificó el decreto No. 411.0.20.0246 del 17 de abril de 2012, “por medio del cual se autoriza la vinculación de la flota de referencia restante del SITM-MIO y se fijan equivalencias para la reducción de oferta de transporte público colectivo de pasajeros de la ciudad de Santiago de Cali”,

considerando lo siguiente:

“1.- Que el Decreto NO. 411.0.20.0246 del 17 de abril de 2012, procedió a realizar la distribución equitativa de los 207 vehículos del Transporte Público Colectivo Urbano (TPCU) que afectaban la capacidad transportadora del municipio de Santiago de Cali entre los cuatro concesionarios de operación del SITM MIO para vincular los 222 autobuses, pero estos vehículos no hacen parte del proceso de la Reducción de Oferta, toda vez que no surtieron los procesos y requisitos establecidos por la Secretaria de Tránsito y transporte. Dentro de los requisitos exigidos a los propietarios de los vehículos era el de realizar el Censo de cada automotor físicamente, los cuales se realizaron en los años 2004 y 2005, a cargo de la Secretaria de Tránsito y transporte, quiere decir esto, que los propietarios de los vehículos que no realizaron la presentación física del automotor, no tienen, no tienen, ni tendrán derecho a futuro, a la Reducción de Oferta de los Operadores del Transporte Masivo MIO; por otra parte excede la capacidad de la Administración Municipal aumentar la carga financiera a los cuatro concesionarios (Operadores) de la operación del Sistema del Transporte Masivo MIO con la reducción de oferta de estos 207 vehículos.

(...)

4.- Que se hace necesario establecer unas nuevas equivalencias a aplicarse para el proceso de Reducción de la Oferta del Transporte Público Colectivo Urbano para la correspondiente vinculación de los vehículos del Sistema Integrado de Transporte Masivo MIO, sin tener cuenta los 207 vehículos que se incluyeron en el Decreto No. 411.0.20.0246 del 17 de abril de 2012. En mérito de lo expuesto,

DECRETA:

ARTICULO PRIMERO: MODIFICAR las equivalencias que se establecen para cada Concesionario de Transporte del Sistema de Transporte Masivo de Santiago de Cali para la vinculación de los 222 autobuses de la flota faltante del Sistema Integrado del Transporte Masivo MIO, para lo cual quedará conforme al siguiente cuadro:

EQUIVALENCIAS DE REDUCCIÓN DE OFERTA PARA VINCULACIÓN DE 222 AUTOBUSES SITM MIO	
TIPOLOGIA	RELACIÓN DE CAPACIDAD D GIT
ARTICULADO	9.6
PADRON	5.3
COMPLEMENTARIO	2.9

PARAGRAFO 1º. Conforme las anteriores equivalencias y la flota a vincular se establecen para cada Concesionario del Sistema de Transporte Masivo de Santiago de Cali, los vehículos de Transporte Público Colectivo Urbano a desvincular por cada operador, estableciendo las siguientes cantidades:

FLOTA PARA REDUCIR (1170 BUSES)				
CONCESIONARIO	ART	PAD	COM	TOTAL
GIT	115	257	29	401

Posteriormente, según el oficio No. 6 de 18 de diciembre de 2014, se modificó la cláusula 58 del contrato de concesión No. 1, en los siguientes términos:

"3.18. Sustitúyase la cláusula 58 del Contrato de Concesión, sobre el cumplimiento del compromiso de reducción de oferta de transporte público, con el siguiente texto:

CLAUSULA 58. CUMPLIMIENTO DEL COMPROMISO DE REDUCCIÓN DE OFERTA DE TRANSPORTE PÚBLICO COLECTIVO

Para que Metro Cali S.A. autorice la operación de cada autobús en el Sistema MIO, será responsabilidad del CONCESIONARIO solicitar a Metro Cali S.A. el certificado de operación, para lo cual, deberá poseer los demás certificados exigidos en el presente Contrato de Concesión, que acreditan el cumplimiento de los respectivos protocolos.

Para la autorización de la vinculación de cada autobús Metro Cali S.A. podrá exigir que el CONCESIONARIO demuestre haber cumplido con el compromiso de reducción de oferta de transporte público colectivo que asumió con la presentación de su propuesta, de acuerdo con el Apéndice No.7 Protocolo Legal.

58.1. Se establece el proceso de desintegración física total, para efectos del cumplimiento del compromiso de reducción de oferta de transporte público colectivo que el CONCESIONARIO asumió con la presentación de su propuesta. La reducción de oferta de transporte público colectivo se realizará de conformidad con las condiciones determinadas en el presente Contrato de Concesión, y de acuerdo con la solicitud de vinculación de flota.

58.2. Se entiende por reducción de oferta de transporte público colectivo, el compromiso asumido con la presentación de la propuesta que dio lugar a la suscripción del presente Contrato de Concesión. Así mismo, el procedimiento para su implementación se hará conforme con lo estipulado en el Pliego de Condiciones, de la siguiente manera:

El proponente adjudicatario adquirió el compromiso de contribuir a la reducción de oferta de transporte público colectivo. Tal obligación puede cumplirse mediante alguna de las alternativas que adelante se detallan o una combinación de las mismas:

- i. La desintegración física de los vehículos de Transporte Público Colectivo de Santiago de Cali, de acuerdo con el procedimiento que para el efecto establezca la Secretaria de Tránsito y Transporte del Municipio de Santiago de Cali, previa demostración oficial y concreta mediante certificación de la Secretaria de Tránsito y Transporte Municipal antes de vincular flota al Sistema MIO.*
- ii. La desintegración física de vehículos que se encuentran matriculados en cualquier parte del país, de acuerdo con el procedimiento que para el efecto establezca la Secretaria de Tránsito y Transporte del Municipio de Santiago de Cali, previa la demostración oficial y concreta mediante certificación de la Secretaría de Tránsito y Transporte Municipal de que los citados vehículos están en reemplazo de igual número de vehículos del Sistema de Transporte Público Colectivo en Santiago de Cali. Igualmente, debe demostrarse también de manera oficial y concreta, que los vehículos del Sistema de Transporte Público Colectivo en Santiago de Cali reemplazados hayan sido desvinculados del Sistema de Transporte Colectivo de la ciudad de Santiago de Cali, trasladados y se encuentren operando en otra ciudad, antes de vincular flota al Sistema MIO,*
- iii. La desvinculación de los vehículos pertenecientes al Sistema de Transporte Público Colectivo de Santiago de Cali, y su incorporación al Sistema MIO, previo el cumplimiento de las tipologías y requerimientos técnicos y tecnológicos exigidos por Metro Cali S.A.*
- iv. La desvinculación del Sistema de Transporte Público Colectivo de la ciudad de Santiago de Cali y su vinculación en otro municipio, lo cual deberá demostrarse de manera oficial y concreta mediante certificación de la Secretaría de Tránsito y Transporte Municipal.*
- v. La desvinculación del Sistema de Transporte Público Colectivo de la ciudad de Santiago de Cali y su cambio de radio de acción lo cual deberá demostrarse de manera oficial y concreta mediante certificación de la*

Secretaría de Tránsito y Transporte Municipal.

- vi. La desvinculación del Sistema de Transporte Público Colectivo de la ciudad de Santiago de Cali lo cual deberá demostrarse de manera oficial y concreta mediante certificación de la Secretaría de Tránsito y Transporte Municipal.

En el caso específico de la desintegración física, se deberá acreditar que se efectuó de acuerdo con la Resolución que para el efecto expida la Secretaría de Tránsito y Transporte del Municipio de Santiago de Cali.

El compromiso de reducción de oferta de transporte público colectivo, se debe cumplir de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$D_j = \text{Redondear} \{FR_j \cdot (\sum B + B2_{pos}) + B1_{posj}\} \cdot TO_{Canj-4} / TO_{tot}$$

D_j Número de vehículos a acreditar como reducción de oferta por el concesionario j en el mes i . Para efectos de la reducción de la oferta de Transporte Público Colectivo de Santiago de Cali, se tomarán en cuenta la opción descrita en este numeral, literales (i), (ii), (iii), (iv) (v) y (vi).

FR_j Porcentaje de vehículos a ingresar al Sistema MIO por parte del concesionario j de acuerdo con la flota de referencia.

$\sum B$ Número de vehículos incluidos en el Anexo 3.

$B1_{posj}$ Vehículos ingresados al Sistema de Transporte Público de Cali con posterioridad a la Resolución 685 de 2004 de la Secretaría de Tránsito y Transporte por las empresas que forman parte del proponente j y que no habían sido desintegrados a la firma del contrato.

$B2_{posj}$ Vehículos ingresados al Sistema de Transporte Público de Cali con posterioridad a la Resolución 685 de 2004 de la Secretaría de Tránsito y Transporte por las empresas que no forman parte de los proponente adjudicatarios.

TO_{tot} Las tarjetas de operación totales a cancelar pertenecientes a cada uno de los vehículos sujetos de reducción de oferta conforme a los parámetros $\sum B$, $B2_{pos}$ y $B1_{posj}$.

TO_{Canj-4} Cantidad acumulada de Tarjetas de Operación canceladas hasta 4 meses, antes del periodo i , pertenecientes a las tarjetas de operación conforme al parámetro TO_{tot} .

Redondear Función que aproxima el resultado al entero más cercano

PARAGRAFO 1: Las tarjetas de operación canceladas que cuenten con procesos legales que hayan suspendido el acto administrativo de cancelación o vehículos que tengan pendientes judiciales o administrativos. no serán contabilizados para el cálculo del parámetro TO_{Canj-4}

PARAGRAFO 2: Una vez firmado el contrato modificatorio el concesionario operador de transporte contará con ciento veinte (120) días calendario para ponerse al día con el cumplimiento del compromiso de reducción de oferta descrito en la presente cláusula.

PARAGRAFO 3: En el caso que el cupo del crédito DEBCA asignado a un concesionario en particular, no resulte suficiente para cumplir con la obligación calculada a partir de la fórmula del presente numeral. se recalculará la obligación considerando en el parámetro FR_j la flota vinculada por el concesionario y no la flota a vincular.

58.3. El cumplimiento de la obligación de hacer efectiva la eliminación de la oferta, en los términos previstos en la presente cláusula deberá acreditarse ante Metro Cali S.A.

Para que Metro Cali S.A. autorice la operación de cada autobús en el Sistema MIJ, será responsabilidad del CONCESIONARIO solicitar a Metro Cali S.A. el certificado de operación, para lo cual, deberá poseer los demás certificados exigidos en el presente Contrato de Concesión."

comunicó al concesionario Git Masivo S.A. lo siguiente sobre el compromiso de reducción de oferta según lo acordado en el otrosí No. 6 al Contrato de Concesión:

“Me permito dar respuesta a su petición relacionada con la aplicación de la cláusula 58 del Contrato de Concesión número 1 modificada por el Contrato Modificatorio número 6 del 18 de diciembre de 2014; dando alcance a las condiciones descritas por la entidad en el oficio número 914.3317.2015, recibido por ustedes el día 23 de septiembre del presente año”

En la comunicación 914.3327.2015 de fecha 21 de septiembre de 2015 enviada a Git Masivo, Metro Cali definió, sobre el plan de reducción de oferta, que del total de vehículos censados que cumplían con los requisitos para ser sometidos al proceso de reducción de oferta (4.945 vehículos), a Git Masivo S.A. le correspondía reducir 1.617 vehículos.

Procede el Tribunal a analizar el problema jurídico planteado por las partes partiendo de la normatividad, y lo pactado en el contrato de concesión, respecto del cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de Git Masivo, relacionadas con la vinculación de vehículos y la obligación de reducción de oferta, con el fin de verificar la fuente del incumplimiento del contrato y la responsabilidad de las partes.

Señala Metro Cali S en el informe técnico el siguiente soporte sobre la obligación de reducción de la oferta del TPC:

“Dado lo anterior, se determinó mes a mes, desde junio de 2010 hasta diciembre de 2016, el número de vehículos que el concesionario debió haber reducido según la flota que se le iba requiriendo, esto bajo el supuesto de eliminación inmediata de la sobreoferta del transporte público colectivo y la competencia del mismo, entendiendo que dicho pari passu debiera ocurrir al momento de vincular vehículos al SITM-MIO. A GIT MASIVO le corresponde reducir en promedio 5.4 vehículos del transporte colectivo por cada bus que vincule al SITM-MIO, resultado que se obtiene de dividir la responsabilidad de reducción de oferta del TPC para GIT MASIVO (1615 vehículos del transporte colectivo), entre el compromiso de vinculación de Flota del SITM-MIO de GIT MASIVO (301 vehículos de referencia). Este histórico de obligación de reducción consolidado se presenta en la siguiente tabla, junto con la real ejecución de la reducción.

Tabla 2. Histórico de Obligación de reducción de oferta del TPC y ejecución real del concesionario GIT MASIVO

AÑO	MES	OBLIGACION DE R.O	EJECUCION DE R.O	AÑO	MES	OBLIGACION DE R.O	EJECUCION DE R.O	AÑO	MES	OBLIGACION DE R.O	EJECUCION DE R.O			
2010	JUN	740	646	2013	ENE	1588	1157	2015	AGO	1588	1391			
	JUL	740	662		FEB	1588	1174		SEP	1588	1396			
	AGO	740	680		MAR	1588	1210		OCT	1588	1397			
	SEP	740	696		ABR	1588	1220		NOV	1588	1397			
	OCT	740	716		MAY	1588	1246		DIC	1615	1399			
	NOV	740	733		JUN	1588	1252		ENE	1615	1399			
2011	DIC	740	747	JUL	1588	1258	FEB	1615	1399	2016	MAR	1615	1399	
	ENE	740	756	AGO	1588	1258	ABR	1615	1399		MAY	1615	1399	
	FEB	740	774	SEP	1588	1259	MAY	1615	1399		JUN	1615	1399	
	MAR	740	793	OCT	1588	1259	JUN	1615	1399		JUL	1615	1399	
	ABR	746	803	NOV	1588	1260	AGO	1615	1399		SEP	1615	1399	
	MAY	746	815	DIC	1588	1262	SEP	1615	1399		OCT	1615	1399	
	JUN	746	849	2014	ENE	1588	1262	NOV	1615		1399	NOV	1615	1399
	JUL	746	867		FEB	1588	1275	DIC	1615		1399	DIC	1615	1399
	AGO	1052	877		MAR	1588	1281	JUN	1588		1333			
	SEP	1052	894		ABR	1588	1293	JUL	1588		1339			
	OCT	1052	906		MAY	1588	1326	AGO	1588		1348			
	NOV	1105	913		NOV	1588	1358	SEP	1588		1350			
2012	DIC	1105	922	OCT	1588	1356	OCT	1588	1356					
	ENE	1132	926	NOV	1588	1358	NOV	1588	1358					
	FEB	1132	936	DIC	1588	1359	DIC	1588	1359					
	MAR	1180	957	2015	ENE	1588	1359	ENE	1588	1359				
	ABR	1368	972		FEB	1588	1370	FEB	1588	1370				
	MAY	1588	992		MAR	1588	1378	MAR	1588	1378				
	JUN	1588	1011		ABR	1588	1382	ABR	1588	1382				
	JUL	1588	1030		MAY	1588	1385	MAY	1588	1385				
	AGO	1588	1045		JUN	1588	1388	JUN	1588	1388				
	SEP	1588	1071	JUL	1588	1388	JUL	1588	1388					
	OCT	1588	1103											
	NOV	1588	1116											
DIC	1588	1130												

Fuente: Elaboración propia con datos históricos de Reducción de Oferta validada por Secretaría de Tránsito y Transporte Municipal de Cali y Metro Cali”

En primera instancia, el Tribunal encuentra que la obligación de reducción del Transporte Público Colectivo (TPC) surge de lo que se pactó inicialmente en el contrato de concesión según lo previsto en la cláusula 58, el apéndice 7 y el anexo 4 y en concreto la fórmula prevista para tal efecto.

Según esa fórmula, el número de vehículos a desvincular es el resultado de seis (6) variables que están definidas contractualmente, y que dependen de las fases o etapas de implementación del SITM MIO.

En efecto, una de las variables de la fórmula establece que se debe tener en cuenta el porcentaje de la demanda de viajes pagos en la ciudad que ingresan al Sistema en cada Fase, así:

“ Δ dem Porcentaje de la demanda de viajes pagos en la ciudad que ingresan al Sistema en cada Fase”

Adicional a lo previsto en la fórmula, según el apéndice 4 del contrato, para el adecuado cumplimiento de la implantación del SITM se debe garantizar la reducción de la oferta de transporte Público Colectivo de la Ciudad de Cali por cada etapa de implementación del

SITM.

Como se puede observar, para el cálculo de los vehículos a desvincular por parte del concesionario, se deben tener en cuenta las fases I y II de implantación del sistema SITM MIO. Es importante señalar que en el contrato no se estableció un porcentaje de equivalencias entre el compromiso de vinculación de vehículos y el compromiso de reducción de oferta de transporte público colectivo.

No obstante lo anterior y de manera paralela, la Secretaría de Tránsito y Transporte de Santiago de Cali, estableció unas equivalencias mediante los ya citados decretos 411.20.0302 de 15 de junio de 2011, 411.20.0458 de 24 de junio de 2011, 411.20.926 de 2 de noviembre de 2011, 411.0.20.0246 de 17 de abril de 2012 y 411.20.0373 de junio 7 de 2012, sin tener en cuenta la naturaleza de las variables previstas en la fórmula de la cláusula 58 del contrato de concesión No. 1 suscrito entre las partes.

Posteriormente, Metro Cali y Git Masivo suscribieron el contrato modificadorio No. 6 (Otrosí No. 6) de fecha 18 de diciembre de 2014 y modificaron la cláusula 58 del contrato de concesión. Es importante resaltar que cambiaron dos (2) de las variables relacionadas con la demanda de pasajeros de la fórmula originalmente prevista en el contrato, y se incluyeron las siguientes variables:

“TOtot Las tarjetas de operación totales a cancelar pertenecientes a cada uno de los vehículos sujetos de reducción de oferta conforme a los parámetros $\sum B$, B2pos y B1posj.

TOCanj-4 Cantidad acumulada de Tarjetas de Operación canceladas hasta 4 meses, antes del periodo i, pertenecientes a las tarjetas de operación conforme al parámetro TOtot.”

Así, con esa modificación, la fórmula para calcular el número de vehículos a desvincular por el concesionario ya no depende de la demanda de viajes pagos según las fases de implementación del SITM MIO, sino de la cantidad de tarjetas de operación objeto de cancelación. Al igual que en la fórmula original del contrato de concesión, en el modificadorio No. 6 no se estableció un porcentaje de equivalencias entre el compromiso de vinculación de vehículos y el compromiso de reducción de oferta de transporte público colectivo. Las equivalencias fueron dadas mediante decreto de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Santiago de Cali.

Al analizar el informe técnico que se aporta como prueba de estos incumplimientos, el

Tribunal encuentra que Metro Cali determinó que al momento de vincular vehículos al sistema SITM MIO a Git Masivo le correspondería reducir en promedio 5.4 vehículos del transporte colectivo por cada bus que vincule al Sistema.

Sin embargo, el sistema de equivalencia calculado por Metro Cali no coincide ni siquiera con las equivalencias definidas por la Secretaría de Tránsito y Transporte Municipal mediante los decretos ya citados. En efecto, el sistema de equivalencia calculado por Metro Cali desconoce lo pactado originalmente en la cláusula 58 y también la modificación número 6 del contrato. De una parte, en la cláusula 58 del contrato de concesión se establece que el compromiso de reducción de oferta se debe hacer según las fases de implementación del SITM MIO, y de otra, en el otrosí No. 6 que modificó la cláusula 58 se define que la desvinculación de vehículos depende de las tarjetas a cancelar. En ningún parámetro contractual se establece porcentaje alguno de equivalencia entre el número de vehículos a vincular y las unidades a reducir.

Adicionalmente, al comparar el sistema de equivalencias contenido en el informe con el sistema de equivalencias definido mediante decretos por la Secretaria de Tránsito y Transporte, se observan diferencias en la forma de calcular los porcentajes para establecer la obligación de reducción.

Esa conclusión del Tribunal, coincide con lo advertido en el dictamen pericial elaborado por Cal y Mayor y Asociados S.C., en el que se hace un análisis sobre el cálculo de las equivalencias, concluyendo lo siguiente:

“Finalmente, cabe mencionar que las equivalencias obtenidas en cada decreto por la Secretaria de Tránsito y Transporte entre el compromiso de vinculación y reducción de oferta no se corresponden bajo ninguna circunstancia al valor general de 5.4 señalado por Metro Cali S.A. en la demanda de reconvención, motivo por el cual no se puede considerar éste valor como una referencia válida para calcular el cumplimiento del concesionario Git Masivo S.A. en su compromiso de reducción de oferta entre junio de 2010 y diciembre de 2014- fecha en la cual se suscribió el Otro Sí No. 6.

(...)

Es decir, en ningún caso el contrato de concesión y sus posteriores modificaciones determinan una equivalencia expresa entre la cantidad de vehículos del transporte público colectivo a ser reducidos por cada vehículo vinculado al sistema MIO por el concesionario. Por el contrario, la Cláusula 58 del Contrato de Concesión No. 1 de 2006 establece que el compromiso de reducción de oferta se debe determinar de manera integral por cada fase de implantación, mientras que la Cláusula 58 del otrosí No. 6 establece que el compromiso de reducción de oferta depende de la cantidad de tarjetas de operación canceladas por la Secretaría de Tránsito y Transporte. Por este motivo no se entiende cuál es el soporte contractual bajo el cual Metro Cali S.A. asume una equivalencia constante de 5.4 vehículos a reducir por cada

vehículo que vincule al sistema MIO el concesionario Git Masivo S.A. para determinar el compromiso de reducción de oferta del concesionario.”

En conclusión, el Tribunal considera que para efectos de poder establecer un incumplimiento como el que aquí se predica, es obligatorio tener en cuenta las definiciones previstas contractualmente para el cálculo de los vehículos a desvincular con el fin de establecer el contenido de los compromisos contractuales y, con base en esa determinación, verificar el cumplimiento de la obligación de reducción de la oferta de transporte público colectivo por parte de Git Masivo. Por ello, no es posible tener en cuenta como prueba el cálculo contenido en el informe de Metro Cali toda vez que, como se analizó anteriormente, éste no tiene un soporte contractual que permita demostrar el incumplimiento alegado, y tampoco tiene probada la metodología con base en la cual se calculó la equivalencia que, a su vez, no coincide ni siquiera con las equivalencias previstas en los decretos expedidos por la Secretaría de Tránsito y Transporte.

En los anteriores términos, tampoco puede abrirse paso la prosperidad de la pretensión aquí estudiada.

3.4. ESTUDIO DE LA SOLICITUD DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO, POR INCUMPLIMIENTO DE GIT MASIVO Y DE LAS RESTITUCIONES SOLICITADAS – PRETENSIONES 2.3. Y 2.9.

Síguese de las conclusiones expuestas en los acápites inmediatamente precedentes, que no existiendo prueba de los incumplimientos que la reconviniente atribuye a Git Masivo, tampoco resulta procedente la resolución del contrato solicitada en la pretensión 2.3. de la reconvención reformada ni las restituciones que le seguirían (pretensión 2.9.), en la medida en que la acción resolutoria, como quedó estudiado en otro capítulo de esta providencia, tiene como fundamento el incumplimiento del contratante, como lo ordena el artículo 1546 del Código Civil.

3.5. ESTUDIO DE LA DECLARATORIA DE RESPONSABILIDAD Y CONDENAS A CARGO DE GIT MASIVO – PRETENSIONES 2.4. A 2.8

Para todos es sabido que una declaratoria de responsabilidad contractual presupone la demostración por parte de la víctima de la existencia de un contrato, del incumplimiento de una obligación derivada de éste y de un daño que tiene como causa ese incumplimiento.

En los acápites que antecedieron el Tribunal concluyó que no aparecen demostrados los

incumplimientos que se le atribuyen a Git Masivo, por lo cual no hay lugar a acceder a la declaratoria de responsabilidad derivada de aquellos ni a las condenas que podrían seguirse.

Pero adicionalmente, y teniendo en cuenta que el daño se constituye en requisito esencial para que se abra paso una condena por responsabilidad, debe recordarse que el medio de prueba con el cual la parte reconviniendo pretendió demostrar los daños reclamados, lo constituyó un documento elaborado por ella misma, circunstancia que desde ningún punto de vista, puede ser demostrativa de la existencia de los perjuicios cuya indemnización se reclama.

Sobre este aspecto, el Tribunal comparte las conclusiones del Ministerio Público quien en su concepto señaló:

“De los incumplimientos pregonados en reducción del TPC y la vinculación de flota advierte que no se ha probado el perjuicio sufrido y que esta prueba resulta necesaria para establecer la cuantificación del mismo, la afectación en términos económicos y ello no puede ser un simple cálculo, el perjuicio debe ser cierto, determinado, preciso, claramente acreditado.

Sobre el incumplimiento contractual y la indemnización por los perjuicios irrogados, esto es el daño contractual se ha dicho por la jurisprudencia en materia de lo contencioso administrativo que:

‘Los perjuicios que pueda reclamar el acreedor al deudor por el incumplimiento de una obligación dineraria: El acreedor insatisfecho está legitimado para demandar judicialmente la indemnización por el incumplimiento del deudor, cuando tal incumplimiento le irroga daño y pueda probarlo. El deudor por su parte, está obligado a indemnizar los perjuicios reclamados de acuerdo con la naturaleza de los mismos y la vinculación causal de su incumplimiento con el daño experimentado por el acreedor. Ese daño debe ser cierto y su existencia establecer plenamente en el respectivo proceso. En otras palabras, los perjuicios que alega el acreedor y que reclama del deudor deben estar revestidos de plena certeza’²⁴³

Podemos concluir que de las pruebas examinadas y de la doctrina jurisprudencial que antecede que los perjuicios deben ser acreditados, que surja la obligación de reparación como consecuencia del incumplimiento de un contrato, es necesario acreditar en el proceso la existencia de los perjuicios que dicho incumplimiento ocasiono; ahora bien, Si bien, corresponde al juez la estimación de los perjuicios alegados por el acreedor también lo es que para ello requiere de su prueba y cuantificación, carga que incumbe al acreedor insatisfecho que debe acreditarlos plenamente (art. 167 del Código General del Proceso) y en el presente caso fueron estimados en la demanda y en el informe técnico se hace un cálculo, pero no se discriminan ni se demuestran plenamente, de suerte que lo que no aparece plenamente

²⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Bogotá D.C., veintiuno (21) de febrero de dos mil dos (2002), Radicación número 250002325001993-8674-01(14112)

probado no puede traer otra consecuencia diferente a desestimar las pretensiones en tal sentido (...).”

Así las cosas, y teniendo en cuenta que tampoco se demostraron los perjuicios cuya indemnización se reclama, la conclusión que de ello se sigue es que existe un argumento adicional para negar lo solicitado en las pretensiones 2.4. a 2.8 de la demanda de reconvención reformada.

3.6. SOBRE LAS EXCEPCIONES FORMULADAS RESPECTO DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA

Teniendo en cuenta que los capítulos precedentes llevan a la conclusión de que las pretensiones de incumplimiento y consecuenciales de la demanda de reconvención reformada no prosperan por ausencia de prueba de los incumplimientos y de los daños, el Tribunal queda relevado de tener que efectuar el análisis de las demás excepciones propuestas por Git Masivo, con la salvedad de lo estudiado en torno al tema de la falta de legitimación, y de la ausencia de jurisdicción y competencia.

4. JURAMENTO ESTIMATORIO

El artículo 206 del Código General del Proceso, modificado por el artículo 13 de la ley 1743 de 2014, dispone que si la cantidad estimada bajo juramento excediere en un 50% la que resulte probada, se condenará a la parte a pagar a favor del Consejo Superior de la Judicatura una suma equivalente al 10% de la diferencia entre la suma estimada y la probada. Dicha sanción será del 5% cuando quien estimó los perjuicios no los demuestre.

Dos son los supuestos que prevé la norma para la aplicación de la sanción; el primero consiste en que, probado el detrimento, éste sea inferior a la mitad de la suma estimada; y el segundo, que no se demuestre perjuicio alguno. En ambos casos se considera que el litigante ha sido desmedido en su reclamación, bien porque prueba menos de lo que pide o porque no prueba nada de su aspiración y, por ende, debe ser sancionado.

Al estudiar el artículo 206 antes mencionado, la Corte Constitucional, en sentencia C-157 de 2013, declaró la constitucionalidad condicionada de su parágrafo único “*bajo el entendido de que tal sanción por falta de demostración de los perjuicios, solo procede cuando la causa de la misma sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte*” y consideró que “*existe un escenario hipotético, relativo a una interpretación posible de la norma en el cual se podría sancionar a la parte pese a que su obrar haya sido diligente, cuando la decisión de negar las pretensiones obedece a hechos o motivos ajenos a la*

voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado, lo cual resulta desproporcionado”.

La anterior conclusión de la Corte Constitucional guarda relación con la exposición de motivos que dio lugar a la expedición del Código General del Proceso, oportunidad en la que se señaló que la institución que aquí se analiza fue creada con el fin de disuadir a las partes de formular demandas temerarias o altamente infundadas.

Así lo ha reconocido además la jurisprudencia, la que, en relación con el tema ha señalado:

“Frente a las sanciones previstas en el juramento estimatorio (artículo 206 de la Ley 1564 de 2012) la Corte ha dicho que estas tienen finalidades legítimas. Dichos objetivos versan sobre el deber de preservar la lealtad procesal de las partes y condenar la realización de demandas “temerarias” y “fabulosas” en el sistema procesal colombiano. Ha dicho además que estas están fundamentadas en la violación de un bien jurídico muy importante como es la eficaz y recta administración de justicia, que puede ser afectado a través de la inútil, fraudulenta o desproporcionada puesta en marcha de la Administración de Justicia.”²⁴⁴ (Subrayas fuera del texto).

De lo anteriormente expuesto, el Tribunal Arbitral concluye que la sanción prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso sólo resulta procedente en el evento en que se advierta que la estimación se realizó de manera temeraria. Por lo demás, dicha sanción no será aplicable cuando la decisión de negar o conceder las pretensiones en un menor valor al estimado obedezca a motivos ajenos a la voluntad de la parte, y a pesar de su obrar leal y diligente.

Precisado lo anterior, conviene revisar lo acontecido en el presente caso, a fin de determinar si procede o no la sanción que aquí se viene estudiando.

En relación con la demanda reformada de Git Masivo, las pretensiones principales no prosperan en su totalidad en razón a que no se accedió a la resolución del otrosí número 6, mas no a una ausencia o falta de demostración de los daños, motivo por el cual no hay lugar a aplicar la sanción.

En lo que se refiere a la demanda de reconvención reformada, si bien las pretensiones de condena no prosperan por falta de demostración del daño, no encuentra el Tribunal acreditada una conducta temeraria por parte de la reconviniendo, como tampoco se

²⁴⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-067 del 17 de febrero de 2016. Expediente D-10874.

observa descuido, negligencia o incuria en el actuar de su apoderado, que la haga merecedora de la penalidad.

5. COSTAS

De conformidad con lo previsto en el inciso primero del artículo 365 del Código General del Proceso y toda vez que las pretensiones de la demanda principal prosperan parcialmente, no así las pretensiones de la demanda de reconvención, el Tribunal encuentra procedente condenar en costas a la parte convocada en proporción a un 80%, para lo cual deberá tenerse en cuenta que los gastos y honorarios fueron pagados en igual proporción por ambas partes, con excepción del dictamen pericial cuyo pago correspondió a la convocada.

En relación con las agencias en derecho, el Tribunal atendiendo los criterios establecidos en el numeral cuarto del artículo 366 del Código General del Proceso estima procedente fijarlas en la suma de \$150.000.000.

Por lo anterior, la condena por costas y agencias en derecho será el siguiente:

Gastos de pericia	\$2.000.000
Honorarios perito	\$35.000.000
IVA honorarios perito	\$6.650.000
Honorarios y gastos del Tribunal	\$3.571.532.920
TOTAL COSTAS	\$3.615.182.920
80% de las costas	\$2.892.146.336
Más agencias en derecho	\$150.000.000
Menos pagado por Metro Cali	\$1.829.416.460
COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO A FAVOR DE GIT MASIVO	\$1.212.729.876

VIII. SOBRE LA CESIÓN DE DERECHOS LITIGIOSOS

Teniendo en cuenta que mediante documento de fecha 15 de julio de 2016, Gitl Masivo cedió a Fiduciaria Bancolombia como representante del contrato de fiducia mercantil número 9291, el 70% de las resultas económicas de este proceso, el Tribunal reconoce la existencia de ese documento, no obstante lo cual, las condenas se preferirán en favor de la convocante, por haberse acordado entre cedente y cesionario que no existirá sucesión procesal.

IX. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal de Arbitraje convocado para dirimir las controversias surgidas entre el **GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A.** de una parte, y **METRO CALI S.A.** de la otra, administrando justicia, por habilitación de las partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Respecto de la demanda principal reformada

PRIMERO: Declarar no probadas las excepciones de “caducidad”, “falta de legitimación en la causa”, “hecho de un tercero”, “ausencia de solidaridad”, “imposibilidad jurídica de que el Tribunal pueda modificar el régimen obligacional del contrato”, “inexistencia de condiciones constitutivas de desequilibrio económico del contrato”, “incumplimientos atribuibles a la demandante eximentes de responsabilidad respecto de Metro Cali” y “Compensación” planteadas respecto de la demanda principal reformada.

SEGUNDO: Declarar parcialmente probadas las excepciones de “transacción” “renuncias voluntarias de derechos con efectos jurídicos obligatorios” y “cosa juzgada” planteadas respecto de la demanda principal reformada.

TERCERO: Acceder a la pretensión primera de la demanda principal reformada y 2.1. de la demanda de reconvención reformada y en tal sentido declarar que el Contrato de Concesión No. 1 del 15 de diciembre de 2006 celebrado entre **GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A.** y **METRO CALI S.A.**, existe y se encuentra actualmente en ejecución.

CUARTO: Acceder a la pretensión segunda de la demanda principal reformada y, en ese sentido, declarar que el Contrato de Concesión No. 1 de 15 de diciembre de 2006, celebrado entre **GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A.** y **METRO CALI S.A.** fue predispuesto por esta última entidad.

QUINTO: Acceder a la pretensión tercera de la demanda principal reformada y, en ese sentido, declarar que **METRO CALI S.A.** tiene posición contractual de dominio dentro del Contrato de Concesión No. 1 del 15 de diciembre de 2006.

SEXTO: Acceder a la pretensión cuarta de la demanda principal reformada y, en ese sentido, declarar que **METRO CALI S.A.** es el gestor y titular del Sistema MIO y en tal condición, debe adelantar las actividades de gestión, planeación y control de ese sistema, que permitan a **GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A.** el desarrollo de la actividad de transporte masivo urbano de pasajeros y su explotación económica, en los términos y con el alcance definidos en el objeto del Contrato de Concesión No. 1 de 2006.

SÉPTIMO: Acceder a la pretensión quinta de la demanda principal reformada y, en ese sentido, declarar que **METRO CALI S.A.** está obligada a poner a disposición de **GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. – GIT MASIVO S.A.** la infraestructura física y tecnológica necesaria que permita la utilización de las rutas troncales, auxiliares y alimentadoras, para adelantar la operación del servicio público de transporte masivo.

OCTAVO: Acceder a la pretensión sexta de la demanda principal reformada y, en ese sentido, declarar que **METRO CALI S.A.** está obligada a entregar en administración a **GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. – GIT MASIVO S.A.**, los patios y talleres definitivos.

NOVENO: Acceder parcialmente a la pretensión séptima de la demanda principal reformada y, en ese sentido, declarar que **METRO CALI S.A.** incumplió el contrato al no atender las siguientes obligaciones pactadas en el modificatorio número 6: (i) adoptar las medidas necesarias para revisar y ajustar el Contrato de Concesión No. 1 de 2006 de acuerdo con las recomendaciones y resultados del estudio contratado por el Departamento Nacional de Planeación; (ii) ajustar la tarifa técnica para el año 2016, así como para los años siguientes a la presentación de la reforma de la demanda hasta la expedición del Laudo Arbitral; (iii) pagar de forma completa los valores pactados a favor de Git Masivo en la proporción que le correspondía de los \$42.000.000.000 girados por la Alcaldía de Cali; (iv) gestionar oportunamente el pago de las sumas previstas en el numeral 3.40.3. del Otrosí No. 6; (v) gestionar oportunamente los sesenta pesos (\$60) por la diferencia entre la tarifa técnica y la tarifa al usuario pactados transitoriamente para los meses enero a agosto y octubre del año 2015 y (vi) no cumplir con el cronograma previsto para la entrega de infraestructura necesaria para el sistema.

DÉCIMO: Acceder a la pretensión undécima de la demanda principal reformada y, en ese sentido, declarar que **GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. – GIT MASIVO S.A.** tiene derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada, en la forma prevista en la parte considerativa.

UNDÉCIMO: Acceder a la pretensión duodécima de la demanda principal reformada y, en ese sentido, declarar que **METRO CALI S.A.** incumplió las obligaciones legales y contractuales a su cargo asociadas al Contrato de Concesión No. 1, al no liquidar ni remunerar completa y oportunamente al **GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A., - GIT MASIVO S.A.**, por no liquidar la tarifa técnica conforme a los parámetros aplicables.

DUODÉCIMO: Acceder a la pretensión decimotercera de la demanda principal reformada y, en ese sentido, declarar que **METRO CALI S.A.** incumplió las obligaciones legales y contractuales a su cargo al no actualizar la tarifa técnica.

DECIMOTERCERO: Acceder a la pretensión decimocuarta de la demanda principal reformada y, en ese sentido, declarar que **METRO CALI S.A.** incumplió las obligaciones legales y contractuales a su cargo, al no informar el valor correcto de la tarifa técnica a la autoridad competente para la fijación de la tarifa al usuario.

DECIMOCUARTO: Acceder a la pretensión decimoquinta de la demanda principal reformada y, en ese sentido, declarar que **METRO CALI S.A.** está obligado a *“tramitar diligentemente las apropiaciones presupuestales que se requieran para solventar las obligaciones económicas que surjan a su cargo en desarrollo del presente Contrato de Concesión”* de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 10.7. del contrato.

DECIMOQUINTO: Acceder a la pretensión decimosexta de la demanda principal reformada y, en ese sentido, declarar que **METRO CALI S.A.** incumplió su obligación de tramitar y gestionar los recursos necesarios para asumir los valores no cubiertos por los ingresos de tarifa al usuario.

DECIMOSEXTO: Acceder a la pretensión decimoséptima de la demanda principal reformada y, en ese sentido, declarar que **METRO CALI S.A.** incumplió su obligación de informar adecuadamente al Alcalde Municipal de Santiago de Cali y a la Secretaria de Tránsito y Transporte, los valores de actualización de la tarifa técnica para tramitar la actualización de la tarifa al usuario y para incluir recursos necesarios para asumir los valores no cubiertos por los ingresos de tarifa al usuario.

DECIMOSÉPTIMO: Acceder a la pretensión segunda subsidiaria de la pretensión décima principal de la demanda principal reformada y, en ese sentido, declarar inexistente la transacción contenida en la cláusula octava del contrato adicional No. 1 suscrito entre **METRO CALI S.A.** y **GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A.**, el 16 de septiembre de 2011.

DECIMOCTAVO: Acceder parcialmente a las pretensiones subsidiaria a la decimoctava y subsidiaria a la vigesimoséptima y en ese sentido, declarar que la no implantación del Sistema MIO, en los términos proyectados, constituye un evento ajeno y no imputable a **GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A.** que desequilibró el contrato de concesión No. 1 y que **METRO CALI S.A.** está obligado a restablecer.

DECIMONOVENO: Acceder parcialmente a la pretensión decimonovena de la demanda principal reformada, y en ese sentido, declarar que **METRO CALI S.A.** incumplió sus obligaciones legales y contractuales en materia de construcción y entrega oportuna de infraestructura del Sistema MÍO, en los términos expuestos en la parte considerativa.

VIGÉSIMO: Acceder parcialmente a la pretensión decimonovena subsidiaria de la demanda principal reformada, y en ese sentido declarar que la no construcción y entrega oportuna de infraestructura del Sistema MÍO es un evento ajeno y no imputable al **GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A.** que rompió el equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 1, el cual debe ser restablecido por **METRO CALI S.A.**

VIGÉSIMO PRIMERO: Acceder a la pretensión subsidiaria a la vigésima de la demanda principal reformada, y en ese sentido, declarar que el hecho de que **GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A.** no haya podido acceder a la prioridad prevista del transporte masivo sobre el transporte público colectivo (TPC) y la sobreposición de rutas son eventos ajenos y no imputables al concesionario, que rompieron el equilibrio económico del contrato de concesión No.1, el cual debe ser restablecido por **METRO CALI S.A.**

VIGÉSIMO SEGUNDO: Acceder a la pretensión segunda subsidiaria a la vigesimoprimera de la demanda principal reformada y, en ese sentido, declarar que la falta de retiro oportuno del transporte público colectivo (TPC) y la prestación paralela de medios ilegales de transporte público (paralelismo y piratería), constituyen eventos ajenos y no imputables al **GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A.**,

que rompieron el equilibrio económico del contrato de concesión No.1, el cual debe ser restablecido por **METRO CALI S.A.**

VIGÉSIMO TERCERO: Acceder a la pretensión subsidiaria a la vigesimosegunda de la demanda principal reformada y, en ese sentido, declarar que los inconvenientes técnicos del sistema integrado único de recaudo (SIUR) constituyen un evento ajeno y no imputable al **GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A.** que rompieron el equilibrio económico del contrato de concesión No.1, el cual debe ser restablecido por **METRO CALI S.A.**

VIGÉSIMO CUARTO: Acceder a la pretensión vigesimoquinta de la demanda principal reformada, y en ese sentido declarar que **METRO CALI S.A.** está obligada a asumir los riesgos que le son atribuibles legal y contractualmente y a adoptar las medidas conducentes para obtener el restablecimiento del equilibrio económico del contrato de concesión No. 1, cuando alguno de los riesgos a su cargo afecte la economía del contrato.

VIGÉSIMO QUINTO: Acceder parcialmente a la pretensión vigesimosexta de la demanda principal reformada, y en ese sentido, declarar que **METRO CALI S.A.** tiene a su cargo los riesgos de disponibilidad de infraestructura, implantación y variación de tarifa, con la precisión efectuada en la parte motiva de esta providencia.

VIGÉSIMO SEXTO: Acceder a la pretensión vigesimooctava de la demanda principal reformada y, en ese sentido, declarar que el riesgo de demanda es la contingencia que consiste en la eventual disminución o aumento en el número de los viajes que constituyen pago en el Sistema MIO que inciden en el número de kilómetros programados y recorridos frente a los que fueron estimados por el Concesionario, al momento de estructurar su propuesta económica dentro de la Licitación Pública No. MC-DT-001 de 2006 convocada por Metro Cali S.A. y que debe ser asumido por el Concesionario en los términos del numeral 1.135. y la cláusula 89.2. del Contrato

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Acceder a la pretensión trigésima de la demanda principal reformada, en el sentido de declarar absolutamente nula la expresión “cuando este haya sido declarado por el juez del contrato” contenida en el numeral 10.10 de la cláusula décima del contrato de concesión.

VIGÉSIMO OCTAVO: Acceder a la pretensión trigesimocuarta de la demanda principal reformada, y en ese sentido, declarar que el riesgo de la variación de las tarifas

por orden de la autoridad municipal competente, que afecte la remuneración de **GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A.**, no corresponde a este último.

VIGÉSIMO NOVENO: Acceder a la pretensión trigesimoquinta de la demanda principal reformada y, en ese sentido, declarar que el riesgo de la implantación del Sistema MIO le corresponde a **METRO CALI S.A.** y, por lo tanto, la obligación de mitigarlo así como de compensar a **GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A.** los efectos desfavorables que su ocurrencia genere.

TRIGÉSIMO: Acceder a la pretensión trigesimosexta de la demanda principal reformada y, en ese sentido, declarar que el riesgo de la infraestructura del Sistema MIO le corresponde a **METRO CALI S.A.** y por lo tanto, la obligación de mitigarlo así como de compensar a **GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A.** los efectos desfavorables que su ocurrencia genere.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Acceder a la pretensión trigesimooctava de la demanda principal reformada y, en ese sentido, declarar que **METRO CALI S.A.** está obligada a indemnizar los perjuicios ocasionados a **GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A.** como consecuencia de sus incumplimientos legales y contractuales.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Acceder a la pretensión trigesimonovena de la demanda principal reformada y, en ese sentido, declarar que **METRO CALI S.A.** está obligada a restablecer el equilibrio económico financiero del contrato de concesión No. 1.

TRIGÉSIMO TERCERO: Acceder a la pretensión cuadragésima de la demanda principal reformada y, en ese sentido, condenar a **METRO CALI S.A.** a pagar a **GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A.** la suma de **OCHENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS** (\$84.966.695.439), a título de indemnización de perjuicios, que será pagada de conformidad con los términos contenidos en el artículo 192 del CPACA.

TRIGÉSIMO CUARTO: Acceder a la pretensión quincuagésima cuarta de la demanda principal reformada y, en ese sentido, condenar a **METRO CALI S.A.** a pagar a **GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A.** la suma de **VEINTICINCO MIL SETENTA Y CINCO MILLONES NOVENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS SETENTA Y TRES PESOS** (\$25.075.098.373), a título de intereses sobre la condena de que trata el

numeral anterior, que será pagada de conformidad con los términos contenidos en el artículo 192 del CPACA.

TRIGÉSIMO QUINTO: Acceder a la pretensión quincuagésima segunda de la demanda principal reformada y, en ese sentido, ordenar a **METRO CALI S.A.** que (i) pague a **GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A.** la remuneración a que tiene derecho desde enero de 2017 y hasta la fecha de este laudo, conforme a los parámetros indicados para el cálculo de la tarifa técnica, y (ii) cumpla lo dispuesto en esta decisión en relación con la forma especificada para calcular la tarifa técnica por lo que resta del contrato.

TRIGÉSIMO SEXTO: Negar las demás pretensiones de la demanda principal reformada.

Respecto de la demanda de reconvención reformada

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Declarar no probadas las excepciones de falta de jurisdicción y competencia del Tribunal, y de falta de legitimación en la causa por pasiva, formuladas respecto de la demanda de reconvención reformada.

TRIGÉSIMO OCTAVO: Declarar parcialmente probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa de Metro Cali propuesta respecto de la demanda de reconvención reformada.

TRIGÉSIMO NOVENO: Negar las pretensiones de la demanda de reconvención reformada, con excepción de la 2.1 que ya fue resuelta.

Decisiones finales

CUADRAGÉSIMO: Condenar a **METRO CALI S.A.** a pagar a **GRUPO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A.** la suma de **MIL DOSCIENTOS DOCE MILLONES SETECIENTOS VEINTINUEVE MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS** (\$1.212.729.876) por concepto de costas y agencias en derecho, que será pagada de conformidad con los términos contenidos en el artículo 192 del CPACA.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas del presente laudo arbitral con destino a cada una de las partes y al Ministerio Público, con las constancias de ley.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: Ordenar la devolución del expediente para su archivo al Centro Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali.

Esta providencia queda notificada en estrados

ANTONIO PABÓN SANTANDER

Presidente

ADRIANA POLANÍA POLANÍA

Árbitro

JOSÉ VICENTE GUZMÁN ESCOBAR

Árbitro

MARÍA DEL PILAR RAMÍREZ ARIZABALETA

Secretaria