

**LAUDO ARBITRAL**  
**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO**  
**CONCESIONARIA CALI MIO S.A.**  
**Vs.**  
**METRO CALI S.A.**

Santiago de Cali, 26 de julio de 2.013

El Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir, en derecho, las diferencias presentadas entre CONCESIONARIA CALI MIO S.A., parte convocante y demandada en reconvención, en adelante “CALI MIO” o la “convocante” y METRO CALI S.A., parte convocada y demandante en reconvención, en adelante “METRO CALI” o la “convocada”, profiere el presente laudo arbitral, por medio del cual se pone fin al proceso objeto de estas diligencias.

**I. ANTECEDENTES DEL TRÁMITE ARBITRAL**

**1.1. EL CONTRATO QUE DIO LUGAR AL PROCESO ENTRE CALI MIO Y METRO CALI:**

El 15 de marzo de 2.007 entre CALI MIO y METRO CALI, se celebraron los contrato de Concesión No. 1 y No. 2, en adelante “LOS CONTRATOS” que tenían por objeto:

CONTRATO DE CONCESIÓN No. 1	CONTRATO DE CONCESIÓN No. 2
Cláusula 1. Objeto del Contrato “...la adquisición, diseño, construcción, explotación y entrega a plena satisfacción de Metro Cali S.A.- El concedente del Patio y Taller denominado Calima – Sameco del Sistema Integrado de Transporte Masivo – MIO...”	Cláusula 1. Objeto del Contrato “...la adquisición, diseño, construcción, explotación y entrega a plena satisfacción de Metro Cali S.A.- El concedente del Patio y Taller denominado Puerto Mallarino del Sistema Integrado de Transporte Masivo – MIO...”

Posteriormente, LOS CONTRATOS fueron modificados y adicionados por las partes en varias oportunidades. Las mencionadas modificaciones y adiciones

fueron recogidas en los Otrosíes numerados del 01 al 09 para cada uno de los contratos.<sup>1</sup>

## 1.2. PARTES PROCESALES:

Las partes son personas jurídicas, regularmente constituidas y han acreditado en legal forma su existencia y representación, mediante los documentos que, en relación con cada una, obran en el expediente:

CONVOCANTE Y CONVOCADA EN RECONVENCIÓN: **CONCESIONARIA CALI MIO S.A.** sociedad del tipo de las anónimas, con domicilio principal en la ciudad de Cali constituida y existente de conformidad con las leyes de la República de Colombia, mediante escritura pública N° 003 del 03 de enero de 2007 de la Notaría Sexta de Cali. Nit. 900.128.868-1

CONVOCADA Y CONVOCANTE EN RECONVENCIÓN: **METRO CALI S.A** es una sociedad del tipo de las anónimas, con domicilio principal en la ciudad de Cali- Valle, constituida y existente de conformidad con las leyes de la República de Colombia, mediante escritura pública N° 0580 del 25 de febrero de 1999 de enero de 1994 de la Notaría Novena del Círculo de Cali. Nit. 805013171-8

## 1.3. CAPACIDAD Y REPRESENTACIÓN:

Las sociedades que conforman la parte convocante y convocada, en su condición de personas jurídicas válidamente constituidas y legalmente existentes, tienen capacidad para transigir.

Por tratarse de un arbitramento en derecho, las partes comparecen al proceso arbitral representadas por abogados, según lo dispone el Artículo 118 de la Ley 446 de 1998 (Art. 122 Decreto 1818/98), según poderes especiales conferidos por las partes y que obran en el expediente.

## 1.4. PACTO ARBITRAL<sup>2</sup>:

LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN No. 1 y 2 consagraron en forma idéntica el pacto arbitral en la cláusula No. 74. Las partes posteriormente acordaron

---

<sup>1</sup> Los otrosíes Nos 01 al 06 de los Contratos de Concesión No.1 y No.2 obran a folios 266 al 337 del Cuaderno No. 1. – Otrosíes No. 9 de los Contratos de Concesión No.1 y No.2 obran a folios 050 al 055 del Cuaderno No. 2.

<sup>2</sup> Las cláusulas compromisorias de los contratos de Concesión No. 1 y No. 2 obran a folios 186, 187, 252 y 253 del cuaderno No. 1 de la demanda principal y las modificaciones obran a folios 050 al 055 del cuaderno No. 2 “Actuaciones del Centro de Conciliación”.

modificar la cláusula compromisoria, de ambos contratos mediante los Otro sí Nos. 9 de fecha 19 de noviembre de 2.010.

En consideración a que las cláusulas con sus modificaciones son de igual tenor, a continuación se transcribe la cláusula donde se integran las modificaciones realizadas por las partes de común acuerdo:

**“CLÁUSULA 74 TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO.** Cualquier divergencia que surja entre las partes con ocasión de la celebración, interpretación, ejecución o liquidación del presente 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:

74.1 Estará compuesto por tres (3) árbitros, designados uno por cada una de las partes y el tercer arbitro de común acuerdo. Si tal acuerdo no se lograra, este será designado por el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali, para que sea ésta quien lo designe, siempre y cuando la cuantificación de la pretensión o la valoración del conflicto sea igual o superior a mil (1000) SMMLV al momento de presentación de la respectiva solicitud de citación del Tribunal. En el caso en que el valor de estimación del conflicto o de las pretensiones se encuentre por debajo del valor señalado anteriormente, se designará un único árbitro que será designado de común acuerdo por las partes, en el evento de no llegar a un acuerdo será designado por el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición elegido. (Modificado mediante Otro sí No. 9 obrante a folios 050 al 055 del cuaderno No. 2)

*74.2 (eliminado mediante Otro sí No. 9 obrante a folios 050 al 055 del cuaderno No. 2)*

74.3 Los árbitros decidirán en derecho, conforme a lo establecido por la Ley.

74.4 El Tribunal se sujetará al reglamento del Centro de Conciliación; Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali y se regirá por lo previsto en esta cláusula y por todas las disposiciones aplicables y en particular, por 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 adicionen, modifiquen, o remplacen.

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

74.6 Los gastos que ocasione el tribunal de arbitramento serán cubiertos por la parte que resulte vencida.

74.7 (adicionado mediante otro sí No. 9 ) Valor del proceso arbitral. Los costos del Tribunal de Arbitramento, se ajustarán a lo acordado de común acuerdo por las partes, de acuerdo con la siguiente tabla:

Valor pretensiones	Tarifas
De 0 a 6.000.000	40 SMDLV
De 6.000.001 a 100.000.000	10%
De 100.000.001 a 300.000.000	6%
De 300.000.001 a 500.000.000	5%
De 500.000.001 a 1.000.000.000	4%
De 1.000.000.001 en adelante	2,5%

## 1.5. ÁRBITROS:

1.5.1. El 02 de noviembre de 2010, el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali, recibió solicitud para convocatoria e integración del Tribunal de Arbitramento del proceso en referencia.

1.5.2. El 26 de noviembre de 2010, se designó de común acuerdo entre las partes dos de los árbitros y se acordó modificar la cláusula compromisoria para efectos de que las partes fueran las encargadas de designar de común acuerdo el tercer árbitro.

1.5.3. El 14 de enero de 2.011 las partes de común acuerdo designaron al tercer árbitro.

1.5.4. Finalmente y de común acuerdo fueron designados como árbitros los doctores MARTIN GONZALO BERMUDEZ MUÑOZ, JORGE EDUARDO CHEMAS JARAMILLO, ALEJANDRO LINARES CANTILLO, quienes previamente informados por el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali (en adelante “el Centro de Conciliación y Arbitraje”), manifestaron su aceptación dentro del término legal.

## II. **DESARROLLO DEL PROCESO:**

1. El Tribunal se instaló el día 4 de febrero de 2011, en sesión realizada en las oficinas del Centro de Conciliación Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali. En dicha audiencia fue nombrado como Presidente del Tribunal el doctor JORGE EDUARDO CHEMAS JARAMILLO, quien aceptó el cargo, y como secretaria la doctora MARIA FERNANDA CARDONA MEJIA, quien, aceptó y tomó

posesión del cargo. El Tribunal fijó como lugar de funcionamiento y secretaría, la sede del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali, ubicada en la Calle 8 No. 3-14, Piso 4 de la ciudad de Cali.

2. En esa misma audiencia, el Tribunal admitió, por reunir los requisitos establecidos en el artículo 428 y concordantes del C.P.C., la demanda presentada por CALI MIO y a su vez ordenó correr traslado de la misma y sus anexos y notificar la respectiva providencia a la Convocada y al MINISTERIO PÚBLICO, como en efecto se hizo.
3. Oportunamente METRO CALI por conducto de apoderado especial dio respuesta a la solicitud de convocatoria que ha originado este proceso, mediante escrito radicado el 22 de febrero de 2.011, en el que se opuso a las pretensiones, se pronunció sobre los hechos, propuso excepciones de mérito, solicitó pruebas y al mismo tiempo y por separado presentó demanda de reconvención contra CALI MIO.
4. El 30 de marzo de 2.011 el Tribunal ordenó admitir la demanda de reconvención, notificar la decisión a la parte Convocante y al Ministerio Público y correr traslado de la misma.
5. Dentro del término legal, el día 13 de abril de 2.011, la apoderada de la parte Convocante, presentó contestación de la demanda de reconvención y formuló excepciones de mérito.
6. El apoderado de la parte Convocada, presentó escrito describiendo el traslado de las excepciones de mérito formuladas a la demanda de reconvención y solicitó pruebas. El representante del Ministerio Público no se pronunció respecto de las excepciones de mérito formuladas a la demanda de reconvención.
7. El día 05 de Mayo de 2011, la apoderada de la parte convocante, presentó reforma de la demanda.
8. El día 11 de mayo de 2.011, el Tribunal Arbitral admitió la reforma a la demanda inicial presentada por CALI MIO. El día 13 de mayo de 2.011, METROCALI y el Ministerio Público fueron notificados personalmente del auto admisorio de la reforma de la demanda.
9. Dentro del término, el día 20 de mayo de 2.011, METROCALI contestó la reforma de la demanda y se opuso a los nuevos hechos y a las nuevas pretensiones y en materia de excepciones reiteró las presentadas contra la demanda inicial. El Ministerio Público no se pronunció.

- 10.El día 30 de Mayo de 2011, dentro del término legal, la apoderada de la parte convocante, presentó escrito de oposición a las excepciones planteadas en la contestación de la demanda reformada, solicitó pruebas aportando para el efecto un experticio técnico preparado por el señor Manuel H. Ortiz y otro financiero elaborado por el señor Enrique Villota.
- 11.Mediante Auto No. 8 del 20 de Junio de 2011, El tribunal negó la solicitud de nulidad y el recurso de reposición presentados por la parte Convocada, por medio de los cuales pretendió que el Tribunal dejara sin ningún efecto el traslado de las excepciones de fondo que se efectuó el 25 de mayo de 2011 a la parte convocante por cuanto no existieron dichas excepciones en la respuesta a la reforma de la demanda”.
- 12.El 20 de junio de 2.011, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación de que tratan los artículos 141 del Decreto 1818 de 1998 (artículo 121, Ley 446 de 1998) y 432 parágrafo 1º. del C.P.C., con la asistencia de los apoderados de las partes, de los representantes legales de la sociedades convocante y convocada, y de la Procuradora 19 Judicial II Administrativa haciéndose constar en el acta correspondiente<sup>3</sup> la imposibilidad de llegar a un acuerdo.  
Seguidamente en la misma audiencia, se fijaron las sumas por concepto de honorarios de los árbitros, de la secretaria y de los gastos de administración y funcionamiento del Tribunal.
- 13.Dentro de la oportunidad legal las partes consignaron la porción de honorarios y gastos que a cada una de ellas les correspondía, de acuerdo con el Auto No. 11, sumas estas que fueron entregadas al Presidente del Tribunal.
- 14.La primera audiencia de trámite se celebró el día 19 de agosto de 2011, oportunidad en la que el Tribunal de Arbitramento se declaró competente para conocer y resolver en derecho las diferencias sometidas a su consideración.
- 15.En el curso de la Primera Audiencia de Trámite<sup>4</sup>, el Tribunal se pronunció respecto de las pruebas solicitadas por las partes, decretándolas en su totalidad como quedó consignado en el Auto No.16. Finalmente, se declaró concluida la primera audiencia de trámite y se dio inicio al cómputo del término de seis meses de duración del proceso, sin perjuicio de las prórrogas o suspensiones que

---

<sup>3</sup> Acta No. 6 del 20 de junio de 2011, obrante a folios 040 al 052 del cuaderno No. 3.

<sup>4</sup> Acta No. 8 del 19 de agosto de 2011 obrante a folios 064 al 076 Del cuaderno No. 3

se presentaron. Se fijó el día 27 de septiembre de 2.011 para la siguiente audiencia y se decretó la suspensión del proceso a partir del 25 de agosto hasta el 26 septiembre de 2.011, ambas fechas inclusive.

16. Se practicaron las pruebas decretadas tal y como se detalla más adelante en el acápite "Actuaciones Probatorias surtidas en el proceso".
17. Concluido el debate probatorio y habiendo finalizado la instrucción del proceso, mediante Auto No. 71 de dictado el día 30 de abril de 2.013 (acta No.38), se fijó para el día 14 de junio de 2013 la audiencia de Alegatos de Conclusión y en la misma audiencia se fijó como fecha y hora para la audiencia de fallo el día 26 de julio de 2013 a las 9 a.m. en la sede del Tribunal.
18. En audiencia realizada el día 14 de junio de 2013, los apoderados de las partes y el Ministerio Público presentaron oralmente sus alegaciones finales y anexaron resúmenes escritos de las mismas para su incorporación al expediente. Por solicitud de las partes el proceso fue suspendido desde el 15 de junio de 2013 y hasta el 25 de julio de 2013, ambas fechas inclusive.
19. A lo largo del proceso arbitral intervino el Ministerio Público representado por la Procuraduría 19 Judicial Administrativa II actuando la Dra. Aurora Martínez Arango y el Dr. Aurelio Enrique Rodríguez, Procurador 166 Judicial II ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle en su calidad de agente especial del Ministerio Público.

### **III. LAS PRUEBAS PRACTICADAS EN EL PROCESO**

En el presente proceso se decretaron y practicaron la totalidad de las pruebas así:

1. **Documentales:** El Tribunal ordenó tener como pruebas documentales, con el mérito que a cada una corresponda, los documentos relacionados como pruebas y anexados con la demanda (cuaderno principal No.1, folios 035 a 337 ), los aportados en el escrito de contestación de la demanda y que obran en el cuaderno No. 4 a folios 050 a 209 del expediente; los aportados con la demanda reformada y que obran en los cuadernos No. 7 y 7.1 del expediente. Así mismo, se ordenó tener como pruebas documentales, con el mérito que a cada una corresponda, los documentos relacionados como pruebas y anexados con la demanda de reconvención (cuaderno No.5, folios 026

a 274), y los aportados en el escrito de contestación y excepciones de mérito a la demanda de reconvenición (cuaderno No.6, folios 058 363)<sup>5</sup>

2. **Testimonios:** Fueron decretados y practicados los siguientes testimonios, recibidos en audiencia en las fechas que a continuación se relacionan:

TESTIGO	FECHA DILIGENCIA	ACTA No.	Cuaderno/ folios
Isabel Cristina Burbano Ulchur	27/09/11	9	No. 12 032-081
Javier Hernando Flechas Parra	27/09/11	9	No. 12 (001-031)
Harold Daza Sierra	27/09/11	9	No. 12.1 (084-111)
Juan Carlos Orobio Quiñones	27/09/11	9	No. 12.1 (045-069)
Carlos Humberto Gómez	27/09/11	9	No. 12.1 070-083)
Jorge Mario Román Hurtado	28/09/11	10	No. 12 (082-129)
Jaime Andres Quesada Colonia	28/09/11	10	No. 12.1 (112-139)
Diana Mercedes Holguin Palacios	28/09/11	10	No. 12.1 (140-152)
Humberto Jose Vidal Mayorga	12/10/11	12	No. 12 (130-164)
Carlos Eduardo Vergara Emiliani	11/11/11	13	No. 12 (167-185)

Las transcripciones de las anteriores declaraciones fueron puestas en conocimiento de las partes en virtud de lo previsto por el artículo 109 del Código de Procedimiento Civil.<sup>6</sup>

### 3. **Inspecciones Judiciales:**

Se decretaron y practicaron las siguientes inspecciones judiciales con exhibición de documentos solicitadas por las partes:

Lugar	Acta de Iniciación / Fecha	Acta Finalización / Fecha

<sup>5</sup> Acta No. 9

<sup>6</sup> Cuaderno No. 12 (Folios 165-166, 186, / Cuaderno No. 12.1. (Folio 153)



Fundación Universidad del Valle	No. 12 del 12/10/11	No. 13 del 11/11/11
Diconsultoría	No. 12 del 12/10/11	No. 13 del 11/11/11
Metro Cali S.A.	No. 13 del 11/11/11	No. 33 del 17 /01/13
Secretaría de Tránsito y Transporte de Santiago de Cali	No. 13 del 11/11/11	No. 13 del 11/11/11

De oficio y mediante Auto No. 32 del 9 de marzo de 2.012 ( Acta No. 18) se decretó inspección judicial a los patios talleres Calima Sameco y Puerto Mallarino. El 12 de abril de 2012 se adelantó la inspección judicial al patio Calima Sameco. Mediante Auto No. 35 del 12 abril de 2012, el Tribunal estimó innecesario adelantar la inspección al patio Puerto Mallarino y las partes estuvieron de acuerdo. Mediante Auto No. 61 contenido en el Acta No. 33 del 17 de enero de 2.013 el Tribunal declaró concluidas la inspección judicial.

Igualmente de oficio y mediante Auto No. 40 del 30 de julio de 2.012 ( Acta No. 21) se decretó una complementación a la inspección judicial con exhibición de documentos a Diconsultoría S.A.:

Lugar	Acta de Iniciación / Fecha	Acta Finalización / Fecha
Diconsultoría	No. 22 del 31/07/12	No. 33 del 17 /01/13

Los documentos obtenidos en las inspecciones judiciales a Metro Cali S.A. y en la Fundación General de Apoyo a la Universidad del Valle se encuentran en los A-Z Nos. 1 al 5 y en los cuadernos Nos. 15, 15.1, 15.2, 15.3, 15.4, 15.5, 15.6, 15.7, 15.8, 15.9, 15.10, 15. 11, 15.12, 15.13, 15.14 respectivamente.

4. **Dictámenes Periciales:** Se decretaron y practicaron todos los dictámenes periciales aportados y solicitados por las partes, así:

Dictámenes de parte aportados por la convocante:

- Experticio técnico aportado por la parte Convocante y elaborado por **Manuel H Ortiz:** corriéndose el traslado del mismo los días 22, 23 y 24 de agosto de 2.011. Dentro de ese término la parte convocada presentó solicitud de aclaraciones y complementaciones, las cuales fueron decretadas y rendidas también oportunamente. La parte Convocada objetó por error grave el dictamen.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> Acta No. 19 y 20 . Cuaderno No. 3- Dictamen: Cuaderno No. 11, 11.1. 11.2.

- Experticio financiero aportado por la parte Convocante y elaborado por **Enrique Villota**: corriéndose el traslado del mismo los días 22, 23 y 24 de agosto de 2.011. Dentro de ese término la parte convocada presentó solicitud de aclaraciones y complementaciones, las cuales fueron decretadas y rendidas también oportunamente. La parte Convocada objetó por error grave el dictamen.<sup>8</sup>

Dictámenes ordenados por el Tribunal a solicitud de la parte convocante

- Dictamen Financiero para lo cual el Tribunal, designó como perito al señor **Luis Carlos Valenzuela**. De este dictamen se corrió traslado los días 2,3,4 de mayo de 2.012. Dentro de ese término las partes presentaron solicitudes de aclaraciones y complementaciones, las cuales fueron decretadas y rendidas también oportunamente.<sup>9</sup> La parte Convocante objetó por error grave el dictamen. Para sustentar su objeción pidió las pruebas que fueron decretadas así:
  - a) Interrogatorio en audiencia al Dr. **Enrique Villota** con el propósito exclusivo de explicar el contenido del dictamen de parte presentado como prueba con la objeción al dictamen del Dr. Valenzuela. Este interrogatorio fue practicado el día 29 de octubre de 2012.<sup>10</sup> De la transcripción de la declaración rendida por el Dr. Villota se corrió traslado a las partes en los términos del artículo 109 del C.P.C.
  - b) Dictamen pericial, adelantado por un perito financiero, para dictaminar exclusivamente sobre los hechos materia de objeción. En consecuencia el 29 de octubre de 2012 el doctor **Jaime Maldonado Fischer** se posesionó de su cargo como perito, el Tribunal calificó las preguntas del cuestionario presentado por la apoderada de la parte convocante y le fijó un término para rendir su experticia, todo lo cual aparece consignado en el Acta No. 31 del 29 de octubre de 2012 (Fls. 331 a 335 Cuaderno No. 3.) Del dictamen<sup>11</sup> presentado por el perito **Jaime Maldonado Fischer** se dio el correspondiente traslado por el término legal. La convocante solicitó aclaración y complementación que fue ordenada y presentada.<sup>12</sup> El apoderado de la parte convocada solicitó aclaración y complementación respecto de las aclaraciones

<sup>8</sup> Acta No. 19 y 20. Cuaderno No. 3- Dictamen: Cuaderno No. 11, 11.1. 11.2.

<sup>9</sup> Acta No. 19 , 20 y 23. Cuaderno No. 3/Dictamen Financiero Dr. Luis Carlos Valenzuela Cuaderno No. 13

<sup>10</sup> Acta No. 31 cuaderno No. 3

<sup>11</sup> Cuaderno No. 13.6 ( folios001- 027)

<sup>12</sup> Cuaderno No. 13.6 (folios 028-044)

rendidas por el perito Jaime Maldonado, petición que fue negada por improcedente.<sup>13</sup>

- c) El testimonio de los doctores Héctor Ulloa y Juan Felipe Castro, testimonios de los cuales desistió la parte solicitante con coadyuvancia del apoderado de la convocada como consta en el acta No. 31 a folios 331 y ss. del Cuaderno No. 3.
  - d) Oficiar a Metro Cali, a fin de enviar copia completa y auténtica de todos los contratos relativos a la estructuración financiera del Sistema Mio. En atención al oficio, Metro Cali, remitió los siguientes documentos que fueron incorporados al expediente<sup>14</sup>:
    1. Convenio interadministrativo celebrado entre la Fundación General de Apoyo de la Universidad del Valle y Metro Cali S.A., suscrito el día 7 de junio de 2.005. (2 folios)
    2. Otrosí No. 1 al convenio interadministrativo anteriormente mencionado mediante el cual se reforman y se adicionan algunas cláusulas, suscrito el 31 de agosto de 2.005 (folios 4)
    3. Otrosí No. 2 al convenio interadministrativo cuyo objeto fue prestar apoyo y asistencia técnica a METRO CALI S.A. en la estructuración de los Estudios Técnicos y Complementarios para la implementación del Sistema Integrado de Transporte Masivo SITM- MIO en los aspectos Jurídicos y Financieros suscrito el 3 de octubre de 2.005 (2 folios)
    4. Informe de la concesión de patios y talleres para el SITM-MIO, elaborado por Profesionales de Bolsa, fechado 16 de diciembre de 2.006, desarrollado en virtud del convenio antes referido. Se precisa que en el presente informe se incluye el modelo financiero (114 folios)
- Dictamen Técnico solicitado por la parte Convocante para el cual el Tribunal, designó como perito al ingeniero **Néstor Llano**. De este dictamen<sup>15</sup> se corrió traslado los días 2,3,4 de octubre de 2.012. Dentro de ese término las partes presentaron solicitudes de aclaraciones y complementaciones, las cuales fueron decretadas y rendidas también oportunamente.<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> Acta No. 34 Cuaderno No. 3/ Cuaderno No. 13.6 ( Folios 045-050)

<sup>14</sup> Cuaderno No. 13.5

<sup>15</sup> Dictamen Técnico Nestor Llano: Cuaderno No.14

<sup>16</sup> Aclaraciones y complementaciones Dictamen Nestor Llano – Cuaderno No.14.1

La parte Convocante objetó<sup>17</sup> por error grave parcial el dictamen. Para sustentar su objeción allegó y solicitó las siguientes pruebas:

- a) Algunos documentos y cd que pidió tener como pruebas como consta en el Auto No. 64 del 8 de febrero de 2013, obrante en el Acta No. 34 ( cuaderno No.3) El Tribunal resolvió pronunciarse sobre su valor como medio de prueba en el momento procesal oportuno.
- b) Aportó un dictamen elaborado por el ingeniero **Alfredo Malagón**<sup>18</sup> y el Tribunal decretó su interrogatorio en los términos previstos en el artículo 116 de la ley 1395 de 2.010. Dicho interrogatorio se surtió en audiencia llevada a cabo el 12 de abril de 2.013 como da cuenta el Acta No. 36 obrante en el cuaderno No. 3 ( folios 360 y ss. De la transcripción de la declaración rendida<sup>19</sup> por el ingeniero Malagón se corrió traslado a las partes en los términos del artículo 109 del C.P.C. El Tribunal resolvió pronunciarse sobre su valor como medio de prueba en el momento procesal oportuno.
- c) Testimonio del ingeniero **Javier Flechas**. Este testimonio se recepcionó el 12 de abril de 2013 como da cuenta el Acta No. 36 obrante en el cuaderno No. 3 ( folios 360 y ss.) De la transcripción<sup>20</sup> de la declaración rendida se corrió traslado a las partes en los términos del artículo 109 del C.P.C.

La parte convocada para oponerse y desvirtuar la objeción<sup>21</sup>, se opuso a que se apreciara el dictamen técnico elaborado por el ingeniero Alfredo Malagón y aportó y solicitó las siguientes pruebas:

- a) Dictamen de parte elaborado por el Ingeniero Henry Sánchez.<sup>22</sup> De éste dictamen se corrió traslado a la parte convocante por el término de ley. La convocante presentó memorial de contradicción<sup>23</sup> al dictamen y allegó como prueba un nuevo dictamen elaborado por Alfredo Malagón y solicitó recibir el testimonio de Jorge Mario Román. El apoderado de la convocada se opuso a que se le diera trámite a la objeción formulada por la convocante contra el dictamen de parte y el Tribunal resolvió pronunciarse sobre el memorial de oposición o de contradicción al momento de resolver sobre las objeciones, en el laudo arbitral.

---

<sup>17</sup> Cuaderno No. 14.2

<sup>18</sup> Cuaderno No. 14.2.1 y 14.2.2

<sup>19</sup> Cuaderno No. 14.2.1

<sup>20</sup> Cuaderno No. 14.2.1

<sup>21</sup> Cuaderno No. 14.2.3

<sup>22</sup> Cuaderno No. 14.2.3 (folios 246 y ss)

<sup>23</sup> Cuaderno No. 14.2.3 (folios 288 y ss)

- b) Testimonio de los ingenieros José Luis Andrade y Jaime Quesada. Estos testimonios se recibieron el 12 de abril de 2013 como da cuenta el Acta No. 36 obrante en el cuaderno No. 3 ( folios 360 y ss.) De la transcripción<sup>24</sup> de las declaraciones rendidas se corrió traslado a las partes en los términos del artículo 109 del C.P.C.
5. **Pruebas mediante Oficios:** En desarrollo de las pruebas decretadas durante el proceso, se enviaron los siguientes Oficios, los cuales, fueron contestados por parte de las respectivas entidades, organismos o personas destinatarias, salvo el SIUR, hecho que se dio a conocer a las partes tal y como consta en el Acta No. 10

NÚMERO OFICIO	DESTINATARIO	Obrantes a Cuaderno No. 12.1 a folios:
No. 2	Tesorería de Metrocali S.A.	Cuaderno 12.1 folios 004
No. 3	Alcaldía del Municipio de Yumbo	Cuaderno 12.1 folios 005
No. 4	Concejo Municipal de Yumbo,	Cuaderno 12.1 folios 013
No. 5	Ministerio de Transporte	Cuaderno 12.1 folios 018-023

#### **IV. TÉRMINO DEL PROCESO ARBITRAL**

Por cuanto las partes no fijaron término de duración del proceso, el mismo sería de seis meses contados a partir de la primera audiencia de trámite que se surtió el día 19 de agosto de 2.011, es decir el 17 de febrero de 2012, pero como por solicitud de los apoderados de las parte el término legal se suspendió durante 606 días como se reseña a continuación, al término del proceso arbitral habrá de adicionársele esos días venciendo el mismo el día 10 de octubre de 2.013

Suspensiones	No. de Acta	Suspensiones
No. 1	No. 8	Del 25 de agosto al 26 de septiembre de 2.011 ambas fechas inclusive
No. 2	No. 10	Del 29 septiembre al 10 octubre de 2.011 ambas fechas inclusive
No. 3	No. 12	Del 13 octubre - al 10 noviembre de 2.011 ambas fechas inclusive

<sup>24</sup> Cuaderno No. 14.2.3

No. 4	No. 13	Del 17 noviembre al 25 noviembre de 2.011 ambas fechas inclusive
No. 5	No. 14	Del 29 noviembre al 11 diciembre de 2.011 ambas fechas inclusive
No. 6	No. 15	Desde el 13 diciembre de 2.011 al 11 enero de 2.012 ambas fechas inclusive
No. 7	No. 16	Desde el 13 enero hasta el 29 febrero 2.012 ambas fechas inclusive
No. 8	No. 17	Desde el 5 marzo hasta 8 marzo de 2.012 ambas fechas inclusive
No. 9	No. 18	Desde el 10 marzo hasta el 8 abril de 2.012 ambas fechas inclusive
No. 10	No. 19	Desde el 13 abril hasta el 30 abril de 2.012
No. 11	No. 20	Desde el 17 mayo hasta el 29 julio de 2.012 ambas fechas inclusive
No. 12	No. 22	Desde el 1 agosto hasta 13 agosto de 2.012 ambas fechas inclusive
No. 13	No. 26	Desde el 30 de agosto al 16 de septiembre de 2.012 ambas fechas inclusive
No. 14	No. 27	Desde el 18 al 30 de septiembre de 2.012 ambas fechas inclusive
No. 15	No. 29	Desde el 10 al 16 de Octubre de 2012 ambas fechas inclusive
No. 16	No.30	Desde el 18 al 28 de Octubre de 2012 ambas fechas inclusive
No. 17	No. 31	Desde el 29 de octubre hasta el 3 diciembre 2012 ambas fechas inclusive
No. 18	No. 32	Desde el 7 de diciembre 2012 hasta el 15 de enero de 2013 ambas fechas inclusive
No. 19	No. 33	Del 18 de enero de 2.013 hasta el 4 de febrero de 2013 ambas fechas inclusive
No. 20	No.34	Desde el 11 de febrero 2.013 hasta el 1 de marzo de 2.013 ambas fechas inclusive
No. 21	No. 35	Desde el 7 de marzo 2.013 hasta el 11 de abril de 2.013 ambas fechas inclusive
No. 22	No. 36	Desde el 13 de abril de 2.013 hasta el 24 de abril de 2.013 ambas fechas inclusive
No. 23	No. 38	Desde el 1 de mayo de 2.013 hasta el 13 de junio de 2.013 ambas fechas inclusive
No. 24	No. 39	Desde el 15 de junio de 2013 hasta el 25 de julio de 2013 ambas fechas inclusive

## **V. LA CONTROVERSIA**

El Tribunal con el fin de guardar la fidelidad debida, procede a transcribir las pretensiones de la reforma de la demanda, así como a relacionar las excepciones de mérito propuestas contra la misma, en la forma en que fueron planteadas por las partes. Así mismo, se transcriben las pretensiones de la demanda de reconvención, y se relacionan las correspondientes excepciones.

## 5.1. LA DEMANDA DE CONCESIONARIA CALI MIO Vs. METRO CALI :

### 5.1.1.- Pretensiones de la demanda:

Mediante apoderada especial, debidamente reconocido por el Tribunal dentro del proceso, CONCESIONARIA CALI MIO S.A. solicita al Tribunal despachar favorablemente las siguientes pretensiones, contenidas en el escrito de reforma integral de la demanda:

#### **“I. PRETENSIÓN DECLARATIVA DE LA MAYOR PERMANENCIA DE LA OBRA**

**PRIMERA.** DECLARAR que la adjudicación de la LICITACIÓN PÚBLICA NO. MC-DT-002-2007 para el “DISEÑO IMPLEMENTACIÓN, INTEGRACIÓN, FINANCIACIÓN, PUESTA EN MARCHA, OPERACIÓN Y MANTEAMIENTO DEL SIUR” se realizó de manera tardía y que como consecuencia de ellos, se afectó gravemente la implementación del Sistema Integrado de Recaudo –SIUR.

**SEGUNDA.** DECLARAR que como consecuencia de la adjudicación tardía de la LICITACIÓN PÚBLICA No. MC-DT-002-2007 para el “DISEÑO IMPLEMENTACIÓN, INTEGRACIÓN, FINANCIACIÓN, PUESTA EN MARCHA, OPERACIÓN Y MANTEAMIENTO DEL SIUR” se afectaron LOS CONTRATOS por razones no imputables al contratista concesionario.

**TERCERA.**DECLARAR que como consecuencia de las pretensiones primera y segunda anteriores, LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN No. 1 y 2 se afectaron con una mayor permanencia durante sus Etapas de Preconstrucción, Construcción y Reversión.

**CUARTA.** DECLARAR que como consecuencia de las pretensiones anteriores, LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN No. 1 Y 2 sufrieron una afectación negativa en su ecuación económica contractual que debe ser restablecida por METRO CALI S.A.

#### **II. PRETENSIONES DECLARATIVAS DE MAYORES OBRAS Y MAYORES COSTOS.**

**PRIMERA. DECLARAR** que el CONSORCIO DICONSULTORIA S.A. INTERDISEÑOS LTDA., exigió al CONCESIONARIO mayores cantidades de obra, excediendo el objeto contractual y las especificaciones técnicas establecidas en los documentos contractuales y precontractuales de LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN No. 1 Y 2.

**SEGUNDA. DECLARAR** que el CONSORCIO DICONSULTORIA S.A. INTERDISEÑOS LTDA, incurrió en abuso del derecho por los requerimientos antijurídicos y en exceso del marco contractual exigidos al CONCESIONARIO durante las etapas de Preconstrucción y Construcción de LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN No. 1 Y 2.

**[TERCERA.] DECLARAR** que como consecuencia de las pretensiones anteriores, LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN No. 1 Y 2 sufrieron una afectación negativa en su ecuación económica contractual que debe ser restablecida por METRO CALI S.A.

### **III. PRETENSIÓN DECLARATIVA DEL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO O RUPTURA DE LA ECUACIÓN FINANCIERA DEL CONTRATO.**

**PRIMERA. DECLARAR** que durante la ejecución de los contratos de concesión No. 1 y 2 ocurrieron situaciones ajenas al contratista e imputables a la Entidad Contratante que afectaron gravemente su ejecución y generaron desequilibrio en la ecuación económica y financiera de LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN No. 1 Y 2.

**SEGUNDA. DECLARAR** que el desequilibrio de la ecuación económica de los CONTRATOS DE CONCESIÓN No. 1 Y 2 persiste hasta tanto METRO CALI S.A. mitigue la totalidad de los riesgos a su cargo.

### **IV. PRETENSIÓN DECLARATIVA DE INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO**

**PRIMERA. DECLARAR** que EL CONCESIONARIO no está obligado a la construcción de las vías de acceso a los patios y talleres Calima – Sameco y Puerto Mallarino.

### **V. PRETENSIÓN DECLARATIVA DE NULIDAD**

**PRIMERA. DECLARAR** que el aparte “sin lugar o derecho alguno a indemnización o compensación por este concepto, adicional o diferente de la contraprestación establecida en este contrato” de la CLÁUSULA SEGUNDA del Otrosí No. 7 de los Contratos de Concesión No. 1 y 2 es ilegal e inconstitucional y por tanto abusiva por cuanto Metro Cali S.A. generó la renuncia de derechos económicos del Concesionario.



**SEGUNDA. CONSECUCIONAL DECLARAR** la nulidad absoluta del aparte “sin lugar o derecho alguno a indemnización o compensación por este concepto, adicional o diferente de la contraprestación establecida en este contrato” de la CLÁUSULA SEGUNDA del Otrosí No. 7 de los Contratos de Concesión No. 1 y 2.

## **VI. PRETENSIONES DE CONDENA**

**PRIMERA.** Como consecuencia de las anteriores declaraciones, ORDENAR a METRO CALI S.A. el restablecimiento de la ecuación económica y financiera del Contrato a favor de la CONCESIONARIA CALI MIO S.A., en la suma que se establecerá durante el trámite arbitral.

**SEGUNDA.** Como consecuencia de las anteriores declaraciones, ORDENAR a METRO CALI S.A.:

1. Tomar medidas adecuadas y suficientes para el mantenimiento presente y futuro de la ecuación económica y financiera de LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN No. 1 y 2, mediante una fórmula que cuantifique el desfase anual de los ingresos del concesionario durante la etapa de explotación de los contratos, y su forma de pago a cargo de METRO CALI S.A.

**TERCERA.** Como consecuencia de las anteriores declaraciones ORDENAR a METRO CALI S.A. indemnizar al contratista en los términos establecidos en los artículos 868, 870, 871, 884 y demás disposiciones concordantes del Código de Comercio y del Código Civil, en la suma que se establecerá durante el trámite arbitral.

**CUARTA.** CONDENAR a METRO CALI S.A. al pago de las sumas dinerarias resultantes, indexadas a la fecha de ejecutoria del laudo arbitral y hasta el pago total y completo.

**QUINTA.** CONDENAR a METRO CALI S.A. en costas y gastos del proceso.

### **5.1.2.- Fundamentos de la demanda:**

Como fundamento de sus pretensiones, CONCESIONARIA CALI MIO expuso los hechos que a continuación se relacionan:

#### **1. HECHOS RELATIVOS AL SISTEMA DE TRANSPORTE MIO – LICITACIÓN PÚBLICA NO. MC-DT-001-2006**

1. Mediante Resolución del 7 de junio de 2006, **METRO CALI S.A.** convocó la Licitación Pública No. MC-DT-001 de 2006, con el fin de seleccionar el

Concesionario que celebrara 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 de transporte masivo de pasajeros del Sistema MIO.

2. Mediante Resolución 205 del 25 de junio de 2006, **METRO CALI S.A.** ordenó la apertura de la Licitación Pública No. MC-DT-001 de 2006.
3. En el numeral 1.4.51 de los Pliegos de Condiciones de la Licitación Pública MC-DT-001-2006, se definió la infraestructura de los Patio Talleres del Sistema Integrado, así:

***“1.4.51. Patios y Talleres:***

***Es la infraestructura dotada de instalaciones eléctricas, hidráulicas y sanitarias entregada por Metro Cali S.A. a los CONCESIONARIOS de operación de transporte para la tenencia, dotación, operación, administración y mantenimiento. Está conformada por áreas de uso exclusivo para la flota en la cual se encuentran ubicadas las áreas de soporte técnico, áreas de soporte tecnológico, área de parqueo y circulación de los autobuses del Sistema MIO, área para disposición de equipos de prueba y laboratorio, área externa para parqueo de vehículos de visitantes, locaciones administrativas y operativas, área para la instalación de la antena de la red inalámbrica, garitas de seguridad y las demás que sean necesarias para el adecuado funcionamiento del Patio y Taller y que Metro Cali S.A. autorice en forma escrita”*** (Negrilla fuera de texto).

4. Mediante Resolución 484 del 29 de diciembre de 2006 se adjudicó la Licitación Pública No. MC-DT-001 de 2006.

**2. HECHOS RELATIVOS AL SISTEMA INTEGRADO DE RECAUDO - SIUR. - LICITACIÓN PÚBLICA NO. MC-DT-002-2006**

5. Mediante CONPES 3166 de mayo de 2002, se presentaron las acciones para el desarrollo de un sistema de servicio público urbano de transporte de pasajeros.
6. Mediante CONPES 3369 de 2005, se reviso el estado de avance del proyecto, identificando los problemas en su ejecución, y se propuso una nueva estrategia de desarrollo del proyecto, con presupuestos más precisos obtenidos de los estudios y diseños definitivos de los corredores.
7. Mediante CONPES 3504 de diciembre de 2007, se plantearon los nuevos alcances del proyecto proporcionales a la decisión local de suplantar la totalidad del transporte colectivo por transporte masivo.
8. El SITM está compuesto por corredores troncales con carriles segregados y preferenciales, destinados en forma exclusiva para la operación de buses de alta y mediana capacidad. Esta red de corredores troncales cuenta con una demanda mayor a los 60.000 pasajeros al día, la cual se encuentra integrada con las redes de corredores troncales y complementarios<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Información del Departamento Nacional de Planeación. Sistema Integrado de Transporte Masivo para Santiago de Cali-Mio (Masivo Integrado de Occidente).

9. Mediante Resolución de 20 de Diciembre de 2006, **METRO CALI S.A.** abrió la Licitación Pública No. MC-DT-002 de 2006, con el fin de seleccionar la Propuesta más favorable para la celebración de un contrato de concesión, cuyo objeto es el diseño, implementación, integración, financiación, puesta en marcha, operación y mantenimiento del **Sistema de Información Unificado de Respuesta del Sistema MIO.**
10. El Sistema de Recaudo está definido en el Apéndice No. 2 del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública 002 de 2006, así:

*“El Subsistema de Recaudo concebido para el Sistema MIO, está determinado para la actividad exclusiva del recaudo del dinero del Sistema MIO, y de los recursos y los procesos relacionados para la finalidad específica y el cumplimiento de los objetivos propuestos, bajo claros criterios de control de parte de la empresa gestora-Metro Cali S.A. que genere confianza a los agentes involucrados con el Sistema MIO. El SRe procura:*

- *Lograr transparencia en el manejo y distribución de los recursos*
- *Optimizar las aplicaciones y las actividades que se desarrollan en torno al Masivo Integrado de Occidente - MIO.*
- *Consolidar los datos generados por el subsistema de Recaudo en torno a un solo Sistema de Información del MIO, sin que se afecte la independencia del Recaudador para las actividades relacionadas con su gestión, pero a la vez, logrando el control del mismo para velar por el cumplimiento del Contrato de concesión, con la oportunidad en la entrega de los datos y de la información cuando el sistema MIO lo requiera.*

*(...)*

*El posicionamiento del medio de pago representa para el Sistema MIO, mejores condiciones de sostenibilidad y calidad de servicio al cliente, razón por la cual, los clientes que escojan acceder al sistema con pago en efectivo, están generando pérdidas de información de gran importancia y mayores costos de operación para el Concesionario. De esta manera, el posicionamiento del medio de pago le representa al Concesionario, optimizar los costos de operación, así pues, entre más personas tengan acceso a una*

*TISC, mayores serán los recursos que pueda captar el Concesionario de Recaudo y mayores los beneficios que se le presten a los usuarios, como también se verá beneficiada la organización y control de Sistema MIO, permitirá incrementar la funcionalidad de la Plataforma Tecnológica implementada, optimizar el desempeño de la operación y facilitar la toma y análisis de la información del Sistema MIO” (Negrilla fuera de texto).*

11. Mediante Resolución 110.18.168 de 8 de mayo de 2007, se declaró desierta la Licitación Pública MC-DT-002 de 2006 (SIUR).
12. Mediante Resolución No. 110.18.359 de 15 de Agosto de 2007, **METRO CALI S.A.** se abrió nuevamente la Licitación Pública No. MC-DT-002 de 2007, con el fin de

seleccionar la propuesta más favorable para la celebración de un contrato de concesión, cuyo objeto es el diseño, implementación, integración, financiación, puesta en marcha, operación y mantenimiento del **Sistema de Información Unificado de Respuesta del Sistema MIO**.

13. Mediante Resolución No. 11018.539 de 2007 del 19 de noviembre de 2007, fue declarada desierta –por segunda vez- la Licitación Pública MC-DT-002-2007, cuyo objeto era la concesión para el diseño, implementación, puesta en marcha, financiación y mantenimiento del sistema de información Unificado de respuesta del Sistema.
14. En diciembre de 2007, la Secretaría de Transporte y Tránsito Municipal recibió el estudio de reestructuración de rutas de transporte público colectivo, que contenía la estrategia de reorganización de rutas de transporte públicos para la ciudad de Santiago de Cali en la medida en que las diferentes fases del SITM inicien en operación.
15. Posteriormente, el proceso de licitación fue abierto RESOLUCIÓN 304 del 19 de septiembre de 2006 y se tramitó de conformidad con lo previsto en la Ley 80 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios.
16. Previa evaluación de la única **Propuesta** presentada, **METRO CALI S.A.** mediante Resolución No. 1.10.208 de 1º de Julio de 2008 **adjudica el Contrato de Concesión** dentro de la licitación No. MC-DT-002 de 2007.
17. En consideración a lo anterior el día 8 de julio de 2008, **METRO CALI S.A.** y la **UNIÓN TEMPORAL** denominada **RECAUDO Y TECNOLOGÍA “UT R&T”**, suscribieron el Contrato de Concesión.
18. Mediante comunicación CCM-E-633-2008 del 18 de noviembre de 2008, el Concesionario informó a Metro Cali S.A. de la necesaria suscripción del Contrato de Fiducia para garantizar la forma de pago prevista contractualmente:

*“Es importante recordar a la Entidad, que desde el proceso anterior a la licitación de los Patio Talleres se contemplaron obligaciones y riesgos que permitieron a los Concesionarios analizar la presentación de una propuesta así como la tarifa a licitar. Sin embargo, y como lo hemos informado en anteriores ocasiones a la entidad, la no constitución de la Fiducia en asunto está alterando los riesgos económicos y financieros que fueron trasladados al Concesionario mismos, así como sus coberturas, siendo la más importante de estas, la **fuentes de pago del contrato** apoyado en la entrada en operación del STIM MIO, y por supuesto la Fiducia de Información Unificado de Respuesta del Sistema que sirve como fuente de pago”.*  
(Negrilla fuera de texto).

19. El 21 de julio de 2008, mediante comunicación CCM-E-561-2008, el Concesionario advirtió a Metro Cali S.A.:

*“Solicitamos amablemente a Metrocali defina quien será el encargado de seleccionar la sociedad fiduciaria del sistema, así como el aprobar los procedimientos administrativos y las condiciones y términos en que debe contratarse a dicha fiducia. Lo anterior, por cuanto la participación de*

*Metrocali de manera activa en la revisión de los términos del contrato de fiducia, es una obligación contractual en cabeza de la entidad prevista en cada uno de los contratos de concesión, por ello fue que se estableció en los mismos: “EL CONCESIONARIO otorga a Metro Cali S.A. – El Concedente a través del presente contrato, mandato irrevocable en beneficio del Sistema MIO, para que establezca las condiciones, calidades y términos de constitución de la Fiducia de administración del Sistema (...)”*

20. Mediante comunicación CCM-E-351-2008 del 3 de junio de 2008, el Concesionario se pronunció en relación con la modificación del operador del Sistema, así:

*“[C]onsideramos que los términos pactados en nuestros contratos deberán permanecer sin modificación alguna respecto de la constitución del contrato de fiducia por medio del cual se administraran los recursos del sistema, toda vez, que los mismos si prevén una unidad de administración de recursos de manera genera en beneficio de los concesionarios del sistema y no respecto de uno sólo de ellos”.*

21. Como consecuencia de lo anterior, el **CONCESIONARIO** tuvo que asumir sobrecostos, gastos y erogaciones correspondientes al **STAND BY** generados por la adjudicación tardía del LICITACIÓN PÚBLICA NO. MC-DT-002-2007 para el “DISEÑO IMPLEMENTACIÓN, INTEGRACIÓN, FINANCIACIÓN, PUESTA EN MARCHA, OPERACIÓN Y MANTEAMIENTO DEL SIUR”, los cuales no fueron reconocidos ni sufragados por parte de la entidad contratante.
22. El día 15 de noviembre de 2008, el SITM MIO, inicio su etapa de pre-operación con un periodo de operación promocional de 20 Km de troncal y 10 Km de ruta pretroncal, con una flota de 14 buses padrones<sup>26</sup>.
23. El 31 de diciembre de 2008 se firmó un acuerdo en el concesionario de recaudo para autorizarlo a seleccionar la fiducia que administrará los dineros del cobro, selección que se hizo efectiva en enero de 2009<sup>27</sup>.
24. El 8 de diciembre de 2008, las **Entidades Financieras** (Banco de Occidente, Banco de Bogotá, Banco Davivienda, Banco Avvillas y Colpatria) desembolsaron a la **Concesionaria** - a prorrata de la participación de cada una de ellas, recursos por valor de **CINCUENTA MIL MILLONES DE PESOS M/CTE (\$50.000.000.000.00)**, de conformidad con el Contrato de Crédito Sindicado suscrito el 19 de septiembre de 2007.
25. A la fecha en que se desembolsaron los recursos mencionados en el numeral anterior, se habían generado sobrecostos para la CONCESIONARIA, por la utilización tardía del Crédito sindicado, el cual establecía expresamente un período de disponibilidad y el pago de unas comisiones que sobre el mismo se generaban de acuerdo con los plazos inicialmente establecidos en el contrato de concesión- plazos que por demás a esa fecha estaban superados críticamente por causas ajenas al Concesionario e imputables a Metro Cali S.A.

<sup>26</sup> Información del Departamento Nacional de Planeación. Sistema Integrado de Transporte Masivo para Santiago de Cali-Mio ( Masivo Integrado de Occidente)

<sup>27</sup> Información del Departamento Nacional de Planeación. *Ibidem*.

26. El Contrato de Crédito Sindicado fue debidamente avalado y aprobado por Metrocali S.A., y en su cláusula tercera establece:

*“(...) 3.6. **Periodo de Disponibilidad:** Los recursos del crédito estarán a disposición de la Concesionaria desde el día de suscripción del presente reglamento<sup>28</sup> y hasta el 30 de junio de 2008, período dentro del cual la Concesionaria podrá hacer uso del crédito, sujeto a los términos y condiciones aquí descritos. Vencido dicho término sin que la Concesionaria haya hecho uso de la totalidad de los recursos del crédito, ésta contará con un plazo adicional de seis (6) meses para hacer uso del mismo, o del saldo pendiente por utilizar, sujeto al pago a favor de las Entidades Financieras, de la comisión descrita en el numeral 3.7 siguiente de la presente cláusula. A partir del vencimiento del término adicional de seis (6) meses aquí indicado las **ENTIDADES FINANCIERAS NO ESTARAN OBLIGADAS A EFECTUAR DESEMBOLSO ALGUNO.***

*3.7. **Comisión de Disponibilidad:** Entre el 1° de Julio de 2008 y hasta el 31 de diciembre del mismo año, la Concesionaria podrá hacer uso de los recursos del crédito, sujeto al pago de una comisión por la disponibilidad de los mismos, equivalente al punto quince por ciento efectivo anual (0.15% E.A.) calculada sobre el saldo del crédito pendiente por utilizar por parte de la Concesionaria. Esta comisión se causará de forma trimestral vencida a favor de las Entidades Financieras y a prorrata de su participación en el crédito, de forma automática a partir del 1° de julio de 2008, a menos que la Concesionaria haya avisado antes de dicha fecha por escrito, a las Entidades Financieras, su decisión de no utilizar o no continuar utilizando el Crédito (...)” (Negrilla y Mayúscula fuera de texto)*

27. La **Concesionaria** destinó los recursos desembolsados en desarrollo del Crédito Sindicado exclusivamente a los fines descritos en la Cláusula Décima del Reglamento de Crédito, es decir a la ejecución de las obras objeto de los contratos de Concesion 1 y 2 de 2007; situación que claramente se refleja en las actas de Entrega y Recibo del 10 de diciembre del patio Calima Sameco y del 24 de diciembre del año 2009 del patio de Puerto Mallarino, ambas suscritas por el Concedente- Metro Cali, la Interventoria y la Concesionaria.
28. El Sistema inició la Operación Temprana de la Fase 1 del SITM MIO en el mes de marzo del año 2009.
29. A la fecha de la presente reforma, la Concesionaria se encuentra al día con sus obligaciones de pago de intereses y capital a las diferentes entidades financieras que conforman el crédito sindicado.
30. La Operación Regular de la Fase 1 del SITM MIO se inició oficialmente a partir del 12 de Junio de 2010.
31. El Sistema Integrado de Transporte Masivo MIO a la fecha del presente documento continúa en la Fase 1.
32. Por factores externos a la Concesionaria, tales como el proceso de Implementación o puesta en marcha del Sistema de Transporte Masivo de Cali cuyo riesgo está a cargo de Metro Cali, se generaron dilaciones y retrasos en el

---

<sup>28</sup> El reglamento de crédito se suscribió el 19 de septiembre del año 2007.

inicio de la fases 1, 2 y 3 del SITM MIO, reflejándose esta situación en la disminución de pasajeros que ingresan al sistema frente a los presupuestados por la **Concesionaria** de acuerdo con los estudios previos publicados por la Entidad contratante durante la etapa licitatoria.

33. De acuerdo con el numeral anterior, en el mes de diciembre de 2009 la **Concesionaria** solicitó a las **Entidades Financieras** una reestructuración del Crédito Sindicado, toda vez que los ingresos de la Concesionaria como consecuencia de la operación del SITM MIO no alcanzaban a cubrir la amortización del capital a partir del plazo pactado en el contrato de crédito.
34. En razón a la situación financiera que presenta la **Concesionaria** como consecuencia de los problemas y retardos de la Implementación del Sistema, las **Entidades Financieras** aprobaron la reestructuración del crédito, que igualmente implicó para la Concesionaria el pagar intereses sobre el 100% del capital por dos años adicionales al periodo de gracia inicialmente pactado en el contrato de crédito.
35. El Concesionario estructuró su propuesta técnica, financiera y legal de acuerdo con la estructuración financiera prevista para la operación del SIUR.
36. Hasta el momento de presentación de esta demanda, no se han cumplidos los presupuestos esenciales del sistema contemplados en los Documentos CONPES: 3166 de 2002, 3369 de 2005 y 3504 de 2007.
37. Hasta el momento el Sistema Integrado no está implementado de manera integral y plena.
38. Como resultado del incumplimiento de los presupuestos esenciales del sistema por parte de las autoridades distritales a cargo de su implementación, la ejecución de los Contratos de Concesión 1 y 2 ha resultado gravosa para EL CONCESIONARIO situación que ha perjudicado –en su contra- la ecuación económica y financiera del contrato.

## **2. HECHOS RELATIVOS A LA LICITACIÓN PÚBLICA NO. MC-DT-003-2006 (CONCESIÓN DE PATIOS Y TALLERES)**

39. Mediante la Resolución No. 304 del 19 de septiembre de 2006, **METRO CALI S.A.** convocó la Licitación Pública No. MC-DT-003-2006 con el objeto de otorgar en Concesión la adquisición de predios, diseños y construcción de patios talleres del Sistema MIO del Municipio de Santiago de Cali y su área de influencia.
40. El Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. MC-DT-003 de 2006, consagró:

### *“1.2 OBJETO DE LA LICITACIÓN*

*“El objeto de la Licitación es adjudicar cinco (5) contratos para otorgar en Concesión la adquisición de predios, el diseño y la construcción, de cinco (5) Patios y Talleres del Sistema MIO de Municipio de Santiago de Cali y su Área de Influencia; en los términos, bajo las condiciones y con las limitaciones previstas en el Contrato.*

*“De acuerdo con su finalidad, los Contratos de Concesión objeto de la presente Licitación, incluyen la realización de las siguientes actividades, por cuenta y riesgo del Concesionario:*

*1.2.1. Adquisición de Predios.*

*Entendida como la compra efectiva o la transferencia del derecho de dominio que hace el Concesionario a nombre del Municipio de Santiago de Cali, del predio donde se construirá cada uno de los Patio y Talleres del Sistema MIO que le haya sido adjudicado.*

*1.2.2 Diseño:*

*Comprende todas las actividades necesarias para la realización del diseño del Patio y Taller del Sistema MIO que le sea adjudicado al Concesionario, de conformidad con los parámetros y necesidades del Sistema MIO que para el efecto haya establecido Metro Cali S.A. en el Apéndice 04 Alcance de los Estudios y Diseños del Concesionario. El recibo de los diseños debe seguir lo estipulado en el Apéndice 02 Condiciones Generales numeral 2.1.*

*1.2.3. Construcción:*

*Comprende todas las actividades que conlleven la construcción del Patio y Taller Sistema MIO que le sea adjudicado al Concesionario, de conformidad con el diseño aprobado por Metro Cali S.A. Los permisos, licencias, estudios ambientales, y demás requisitos exigidos por las entidades municipales para la construcción del Patio y Taller que le haya sido adjudicado, serán exclusivamente responsabilidad del Concesionario. El recibo de infraestructura debe seguir lo estipulado en el Apéndice 02 Condiciones Generales numeral 2.2. y 2.3*

*(...)”*

- 41.** En concordancia con lo anterior, **EL CONCESIONARIO** estructuró su propuesta técnica, financiera y legal de acuerdo con las consideraciones previstas en la ley, los pliegos de condiciones, la minuta de los Contratos de Concesión No. 1 y 2 y sus apéndices y las precisiones señaladas por la misma Entidad durante el desarrollo de la Licitación Pública.
- 42.** Mediante la Resolución No. 484 de diciembre 29 de 2006, le fueron adjudicados a la **CONCESIONARIA CALI MIO S.A.** los Contratos de Concesión No. 1 y 2, objeto de la Licitación Pública No. MC-DT-003-2006.

**4. HECHOS RELATIVOS A LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN No. 1 y 2**

- 43.** El día 15 de marzo de 2007, **METRO CALI S.A.** y la **CONCESIONARIA CALI MIO S.A.**, suscribieron Contrato de Concesión No. 1 “Patio Taller Calima-Sameco” y No. 2 “Patio Taller Puerto Mallarino”, cuyos objetos son:

<b>CONTRATO DE CONCESIÓN No. 1</b>	<b>CONTRATO DE CONCESIÓN No. 2</b>
<b>CLÁUSULA 1 OBJETO DEL CONTRATO. El</b>	<b>CLÁUSULA 1 OBJETO DEL CONTRATO. El</b>



<p><i>presente tiene por objeto otorgar en Concesión por parte del Metro Cali S.A.- El concedente al CONCESIONARIO la adquisición, diseño, construcción, explotación y entrega a plena satisfacción del Metro Cali S.A.-El concedente del Patio y Taller denominado CALIMA-SAMECO del Sistema MIO del Municipio de Santiago de Cali y su área de influencia; actividades que EL CONCESIONARIO deberá desarrollar por cuenta y riesgo y bajo el control y vigilancia de metro Cali S.A.-El concedente mediante el pago de una contraprestación consistente en un valor licitado por cada uno de los viajes que constituyen pago y que son efectivamente realizados por los usuarios del Sistema MIO. Conforme a la propuesta presentada por EL CONCESIONARIO.</i></p>	<p><i>presente tiene por objeto otorgar en Concesión por parte del Metro Cali S.A.- El concedente al CONCESIONARIO la adquisición, diseño, construcción, explotación y entrega a plena satisfacción del Metro Cali S.A.-El concedente del Patio y Taller denominado PUERTO MALLARINO del Sistema MIO del Municipio de Santiago de Cali y su área de influencia; actividades que EL CONCESIONARIO deberá desarrollar por cuenta y riesgo y bajo el control y vigilancia de metro Cali S.A.-El concedente mediante el pago de una contraprestación consistente en un valor licitado por cada uno de los viajes que constituyen pago y que son efectivamente realizados por los usuarios del Sistema MIO. Conforme a la propuesta presentada por EL CONCESIONARIO.</i></p>
--	---

44. En los Contratos de Concesión No. 1 y 2, se estableció que el único que puede realizar el recaudo, conciliación de pasajeros, y en consecuencia el respectivo reporte de los viajes que constituirán el pago de la **CONCESIONARIA CALI MIO S.A.** de acuerdo con la tarifa licitada, es el **CONCESIONARIO DEL SIUR**.
45. **EL CONCESIONARIO DEL SIUR**, es el único facultado contractualmente para suscribir el Contrato de Fiducia para efectos de la administración de los recursos generados por el sistema, siendo esta la fuente de pago de los Contrato de Concesión No. 1 y 2 de Patio Talleres, así:

<b>CONTRATO DE CONCESIÓN No. 1</b>	<b>CONTRATO DE CONCESIÓN No. 2</b>
<p><i><b>“CLÁUSULA 30 REMUNERACIÓN DE EL (sic) CONCESIONARIO. Como remuneración por las obligaciones que impone el presente Contrato de Concesión a El (sic) CONCESIONARIO, se le otorgará el derecho a una participación en los ingresos generados por la Prestación del Servicio Público de Transporte Masivo 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 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 demás</b></i></p>	<p><i><b>“CLÁUSULA 30 REMUNERACIÓN DE EL (sic) CONCESIONARIO. Como remuneración por las obligaciones que impone el presente Contrato de Concesión a El (sic) CONCESIONARIO, se le otorgará el derecho a una participación en los ingresos generados por la Prestación del Servicio Público de Transporte Masivo 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 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 demás</b></i></p>

<p>concesiones de Patios y Talleres, las condiciones de Operación de Transporte, la Concesión del sistema Unificado de Respuesta del Sistema MIO (SIUR), Metro Cali S.A.-El Concedente, 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. <u>Los ingresos para cada uno de los Concesionarios de patios y talleres, corresponderán a la tarifa licitada, multiplicada por los respectivos viajes que constituyen pago y que son efectivamente realizados por los usuarios del Sistema MIO, reportados por el Concesionario del SIUR, tal como se muestra a continuación: Para el presente Contrato de Concesión No. 1 Patio y Taller denominado CALIMA-SAMECO la tarifa es de \$19.00 (Diecinueve Pesos Moneda Corriente) de enero de 2007 por viaje pago efectivamente realizado. [...]</u></p> <p><u>El valor de la participación a favor del CONCESIONARIO remunera integralmente las obligaciones y riesgos asumidos por EL CONCESIONARIO con ocasión del presente contrato y, por lo tanto, la totalidad de las obligaciones de adquisición de predios, el diseño y la construcción de el (sic) Patio y Taller denominado Calima-Sameco del sistema MIO, sin que se requiera de ningún pago o compensación adicional por parte de Metro Cali S.A.-El Concedente a favor del CONCESIONARIO. Por lo tanto, el acaecimiento de los riesgos a los que se refiere este contrato, reducción o adición de la remuneración del CONCESIONARIO, ni darán lugar a reconocimientos o compensaciones adicionales por parte de Metro Cali S.A.-El Concedente a favor del CONCESIONARIO.”</u> (Subrayado fuera de texto)</p>	<p>concesiones de Patios y Talleres, las condiciones de Operación de Transporte, la Concesión del sistema Unificado de Respuesta del Sistema MIO (SIUR), Metro Cali S.A.-El Concedente, 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. <u>Los ingresos para cada uno de los Concesionarios de patios y talleres, corresponderán a la tarifa licitada, multiplicada por los respectivos viajes que constituyen pago y que son efectivamente realizados por los usuarios del Sistema MIO, reportados por el Concesionario del SIUR, tal como se muestra a continuación: Para el presente Contrato de Concesión No. 1 Patio y Taller denominado PUERTO MALLARINO la tarifa es de \$19.06 (Diecinueve Pesos con Seis Centavos Moneda Corriente) de enero de 2007 por viaje pago efectivamente realizado. [...]</u></p> <p><u>El valor de la participación a favor del CONCESIONARIO remunera integralmente las obligaciones y riesgos asumidos por EL CONCESIONARIO con ocasión del presente contrato y, por lo tanto, la totalidad de las obligaciones de adquisición de predios, el diseño y la construcción de el (sic) Patio y Taller denominado Puerto Mallarino del sistema MIO, sin que se requiera de ningún pago o compensación adicional por parte de Metro Cali S.A.-El Concedente a favor del CONCESIONARIO. Por lo tanto, el acaecimiento de los riesgos a los que se refiere este contrato, reducción o adición de la remuneración del CONCESIONARIO, ni darán lugar a reconocimientos o compensaciones adicionales por parte de Metro Cali S.A.-El Concedente a favor del CONCESIONARIO.”</u> (Subrayado fuera de texto)</p>
--	--

46. La CLÁUSULA 32 de LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN No. 1 y 2, estableció las actividades a desarrollar en la Etapa de Preconstrucción:

CONTRATO DE CONCESIÓN No. 1	CONTRATO DE CONCESIÓN No. 2
CLAUSULA 32. ETAPA DE PRECONSTRUCCIÓN. El plazo máximo para la etapa de preconstrucción es de Tres (3) meses, sin perjuicio de que ésta	CLAUSULA 32. ETAPA DE PRECONSTRUCCIÓN. El plazo máximo para la etapa de preconstrucción es de Tres (3) meses, sin perjuicio de que ésta

<p>termine antes si se llegara a cumplir todas y cada una de las obligaciones que le asisten al CONCESIONARIO con anterioridad al plazo estimado para ésta etapa:</p> <p>La etapa de preconstrucción contempla las siguientes actividades sin limitarse a ellas:</p> <p>32.1. Adquisición del Predio para el Patio y Taller denominado Calima – Sameco.</p> <p>32.2. Disposición de los recursos para el pago de la Interventoría.</p> <p>32.3. Elaboración de los diseños para el Patio y Taller denominado Calima – Sameco.</p> <p>32.4. Aprobación por parte de la Interventoría.</p> <p>32.5. Realización de modificaciones y ajustes si los hubiere.</p>	<p>termine antes si se llegara a cumplir todas y cada una de las obligaciones que le asisten al CONCESIONARIO con anterioridad al plazo estimado para ésta etapa:</p> <p>La etapa de preconstrucción contempla las siguientes actividades sin limitarse a ellas:</p> <p>32.1. Adquisición del Predio para el Patio y Taller denominado Calima – Sameco.</p> <p>32.2. Disposición de los recursos para el pago de la Interventoría.</p> <p>32.3. Elaboración de los diseños para el Patio y Taller denominado Calima – Sameco.</p> <p>32.4. Aprobación por parte de la Interventoría.</p> <p>32.5. Realización de modificaciones y ajustes si los hubiere.</p>
---	---

47. El 20 de abril de 2007 se suscribió Acta de Inicio, y en consecuencia se dio inicio a la Etapa de Preconstrucción, de acuerdo con lo previsto en los CONTRATOS DE CONCESIÓN No. 1 y 2 describiendo que el plazo de duración de los referidos contratos de concesión No. 1 y 2 sería indeterminado, pero determinable según el término en el que se agoten las siguientes etapas. Para lo anterior se señaló que la Etapa de Preconstrucción culminaría a más tardar el 20 de julio de 2007.

CRONOGRAMA CONTRACTUAL	
ETAPA DE CONSTRUCCIÓN	3 MESES
ETAPA DE CONSTRUCCIÓN	8 MESES
ETAPA DE REVERSIÓN	2 MESES
ETAPA DE EXPLOTACIÓN	15 AÑOS

48. Dispusieron LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN No. 1 y 2 respecto al Diseño de los patios y Talleres:

CONTRATO DE CONCESIÓN No. 1	CONTRATO DE CONCESIÓN No. 2
“CLAUSULA 12 OBLIGACIONES DE EL CONCESIONARIO: (...)	“CLAUSULA 12 OBLIGACIONES DE EL CONCESIONARIO: (...)
12.2.1. Realizar todos los diseños y	12.2.1. Realizar todos los diseños y

<p>estudios solicitados en los Apéndices del Contrato del Patio Taller denominado Calima-Sameco del Sistema MIO y, si es del caso, proponer modificaciones y/o precisiones, las cuales deberán ser sometidas a la aprobación de Metro Cali S.A.-El Concedente o sus delegados, agentes o interventores que, en todo caso, deberán encontrarse de conformidad con los parámetros y necesidades del Sistema que para el efecto haya establecido Metro Cali S.A.-El Concedente en los Apéndices del contrato.</p> <p>“12.2.2. Presentar a consideración y aprobación de Metro Cali S.A.-El Concedente las modificaciones o ajustes necesarios durante la etapa de preconstrucción.</p> <p>“12.2.3. Contratar el personal idóneo para realizar los diseños del proyecto.”</p>	<p>estudios solicitados en los Apéndices del Contrato del Patio Taller denominado Puerto Mallarino del Sistema MIO y, si es del caso, proponer modificaciones y/o precisiones, las cuales deberán ser sometidas a la aprobación de Metro Cali S.A.-El Concedente o sus delegados, agentes o interventores que, en todo caso, deberán encontrarse de conformidad con los parámetros y necesidades del Sistema que para el efecto haya establecido Metro Cali S.A.-El Concedente en los Apéndices del contrato.</p> <p>“12.2.2. Presentar a consideración y aprobación de Metro Cali S.A.-El Concedente las modificaciones o ajustes necesarios durante la etapa de preconstrucción.</p> <p>“12.2.3. Contratar el personal idóneo para realizar los diseños del proyecto.”</p>
---	--

49. El 20 de abril del 2007 – fecha a partir de la cual inició la Etapa de Preconstrucción – dio inicio a la entrega y presentación de cada uno de los diseños establecidos en el Apéndice 4 de cada uno de LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN No. 1 y 2.

50. De manera más detallada, el apéndice 4 de LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN No. 1 y 2, establece las “Condiciones de Elaboración de los Estudios diseños”, determinando en su literal 3 las obligaciones del CONCESIONARIO relacionadas con la elaboración de sus propios estudios y diseños durante la Etapa de Preconstrucción, así:

“Para efectos de adelantar las observaciones del Interventor y de las diferentes entidades competentes, el Concesionario deberá tener definidos y entregar al Interventor, a partir de las primeras tres (3) semanas de la Etapa de Preconstrucción, los siguientes estudios y diseños:”

“Semana 3	Estudios Topográficos
Semana 4	Estudio de Transito -Diseño Geométrico en Planta
Semana 7	Evaluación Geotécnica -Diseño de Pavimentos – Estudio de Suelos para Fundaciones.
Semana 8	Arquitectónico de Edificaciones, Puentes Peatonales,

	incluyendo rampas de acceso.
Semana 9	Diseños de Espacio Público, y Paisajismo.
Semana 10	Diseño Estructural de Edificaciones -Diseño Estructural de Puentes Peatonales, incluyendo rampas de acceso.
Semana 9	Estudios y Diseños de Redes Externas e Internas de Acueducto, Alcantarillado, Energía, Comunicaciones, gas – Diseño de Señalización, Demarcación y Semaforización.
Semana 9 a 12	Atención de observaciones realizadas por el Interventor y las diferentes entidades encargadas de la aprobación.
Semana 12	Radicación para Licencia de Construcción
Semana 15	Entrega final de los estudios y diseños a METRO CALI S.A., debidamente aprobados.”

- 51.** El APÉNDICE 2 – DEL CONTRATO CONDICIONES GENERALES, define las etapas del proyecto en: Etapa Preoperativa y Etapa de Construcción, respecto de la primera establece:

“Preoperativa:

Incluye:

- Estudios y Diseños.

(...)

#### 2.1 ESTUDIOS Y DISEÑOS:

En la etapa de estudios y diseños, se realizará reuniones periódicas para brindar acompañamiento en el proceso de los diseños, presentando aportes de las condiciones de operación de los Patios y Talleres, una vez se encuentre elaborados los primeros borradores de la funcionalidad.

El Concesionario deberá realizar pruebas con autobuses para verificar las dimensiones previstas en los diseños, la metodología de estas pruebas deberán estipularse por parte de Metro Cali S.A.”

- 52.** Desde el 24 de abril de 2007 mediante comunicación CCM-E-058-2007, el CONCESIONARIO entregó a METRO CALI S,A, la versión “0” de los diseños de los contratos de concesión 1 y 2, dando cumplimiento al plazo contractual pactado para la etapa de Preconstrucción de cada contrato

- 53.** Mediante comunicación CCM-E-063-2007 del 3 de mayo de 2007, el Concesionario con el ánimo de avanzar en la revisión y concertación de los diseños, solicitó a Metro Cali S.A. que le informara sobre la designación de la Interventoría de los contratos con quien se debería obtener las aprobaciones contractuales de los estudios y diseños correspondientes. La comunicación precitada, señala expresamente:

“Es claro que la demora en la definición de estos aspectos contractuales (Interventoría y Operadores) generan atrasos y procesos que interferirán con la entrega operativa de las obras respectivas, por lo que solicitamos su pronta definición” (Negrilla fuera de texto).

54. La Interventoría de los Contratos de Concesión 1 y 2 fue definida hasta el 7 de junio de 2007, mediante comité técnico No. 1 de esa misma fecha, donde se informó que la Fundación General de Apoyo a la Universidad del Valle llevaría a cabo la Interventoría de los diseños durante la etapa de Preconstrucción.
55. No obstante la falta de definición del operador, el Concesionario siguió dando cabal cumplimiento a sus obligaciones contractuales, presentado dentro de los plazos establecidos los estudios y diseños requeridos, y asistiendo a cada una de las reuniones programadas con la Interventoría de los proyectos, atendiendo a los plazos contractualmente establecidos, las observaciones que a los mismos se hayan presentado, cumpliendo así el cronograma previsto en el mismo. La Interventoría presentó las observaciones a los diseños y las mismas, fueron atendidas para cumplir con las exigencias técnicas y dentro de los plazos contractualmente previstos.
56. La CONCESIONARIA CALI MIO S.A. informó a METRO CALI S.A. los perjuicios económicos que ocasionaría la adjudicación tardía del SIUR y la demora en la aprobación de los diseños, mediante la comunicación CCM-E-180-2007 de 16 de julio de 2007, en la que expresó:

“En la ejecución de los contratos de la referencia, se están presentado dificultades emanadas de incidencias causadas por razones ajenas al Concesionario y en consecuencia, no imputables al mismo, aspectos que necesariamente influyen en los plazos contractualmente establecidos, que se deberán tener en cuenta frente a un posible desplazamiento en la fecha de iniciación de la etapa de construcción y la obtención del cierre financiero de los contratos de concesión No.1 y No. 2

(...)

(i) Que los riesgos de implantación del sistema y el riesgo del Hecho del Príncipe son riesgos asumidos por Metrocali S.A.

(ii) La fuente de pago de los Contratos de Concesión No. 1 y No.2 entre otros factores externos dependían directamente de la adjudicación del SIUR y obviamente de la implantación del sistema.

(iii) La fase I de implantación estaba prevista contractualmente para el mes de diciembre del año 2007. Bajo tal premisa, es claro que Metrocali S.A. mitigaba su riesgo de implantación definiendo la fecha en que se estimaba dar inicio a la implantación del sistema y a

brindarle la seguridad financiera y legal necesaria al Sistema en general y credibilidad en el sector financiero.

(iv) La adjudicación de la licitación del SIUR se llevaría a cabo el lunes 7 de mayo de 2007 a las 9:00 am, garantizándose así que todo el sistema contaría con las herramientas tecnológicas necesarias para que la administración de los recursos se realizará en los términos previstos en los Contratos de Concesión y en el Contrato de Fiducia que deberá suscribir el Concesionario del SIUR

(...)

[E]s importante resaltar, que el aplazamiento de la adjudicación de la licitación del SIUR, y en consecuencia, el aplazamiento de la operación de todo el sistema, ha generado impactos desfavorables en el riesgo que el sector financiero ha decidido asumir respecto a estos contratos, consecuencias que recaen directamente en las condiciones de crédito que, - de forma normal y bajo las premisas contractuales y públicamente conocidas antes señaladas – se habían estructurado por parte del Concesionario para la obtención de los recursos necesarios para la construcción de cada uno de los Patio – Talleres.

El impacto negativo en el sector financiero, se presentó desde el pasado mes de junio de 2007, cuando fue de público conocimiento la noticia que el inicio de la operación, no se daría para finales de este año, aunado a la declaración desierta de la Licitación del SIUR y dicho impacto ha repercutido con la última comunicación de la entidad, en donde confirma, que se le autorizó a Metrocali el aplazamiento del inicio de la operación regular del Sistema Mio para el segundo trimestre del 2008.

(...)

Las circunstancias de interferencia en el cumplimiento de los plazos contractuales del Concesionario Cali Mio S.A. por la presentación tardía de los operadores a los diseños, deben ser analizados por Metrocali con el fin de garantizar una homogeneidad y coordinación de las actividades de planeación del Sistema Mio, sin trasladarle imputabilidades y/o responsabilidades al Concesionario de Patio Talleres quien ha dado cabal cumplimiento a las fechas de entrega de los estudios y diseños y ha revisado y estudiado las observaciones que la Interventoría presentó en los mismos, todo dentro de los plazos establecidos dentro de la etapa de Preconstrucción” (Negrilla fuera de texto).

57. El 19 de julio de 2007, el Concesionario hizo entrega de todos los diseños definitivos con las observaciones presentadas por el Interventor y Metro Cali a esa fecha. Esta situación, quedó expresamente reconocida mediante Otrosí No. 2 a los Contratos de Concesión No. 1 y 2:

CONTRATO DE CONCESIÓN No. 1	CONTRATO DE CONCESIÓN No. 2
-----------------------------	-----------------------------

<p>“Considerandos (...) 8.. <u>Que durante el transcurso de la misma, el Concesionario dio cabal cumplimiento a los plazos contractuales, entregando los estudios y diseños de acuerdo con el cronograma establecido en el Apéndice 4 del Contrato, atendiendo las observaciones presentadas tanto por el Interventor, Metro Cali y los mismos operadores, observaciones que aunque fueron radicadas por los operadores tardíamente, se tuvieron en cuenta aquellas que contractualmente se consideraron viables por parte del Concesionario de Patio Taller.</u></p> <p>9. Que mediante Resolución 110.18.168 de 8 de mayo de 2007, se declaró desierta la Licitación Pública MC-DT-002 de 2006 (SIUR).</p> <p>10. <u>Que la contratación del Concesionario del SIUR es necesaria e indispensable para la operación del Sistema MIO. y dado que a la fecha aún no se ha adjudicado dicho contrato, se ve la necesidad de ajustar y modificar los plazos previstos para acreditar los cierres financieros en los Contratos de Concesión de los Patio Talleres.”</u></p> <p>“CLÁUSULA 1: Modifíquese la cláusula 4 Duración del Contrato, numeral 4.1 del Contrato de Concesión No. 1 que en adelante quedará así:</p> <p>“CLÁUSULA 4 DURACIÓN DEL CONTRATO El plazo de duración del presente Contrato de Concesión será indeterminado, pero determinable según el término en el que se agoten las siguientes etapas:</p>	<p>“Considerandos (...) “8.. <u>Que durante el transcurso de la misma, el Concesionario dio cabal cumplimiento a los plazos contractuales, entregando los estudios y diseños de acuerdo con el cronograma establecido en el Apéndice 4 del Contrato, atendiendo las observaciones presentadas tanto por el Interventor, Metro Cali y los mismos operadores, observaciones que aunque fueron radicadas por los operadores tardíamente, se tuvieron en cuenta aquellas que contractualmente se consideraron viables por parte del Concesionario de Patio Taller.</u></p> <p>(...) 10. Que mediante Resolución 110.18.168 de 8 de mayo de 2007, se declaró desierta la Licitación Pública MC-DT-002 de 2006 (SIUR).</p> <p>11. <u>Que la contratación del Concesionario del SIUR es necesaria e indispensable para la operación del Sistema MIO. y dado que a la fecha aún no se ha adjudicado dicho contrato, se ve la necesidad de ajustar y modificar los plazos previstos para acreditar los cierres financieros en los Contratos de Concesión de los Patio Talleres.”</u></p> <p>“CLAUSULA 1: Modifíquese la cláusula 4 Duración del Contrato, numeral 4.1 del Contrato de Concesión No. 2 que en adelante quedará así:</p> <p>“CLÁUSULA 4 DURACIÓN DEL CONTRATO El plazo de duración del presente Contrato de Concesión será indeterminado, pero determinable</p>
--	--



<p>4.1. La etapa de preconstrucción, comprendida entre la fecha del acta de inicio del presente contrato y la fecha en que Metro Cali S.A.-El Concedente y el interventor aprueben los Diseños de las obras y tendrá una duración máxima HASTA EL 28 DE SEPTIEMBRE DE 2007, para el patio y taller denominado Norte Calima-Sameco de la Fase 1 del Sistema MIO.”</p>	<p>según el término en el que se agoten las siguientes etapas:  1La etapa de preconstrucción, comprendida entre la fecha del acta de inicio del presente contrato y la fecha en que Metro Cali S.A.-El Concedente y el interventor aprueben los Diseños de las obras y tendrá una duración máxima HASTA EL 28 DE SEPTIEMBRE DE 2007, para el patio y taller denominado Puerto Mallarino de la Fase 1 del Sistema MIO.”</p>
--	--

58. Metro Cali S.A. extemporáneamente decidió aceptar nuevas observaciones de terceros ajenos a la relación contractual, y en tal sentido manifestó en la modificación realizada mediante Otrosí No. 3 suscrito el día 18 de septiembre de 2007, que prevé literalmente:

<b>CONTRATO DE CONCESIÓN No. 1</b>	<b>CONTRATO DE CONCESIÓN No. 2</b>
<p>“Considerandos  (...) <b>Que se han presentado observaciones a los diseños por parte de los Concesionarios de Transporte, de Metro Cali S.A. y de la Interventoría, las cuales deben ser atendidas por el Concesionario, con el fin que sean incorporados a las mismas, con el objetivo que sean aprobados los diseños definitivos”</b>  (Negrilla fuera de texto)</p> <p><b>CLÁUSULA 1:</b> Modifíquese la cláusula 4 <b>Duración</b> del Contrato, numeral 4.1 del Contrato de Concesión No. 1 que en adelante quedará así:</p> <p><b>“CLÁUSULA 4 DURACIÓN DEL CONTRATO</b>  El plazo de duración del presente Contrato de Concesión será indeterminado, pero determinable según el término en el que se agoten las siguientes etapas:</p> <p>4.1. La etapa de preconstrucción, comprendida entre la fecha</p>	<p>“Considerandos  (...) <b>Que se han presentado observaciones a los diseños por parte de los Concesionarios de Transporte, de Metro Cali S.A. y de la Interventoría, las cuales deben ser atendidas por el Concesionario, con el fin que sean incorporados a las mismas, con el objetivo que sean aprobados los diseños definitivos”</b> (Negrilla fuera de texto).</p> <p><b>CLAUSULA 1:</b> Modifíquese la cláusula 4 <b>Duración</b> del Contrato, numeral 4.1 del Contrato de Concesión No. 2 que en adelante quedará así:</p> <p><b>“CLÁUSULA 4 DURACIÓN DEL CONTRATO</b>  El plazo de duración del presente Contrato de Concesión será indeterminado, pero determinable según el término en el que se agoten las siguientes etapas:</p> <p>4.1 La etapa de</p>

<p>del acta de inicio del presente contrato y la fecha en que Metro Cali S.A.-El Concedente y el interventor aprueben los Diseños de las obras y tendrá una duración máxima <b>HASTA EL 29 DE OCTUBRE DE 2007</b>, para el patio y taller denominado Norte Calima-Sameco de la Fase 1 del Sistema MIO.”</p> <p>“<b>CLÁUSULA 2.</b> Modifíquese la cláusula 32 Etapa de Preconstrucción del Contrato de Concesión No. 1 que en adelante quedará así:  <b>“CLÁUSULA 32. ETAPA DE PRECONSTRUCCIÓN.</b>  El plazo máximo para la etapa de preconstrucción es <b>HASTA EL 29 DE OCTUBRE DE 2007</b>, sin perjuicio de que está termine antes si se llegara a cumplir todas y cada una de las obligaciones que le asisten al <b>CONCESIONARIO</b> con anterioridad al plazo estimado para ésta etapa.  La etapa de preconstrucción contempla las siguientes actividades sin limitarse a ellas:  32.1. Adquisición del Predio para el Patio y Taller denominado Puerto Mallarino.  32.2. Disposición de los recursos para el pago de la Interventoría.  32.3. Elaboración de los diseños para el Patio y Taller denominado Calima Sameco ;  32.4. Aprobación por parte de la Interventoría.  32.5. Realización de las modificaciones y ajustes si los hubiere.”</p>	<p>preconstrucción, comprendida entre la fecha del acta de inicio del presente contrato y la fecha en que Metro Cali S.A.-El Concedente y el interventor aprueben los Diseños de las obras y tendrá una duración máxima <b>HASTA EL 29 DE OCTUBRE DE 2007</b>, para el patio y taller denominado Puerto Mallarino de la Fase 1 del Sistema MIO.”</p> <p>“<b>CLÁUSULA 2.</b> Modifíquese la cláusula 32 Etapa de Preconstrucción del Contrato de Concesión No. 2 que en adelante quedará así:  <b>“CLÁUSULA 32. ETAPA DE PRECONSTRUCCIÓN.</b> El plazo máximo para la etapa de preconstrucción es <b>HASTA EL 29 DE OCTUBRE DE 2007</b>, sin perjuicio de que está termine antes si se llegara a cumplir todas y cada una de las obligaciones que le asisten al <b>CONCESIONARIO</b> con anterioridad al plazo estimado para ésta etapa.  La etapa de preconstrucción contempla las siguientes actividades sin limitarse a ellas:  32.1. Adquisición del Predio para el Patio y Taller denominado Puerto Mallarino.  32.2. Disposición de los recursos para el pago de la Interventoría.  32.3. Elaboración de los diseños para el Patio y Taller denominado Puerto Mallarino;  32.4. Aprobación por parte de la Interventoría.  32.5. Realización de las modificaciones y ajustes si los hubiere  (...)”</p>
--	--

59. Mediante oficios del 23 de octubre de 2007, HUMBERTO VIDAL, Director de Interventoría de la **FUNDACIÓN GENERAL DE APOYO A LA UNIVERSIDAD DEL VALLE**, impartió aprobación preliminar a la implantación Urbano-Arquitectónica

de los proyectos para el Patio Taller Calima – Sameco, y para el Patio Taller Puerto Mallarino, así:

CONTRATO DE CONCESIÓN No. 1	CONTRATO DE CONCESIÓN No. 2
<p><i>“De acuerdo a su solicitud y con fundamento en la última versión de los planos urbanísticos y arquitectónicos presentados por Uds. El día anterior, impartimos la aprobación preliminar a la implantación Urbano-Arquitectónica del proyecto para el patio taller Calima - Sameco del SITM-MIO., (...)”.</i></p>	<p><i>“De acuerdo a su solicitud y con fundamento en la última versión de los planos urbanísticos y arquitectónicos presentados por Uds. El día anterior, impartimos la aprobación preliminar a la implantación Urbano-Arquitectónica del proyecto para el patio taller Puerto Mallarino del SITM-MIO., (...)”</i></p>

60. El Concesionario dio respuesta a cada una de las observaciones o sugerencias que por fuera de los plazos señalados en el Apéndice 4, fueron realizadas por la Interventoría, Metro Cali y/o los operadores. No obstante, nunca se obtuvo pronunciamiento por parte de estas entidades, respecto de la aprobación de los estudios y diseños, retardando y dilatando el inicio de la Etapa de Construcción prevista contractualmente para el 20 de julio de 2007.
61. Lo anterior, aunado a la indefinición del operador del SIUR, generó ampliaciones y suspensiones de los Contratos de Concesión No. 1 y 2. Estas circunstancias ajenas al Concesionario, se plasmaron en los Otrosíes No. 4 a los Contratos de Concesión No. 1 y 2, suscritos el día 26 de octubre de 2007, así:

CONTRATO DE CONCESIÓN No. 1	CONTRATO DE CONCESIÓN No. 2
<p><b>CLÁUSULA 1:</b> <i>Modifíquese la cláusula 4 Duración del Contrato, numeral 4.1 del Contrato de Concesión No. 1 que en adelante quedará así:</i></p> <p><b>“CLÁUSULA 4 DURACIÓN DEL CONTRATO</b></p> <p><i>El plazo de duración del presente Contrato de Concesión será indeterminado, pero determinable según el término en el que se agoten las siguientes etapas:</i></p> <p>4.1. <i>La etapa de preconstrucción, comprendida entre la fecha del acta de inicio del presente contrato y la fecha en que Metro Cali S.A.-El Concedente y el interventor aprueben los Diseños de las obras y tendrá una duración</i></p>	<p><b>CLÁUSULA 1:</b> <i>Modifíquese la cláusula 4 Duración del Contrato, numeral 4.1 del Contrato de Concesión No. 1 que en adelante quedará así:</i></p> <p><b>“CLÁUSULA 4 DURACIÓN DEL CONTRATO</b></p> <p><i>El plazo de duración del presente Contrato de Concesión será indeterminado, pero determinable según el término en el que se agoten las siguientes etapas:</i></p> <p>4.1. <i>La etapa de preconstrucción, comprendida entre la fecha del acta de inicio del presente contrato y la fecha en que Metro Cali S.A.-El Concedente y el interventor aprueben los Diseños de las obras y tendrá una duración máxima <b>HASTA EL 4 DE ENERO DE 2008</b>, para el</i></p>

máxima **HASTA EL 4 DE ENERO DE 2008**, para el patio y taller denominado Norte Calima-Sameco de la Fase 1 del Sistema MIO.”

“**CLÁUSULA 2.** Modifíquese la cláusula 32 Etapa de Preconstrucción del Contrato de Concesión No. 1 que en adelante quedará así:

**“CLÁUSULA 32. ETAPA DE PRECONSTRUCCIÓN.**

El plazo máximo para la etapa de preconstrucción es **HASTA EL 4 DE ENERO DE 2008**, sin perjuicio de que está termine antes si se llegara a cumplir todas y cada una de las obligaciones que le asisten al **CONCESIONARIO** con anterioridad al plazo estimado para ésta etapa. La etapa de preconstrucción contempla las siguientes actividades sin limitarse a ellas:

32.1. Adquisición del Predio para el Patio y Taller denominado Calima Sameco.

32.2. Disposición de los recursos para el pago de la Interventoría.

32.3. Elaboración de los diseños para el Patio y Taller denominado Calima Sameco.

32.4. Aprobación por parte de la Interventoría.

32.5. Realización de las modificaciones y ajustes si los hubiere.”

Lo anterior, con fundamento en los considerados del mismo, los cuales

patio y taller denominado Norte Calima-Sameco de la Fase 1 del Sistema MIO.”

“**CLÁUSULA 2.** Modifíquese la cláusula 32 Etapa de Preconstrucción del Contrato de Concesión No. 1 que en adelante quedará así:

**“CLÁUSULA 32. ETAPA DE PRECONSTRUCCIÓN.**

El plazo máximo para la etapa de preconstrucción es **HASTA EL 4 DE ENERO DE 2008**, sin perjuicio de que está termine antes si se llegara a cumplir todas y cada una de las obligaciones que le asisten al **CONCESIONARIO** con anterioridad al plazo estimado para ésta etapa.

La etapa de preconstrucción contempla las siguientes actividades sin limitarse a ellas:

32.1. Adquisición del Predio para el Patio y Taller denominado Calima Sameco.

32.2. Disposición de los recursos para el pago de la Interventoría.

32.3. Elaboración de los diseños para el Patio y Taller denominado Calima Sameco.

32.4. Aprobación por parte de la Interventoría.

32.5. Realización de las modificaciones y ajustes si los hubiere.”

Lo anterior, con fundamento en los considerados del mismo, los cuales establecen:

11. Que el 22 de octubre de 2007, se cerró la nueva Licitación del SIUR, sin embargo a la fecha existe incertidumbre sobre el rechazo de la única propuesta o la declaratoria de desierta de

<p>establecen:</p> <p>11. <u>Que el 22 de octubre de 2007, se cerró la nueva Licitación del SIUR, sin embargo a la fecha existe incertidumbre sobre el rechazo de la única propuesta o la declaratoria de desierta de la Licitación.</u></p> <p>12. <u>Que la contratación del Concesionario del SIUR es necesaria e indispensable para la operación del Sistema del MIO, debido que de esta dependen los ingresos a recibir por el Concesionario.</u></p> <p>13. <u>Que con el fin de mitigar el riesgo de implementación del Sistema a cargo de Metro Cali S.A., resulta pertinente ampliar la duración de la etapa de preconstrucción del Sistema.(Subrayado fuera de texto)</u></p>	<p><u>la Licitación.</u></p> <p>12. <u>Que la contratación del Concesionario del SIUR es necesaria e indispensable para la operación del Sistema del MIO, debido que de esta dependen los ingresos a recibir por el Concesionario.</u></p> <p>13. <u>Que con el fin de mitigar el riesgo de implementación del Sistema a cargo de Metro Cali S.A., resulta pertinente ampliar la duración de la etapa de preconstrucción del Sistema.(Subrayado fuera de texto)</u></p>
---	---

62. Mediante Comunicación CCM-E-400-2007 de 18 de diciembre de 2007, Cali Mío S.A. solicitó suspensión de los Contratos de Concesión No. 1 y 2 a Metro Cali S.A., expresando:

***“A la fecha existe total incertidumbre e inseguridad legal y financiera sobre la fuente de pago de los Contratos de Concesión No. 1 y 2 de 2007. Esta incertidumbre se genera por cuanto, por segunda vez, fue declarada desierta la licitación pública MC-DT-002-2007 cuyo objeto es la concesión para el diseño, implementación, puesta en marcha, financiación y mantenimiento del Sistema de Información Unificado de Respuesta del Sistema, mediante la Resolución No. 110.18.539 de 2007 el 19 de noviembre de este año.***

***En este sentido, es contundente que el riesgo sobre el proyecto, sobre el sistema concesional y sobre la estructura económica de nuestros contratos es un hecho cierto y existente. Hasta el momento, no contamos con una fecha de entrada de operación del SIUR y porque no decirlo del mismo sistema.***

***Tal circunstancia afecta financieramente el correcto cumplimiento de las obligaciones contenidas en nuestros contratos de concesión, pues se carece totalmente del administrador designado contractualmente para manejar e entregarnos la fuente principal de los ingresos de los***

**contratos.** Fuente ofrecida por Metrocali a los proponentes, y luego concesionarios desde la licitación.

(...)

*Como consecuencia de lo anterior, se deduce sin mayor elucubraciones, los graves efectos y consecuencias que genera la no adjudicación del SIUR en los Contratos de Concesión en los tiempos inicialmente establecidos por la alteración que esta situación tiene en la ecuación económica contractual, afectando adversamente los plazos del repago a los pagos y del cumplimiento general de las obligaciones de los contratos. No sobra advertir, que una situación de dificultad financiera de nuestros contratos de concesión frente al sector financiero, originado en la parálisis del sistema SIUR (fuente de pago), generaría un ruido en el mercado que afectaría la totalidad del proyecto del sistema de transporte masivo MIO para la ciudad de Cali” (Negrilla fuera de texto).*

63. Mediante comunicación CCM-E-432-2008 de 17 de enero de 2008, el Concesionario motivo su posición jurídica en relación con la suspensión de los contratos de concesión No. 1 y 2. En este sentido, señaló:

***“En tal sentido, nuevamente queremos resaltar que es contundente el riesgo sobre el proyecto y sobre la estructura económica de los contratos de concesión, que hasta el momento y no sabemos hasta cuando se presentará por la ausencia de una fecha de operación del SIUR y porque no decirlo, del mismo sistema. Tal circunstancia afecta el correcto cumplimiento de las obligaciones contenidas en nuestros contratos de concesión, pues carece totalmente del administrador designado contractualmente para manejar y entregarnos la fuente principal de ingresos de los contratos”*** (Negrilla fuera de texto).

64. La Concesionaria Cali Mio S.A. mediante comunicación CCM-E-457-2008 de 26 de febrero de 2008, requirió a Metro Cali S.A. la suspensión de los Contratos de Concesión No.1 y 2, con base en los siguientes fundamentos:

*“Reiteramos que la estructuración financiera de los Contratos tanto por la concesionaria y respecto de los bancos que aprobaron los créditos, se hicieron bajo las siguientes premisas contractuales:*

*a) Que en los Contratos de Concesión No. 1 y 2 se estableció claramente que el único que puede realizar el recaudo, conciliación de pasajeros, y en consecuencia el respectivo reporte de los viajes que constituirían el pago de la concesionaria Calimio de acuerdo con la tarifa licitada, es el **CONCESIONARIO DEL SIUR, quien para efectos de la administración de los recursos generados por el sistema, también es el único facultado contractual, ente para suscribir el Contrato de Fiducia por medio del cual se manejarán los mismos, siendo esta la fuente de pago de los Contratos de Concesión.***

*b) Que los riesgos de implantación y el riesgo del hecho del príncipe son riesgos asumidos directa y exclusivamente por Metrocali S.A. y*

en esta entidad recaen exclusivamente las consecuencias económicas y legales derivadas de los mismos.

**c) Que la Fase 1 de implantación estaba prevista contractual e inicialmente para el mes de diciembre del año 2007, la cual fue modificada posteriormente y de manera unilateral por la misma entidad.** Esta situación, llevó – con el fin de mitigar los riesgos presentados y en cabeza de Metrocali – a la ampliación e los plazos de la etapa de preconstrucción y cierre financiero de los Contratos de Concesión No. 1 y 2, de acuerdo con las modificaciones contractuales, otrosíes No.1, No.2, No.3 y No. 4 de cada uno de los Contratos de Concesión.

**d) Así mismo, en los otrosíes antes citados se contempla: que la contratación del concesionario del SIUR es necesaria e indispensable para la operación del sistema MIO debido a que de esta dependen los ingresos a recibir por parte del Concesionario de Patio Talleres”.** (Negrilla fuera de texto).

65. El 31 de marzo de 2008, mediante comunicación CCM-E-486- 2008, la Concesionaria Cali Mio S.A., reitero su solicitud de suspensión de los Contratos de Concesión No. 1 y 2, indicando:

*“[N]os permitimos solicitar a Metrocali que en aras de mitigar el riesgo de implantación del sistema y de actos derivados de la propia administración, se busque blindar el proyecto de circunstancias nocivas que alteraren el equilibrio contractual, y de esta forma asegurar su ejecución exitosa”* (Negrilla fuera de texto).

66. El 26 de diciembre de 2007, **METRO CALI S.A.** suscribe con la **CONCESIONARIA CALI MIO S.A.**, Actas No. 1 de suspensión de los Contratos de Concesión No. 1 y 2, acordando entre las partes suspender por 20 días hábiles desde el 4 de enero de 2008, la ejecución de los Contratos de Concesión No. 1 y 2.

<b>CONTRATO DE CONCESIÓN No. 1</b>	<b>CONTRATO DE CONCESIÓN No. 2</b>
<p><b>PRIMERO.</b> Suspender por veinte (20) días hábiles desde el 4 de enero de 2008, la ejecución del Contrato de Concesión No. 1 de 2007.</p> <p>Lo anterior, con fundamento en los considerados del mismo, los cuales establecen:</p> <p>“12. Que a la fecha no se ha dado inicio al nuevo procedimiento de contratación del Operador del Sistema de Recaudo por parte de Metrocali y en consecuencia, al cuatro (4) de enero de 2008, no se contará con la adjudicación de dicho</p>	<p><b>PRIMERO.</b> Suspender por veinte (20) días hábiles desde el 4 de enero de 2008, la ejecución del Contrato de Concesión No. 1 de 2007.</p> <p>Lo anterior, con fundamento en los considerados del mismo, los cuales establecen:</p> <p>“12. Que a la fecha no se ha dado inicio al nuevo procedimiento de contratación del Operador del Sistema de Recaudo por parte de Metrocali y en consecuencia, al cuatro (4) de enero de 2008, no se contará con la adjudicación de dicho</p>

<p><i>Contrato cuyo objeto es la concesión para el diseño, implementación, puesta en marcha, financiación y mantenimiento del Sistema de Información Unificado de Respuesta del Sistema.</i></p> <p><i>13. Que ante tales eventos, el Concesionario mediante comunicación del 18 de diciembre de 2007, solicito la suspensión del plazo del Contrato de Concesión hasta tanto se da inició a la ejecución del Contrato del SIUR, de acuerdo con las consideraciones financieras y jurídicas previstas en el mismo documento.”</i></p>	<p><i>Contrato cuyo objeto es la concesión para el diseño, implementación, puesta en marcha, financiación y mantenimiento del Sistema de Información Unificado de Respuesta del Sistema.</i></p> <p><i>13. Que ante tales eventos, el Concesionario mediante comunicación del 18 de diciembre de 2007, solicito la suspensión del plazo del Contrato de Concesión hasta tanto se da inició a la ejecución del Contrato del SIUR, de acuerdo con las consideraciones financieras y jurídicas previstas en el mismo documento.”</i></p>
---	---

67. El 1 de febrero de 2008, **METRO CALI S.A.** suscribe con La **CONCESIONARIA CALI MIO S.A.**, Actas No. 2 de suspensión a los Contratos de Concesión No. 1 y 2, acordando entre las partes suspender por 30 días hábiles desde el 4 de febrero de 2008, la ejecución de los Contratos de Concesión No. 1 y 2.

<b>CONTRATO DE CONCESIÓN No. 1</b>	<b>CONTRATO DE CONCESIÓN No. 2</b>
<p><b>PRIMERO.</b> <i>Prorrogar la suspensión de la ejecución del Contrato de Concesión No 1 de 2007, por treinta (30) días calendario contados desde el 4 de febrero de 2008.</i></p> <p>Lo anterior, con fundamento en los considerados del mismo, los cuales establecen:</p> <p><i>“11. Que mediante Acta de suspensión el paso 26 de diciembre al Contrato de Concesión No. 1 correspondiente al patio y taller denominado Calima – Sameco. Las partes acordaron suspender la ejecución del contrato de concesión, hasta el 4 de febrero de 2008, como consecuencia de la incertidumbre en la adjudicación del operador SIUR.</i></p> <p><i>12. Que a la fecha, y previa suscripción del Otrosí No. 1 al Convenio Interadministrativo con la</i></p>	<p><b>PRIMERO.</b> <i>Prorrogar la suspensión de la ejecución del Contrato de Concesión No 2 de 2007, por treinta (30) días calendario contados desde el 4 de febrero de 2008.</i></p> <p>Lo anterior, con fundamento en los considerados del mismo, los cuales establecen:</p> <p><i>“12. Que a la fecha no se ha dado inicio al nuevo procedimiento de contratación del Operador del Sistema de recaudo por parte de Metrocali y en consecuencia, al cuatro (4) de enero de 2008, no se contará con la adjudicación de dicho Contrato cuyo objeto es la concesión para el diseño, implementación, puesta en marcha, financiación y mantenimiento del Sistema de información Unificado de Respuesta del Sistema.</i></p> <p><i>13. Que ante tales eventos el</i></p>



<p><i>Fundación General de Apoyo a la Universidad del Valle – entidad encargada de la Interventoría en la etapa de Preconstrucción del Contrato de Concesión No. 1-, no ha reanudado las labores correspondientes.</i></p> <p><i>13. Que ante tales eventos el Concesionario mediante comunicación CCM-E-428-2007 del 16 de enero de 2008, solicitó la intervención de Metro Cali S.A. debido a la falta de respuestas de la Interventoría.</i></p> <p><i>14. Que con el fin de mitigar el riesgo en la demora de la implantación del Sistema MIO a cargo de Metro Cali S.A.”</i></p>	<p><i>Concesionario mediante comunicación del 18 de diciembre de 2007, solicitó la suspensión del plazo de Contrato de Concesión hasta tanto se dé inicio a la ejecución del contrato del SIUR, de acuerdo con las consideraciones financieras y jurídicas previstas en el mismo documento.</i></p> <p><i>14. Que con el fin de mitigar el riesgo en la demora de la implantación del Sistema MIO a cargo de Metro Cali.”</i></p>
---	---

68. El 29 de febrero de 2008, **METRO CALI S.A.** suscribe con la **CONCESIONARIA CALI MIO S.A.**, Acta No. 3 de suspensión a los Contratos de Concesión No. 1 y 2, acordando entre las partes suspender por 30 días hábiles desde el 4 de marzo de 2008, la ejecución de los Contratos de Concesión No. 1 y 2:

<b>CONTRATO DE CONCESIÓN No. 1</b>	<b>CONTRATO DE CONCESIÓN No. 2</b>
<p><b>PRIMERO.</b> <i>Prorrogar la suspensión de la ejecución del Contrato de Concesión No 1 de 2007, por treinta (30) días calendario contados desde el 4 de marzo de 2008.</i></p>	<p><b>PRIMERO.</b> <i>Prorrogar la suspensión de la ejecución del Contrato de Concesión No 2 de 2007, por treinta (30) días calendario contados desde el 4 de marzo de 2008.</i></p>

69. El 3 de abril de 2008, **METRO CALI S.A.** suscribe con La **CONCESIONARIA CALI MIO S.A.**, Acta No. 4 de suspensión a los Contratos de Concesión No. 1 y 2, acordando entre las partes suspender por 90 días hábiles desde el 5 de abril de 2008, la ejecución de los Contratos de Concesión No. 1 y 2.

<b>CONTRATO DE CONCESIÓN No. 1</b>	<b>CONTRATO DE CONCESIÓN No. 2</b>
<p><b>PRIMERO.</b> <i>Prorrogar la suspensión de la ejecución del Contrato de Concesión No 1 de 2007, por noventa (90) días calendario contados desde el 5 de abril de 2008.</i></p>	<p><b>PRIMERO.</b> <i>Prorrogar la suspensión de la ejecución del Contrato de Concesión No 1 de 2007, por noventa (90) días calendario contados desde el 5 de abril de 2008.</i></p>

70. El 2 de julio de 2008, **METRO CALI S.A.** suscribe con La **CONCESIONARIA CALI MIO S.A.**, Acta No. 5 de suspensión a los Contratos de Concesión No. 1 y 2, acordando entre las partes suspender por 60 días hábiles desde el 3 de julio de 2008, la ejecución de los Contrato de Concesión No. 1 y 2.

CONTRATO DE CONCESIÓN No. 1	CONTRATO DE CONCESIÓN No. 2
<i><b>PRIMERO.</b> Prorrogar la suspensión de la ejecución del Contrato de Concesión No 1 de 2007, por sesenta (60) días calendario contados desde el 3 de julio de 2008.</i>	<i><b>PRIMERO.</b> Prorrogar la suspensión de la ejecución del Contrato de Concesión No 2 de 2007, por sesenta (60) días calendario contados desde el 3 de julio de 2008.</i>

71. El 19 de Agosto de 2008, se suscribió acta de terminación y liquidación por mutuo acuerdo del Convenio Interadministrativo entre la **FUNDACIÓN GENERAL DE APOYO A LA UNIVERSIDAD DEL VALLE** y **METRO CALI S.A.**
72. Mediante Acta de Suspensión No. 6 suscrita el 3 de septiembre de 2008 se vuelve a suspender la ejecución del contrato de concesión No. 1 y 2, por cuarenta (40) días calendario, por cuanto los eventos objeto de las suspensiones anteriormente mencionadas continúan sin superarse a la fecha.

CONTRATO DE CONCESIÓN No. 1	CONTRATO DE CONCESIÓN No. 2
<i><b>PRIMERO.</b> Prorrogar la suspensión de la ejecución del Contrato de Concesión No 1 de 2007, por cuarenta (40) días calendario contados desde el 3 de septiembre de 2008.</i>	<i><b>PRIMERO.</b> Prorrogar la suspensión de la ejecución del Contrato de Concesión No 1 de 2007, por cuarenta (40) días calendario contados desde el 3 de septiembre de 2008.</i>
Lo anterior, con fundamento en los considerados del mismo, los cuales establecen:	Lo anterior, con fundamento en los considerados del mismo, los cuales establecen:
<i>“17. Que Metro Cali S.A. se encuentra adelantando las gestiones para contratar el interventor que culminará las actividades iniciadas por la Fundación General de Apoyo a la Universidad del Valle.”</i>	<i>“17. Que Metro Cali S.A. se encuentra adelantando las gestiones para contratar el interventor que culminará las actividades iniciadas por la Fundación General de Apoyo a la Universidad del Valle.”</i>

73. Mediante comunicación CCM-E-573-2008 del 29 de agosto de 2008, CALI MIO S.A. señaló que hasta el 19 de agosto de 2008, se logró llegar a un acuerdo entre la Fundación Universitaria del Valle y Metro Cali S.A., para suscribir el acta de liquidación del convenio interadministrativo por medio del cual dicha Fundación ejercía las funciones de interventor.
74. El día 24 de Agosto de 2008 **METRO CALI S.A.**, suscribió el contrato de Interventoría No. MC-IT-02-07 con el **CONSORCIO DICONSULTORIA S.A. – INTERDISEÑOS LTDA**, cuyo objeto es:

*“Realizar la INTERVENTORÍA TÉCNICA, ADMINISTRATIVA, FINANCIERA, SOCIAL Y AMBIENTAL DE LA CONSTRUCCIÓN DE PATIOS Y TALLERES DEL SISTEMA INTEGRADO DE TRASPORTE MASIVO DE PASAJEROS DE SANTIAGO*

DE CALI – GRUPO 1: CALIMA – SAMECO Y PUERTO MALLARINO.”

75. Mediante Acta No. 1 al Contrato de Interventoría No. MC-IT-02-07, cuyo objeto es la Interventoría técnica, administrativa, financiera, social y ambiental de la construcción de Patios y Talleres del Sistema Integrado de Transporte Masivo de pasajeros de Santiago de Cali – Grupo 1: Calima Sameco y Puerto Mallarino, **CONSORCIO DICONSULTORIA S.A. – INTERDISEÑOS LTDA y METRO CALI S.A.**, acordaron que el Interventor culminaría el proceso de revisión, aprobación y gestiones establecidas contractualmente durante el periodo de Preconstrucción de los Contratos de Concesión No. 1 y No. 2 de patios y talleres (Calima – Sameco y Puerto Mallarino).
76. Mediante Contrato Adicional No. 1 suscrito el 14 de octubre de 2008, al Contrato de Interventoría No. MC-IT-02-2007, se adicionan como parte de las obligaciones, la revisión y aprobación de diseños, prorrogando el plazo de ejecución y adicionando el valor del mismo.
77. El 14 de octubre de 2008, **METRO CALI S.A.** suscribe con la **CONCESIONARIA CALI MIO S.A.**, Actas No. 7 por medio de la cual se reinician la ejecución de la Etapa de Preconstrucción del Contrato de Concesión No. 1, acordando entre las partes prorrogar la Etapa de Preconstrucción por 60 días. En este sentido estas actas señalan: \_

<p><b>CONTRATO DE CONCESIÓN No. 1</b></p> <p><i>“Que como consecuencia de lo anterior y dado que el contrato de Interventoría MC-IT-02-07, tuvo una ampliación en plazo de sesenta (60) días calendario en la etapa de preconstrucción y que la Interventoría es quien representa los intereses de Metro Cali S.A., en los aspecto técnicos y de calidad en los productos a entregar por el Concesionario, formula observaciones y de la aprobación técnica a los estudios y diseños de los patios y talleres correspondientes al Grupo No. 1, se hace necesario prorrogar el plazo del Contrato de Concesión No. 1 Patio y Taller Calima Sameco, por sesenta (60) días calendario para culminar los diseños y obtener las aprobaciones correspondientes estipuladas en el Contrato de Concesión No. MC-IT-02-07 en su etapa de preconstrucción.</i></p>
--

78. El día 14 de octubre de 2008 y como consecuencia de lo establecido en el Acta No. 7 **METRO CALI S.A.** suscribe con La **CONCESIONARIA CALI MIO S.A.**, el Otrosí No. 5 a los Contratos de Concesión No. 1 y 2, donde señala que es necesario iniciar la Etapa de Construcción sobreponiéndola a la Etapa de Preconstrucción a partir del 4 de noviembre de 2008, de acuerdo a la modificación que se realizó en el mismo otrosí a la Cláusula 37 donde se acordó que:

CONTRATO DE CONCESIÓN No. 1	CONTRATO DE CONCESIÓN No. 2
<p><b>CLÁUSULA 2:</b> <i>Modifíquese el primer inciso de la clausula 37 Etapa de Construcción del Contrato de Concesión No. 1 que en adelante</i></p>	<p><b>CLÁUSULA 2:</b> <i>Modifíquese el primer inciso de la clausula 37 Etapa de Construcción del Contrato de Concesión No. 1 que en adelante</i></p>

<p>quedará así:</p> <p><b>CLAUSULA 37 ETAPA DE CONSTRUCCIÓN</b></p> <p><i>La etapa de construcción, que tendrá duración total estimada de ocho (8) meses, iniciará a partir de la suscripción del acta de inicio respectivo, debiéndose iniciar y ejecutar las labores de obras correspondientes a los subproductos de los estudios y diseños que se encuentran aprobados o en la medida en que se vayan aprobando por la Interventoría.</i></p> <p>Lo anterior tiene fundamento en que:</p> <p><i>“22. Que con el fin de mitigar el riesgo de implementación del Sistema de Transporte Masivo – MIO y de minimizar los retrasos y dilaciones para la puesta en marcha del mismo, Metro Cali S.A. considera necesario iniciar la etapa de Construcción sobreponiéndola a la Etapa de Preconstrucción a partir del 4 de noviembre de 2008.”</i></p>	<p>quedará así:</p> <p><b>CLAUSULA 37 ETAPA DE CONSTRUCCIÓN</b></p> <p><i>La etapa de construcción, que tendrá duración total estimada de ocho (8) meses, iniciará a partir de la suscripción del acta de inicio respectivo, debiéndose iniciar y ejecutar las labores de obras correspondientes a los subproductos de los estudios y diseños que se encuentran aprobados o en la medida en que se vayan aprobando por la Interventoría.</i></p> <p>Lo anterior tiene fundamento en que:</p> <p><i>“22. Que con el fin de mitigar el riesgo de implementación del Sistema de Transporte Masivo – MIO y de minimizar los retrasos y dilaciones para la puesta en marcha del mismo, Metro Cali S.A. considera necesario iniciar la etapa de Construcción sobreponiéndola a la Etapa de Preconstrucción a partir del 4 de noviembre de 2008.”</i></p>
--	--

79. La **CONCESIONARIA CALI MIO S.A.**, elaboró los diseños para el Patio Taller denominado Calima – Sameco, de acuerdo a lo establecido en el Apéndice 4 del Contrato No. 1, así:

- Elaboración de Esquema Básico.
- Estudios Topográficos
- Estudios de Tránsito
- Estudios de Tráfico.
- Estudios de Suelos y Geotécnicos
- Diseño Geométrico Vial
- Diseño de Transito
- Diseño Urbanístico y Paisajístico.
- Diseño de Pavimentos
- Diseño PMT
- Diseño Estructural

- Diseño Redes hidrosanitarias
- Diseño de redes secas
- Diseño Arquitectónico
- Licencias y Aprobaciones.

80. Interventoría aprobó los estudios y Diseños, mediante las comunicaciones DC-3E-0058-09 del 27 de enero de 2009; DC-3E-0084-09 del 14 de febrero de 2009, DC-3E-095-09 de 3 de marzo de 2009, DC-3E-0100-09 de 3 marzo de 2009, DC-3E-0164-09 del 15 de mayo de 2009 y DC-3E-0187-09 del 17 de junio de 2009.
81. METRO CALI S.A y la CONCESIONARIA el 17 de junio de 2009 suscribieron el Acta de Cierre de la Etapa de Preconstrucción de los Contratos de Concesión 1 y 2 de 2007.

ACTA DE CIERRE CONTRATO DE CONCESIÓN NO.1	ACTA DE CIERRE CONTRATO DE CONCESIÓN NO. 2
<p><i>“PRIMERO. Cerrar la Etapa de Preconstrucción del Contrato de Concesión No. 01 <b>por cumplimiento de todas las obligaciones que le asisten a la concesionaria Cali Mio S.A. durante esta Etapa.</b></i></p> <p><b>PARÁGRAFO: LA CONCESIONARIA</b> <i>dispondrá de los plazos señalados en la reprogramación aprobada por la Interventoría para las obras que faltan para culminar la etapa de construcción, sin embargo, se deberán tener en cuenta las fechas en que efectivamente sean aprobados los diseños que quedan pendiente a la fecha de suscripción del presente documento”. (Negrilla fuera de texto).</i></p>	<p><i>“PRIMERO. Cerrar la Etapa de Preconstrucción del Contrato de Concesión No. 02 <b>por cumplimiento de todas las obligaciones que le asisten a la concesionaria Cali Mio S.A. durante esta Etapa.</b></i></p> <p><b>PARÁGRAFO: LA CONCESIONARIA</b> <i>dispondrá de los plazos señalados en la reprogramación aprobada por la Interventoría para las obras que faltan para culminar la etapa de construcción, sin embargo, se deberán tener en cuenta las fechas en que efectivamente sean aprobados los diseños que quedan pendiente a la fecha de suscripción del presente documento”. (Negrilla fuera de texto).</i></p>

82. El plazo contractual para la Etapa de Preconstrucción en los contratos de concesión 1 y 2, de acuerdo con la cláusula cuarta de cada contrato estaba pactado en tres (3) meses, término que la primera Interventoría de la FGAUV ejecutó y prorrogó para la revisión y aprobación de los diseños de los dos contratos.
83. El **CONSORCIO DICONULTORIA S.A. – INTERDISEÑOS LTDA**, adelantó en un término adicional de diez (10) meses, algunas de las obligaciones y actividades de revisión y aprobación de diseños que ya había ejecutado la primera Interventoría.

**5.2. HECHOS RELATIVOS A LA ETAPA DE CONSTRUCCIÓN DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN No. 1 Y 2**

84. La CLAUSULA 37 de los Contratos de Concesión No. 1 y 2, fijó el alcance de las obligaciones del CONCESIONARIO en el marco de la Etapa de Construcción:

CONTRATO DE CONCESIÓN No. 1	CONTRATO DE CONCESIÓN No. 2.
-----------------------------	------------------------------

<p><i>“Una vez finalizada la etapa de preconstrucción se da inició a la etapa de construcción que tendrá una duración total estimada de ocho (8) meses.</i></p> <p><i>Durante la Etapa de Construcción EL CONCESIONARIO ejecutará todas las labores necesarias para la ejecución de las actividades correspondientes a la construcción del Patio y Taller denominado Calima – Sameco del Sistema MIO, de conformidad con los resultados exigidos en este contrato, y bajo las condiciones técnicas y económicas previstas en el presente contrato y sus apéndices”.</i></p>	<p><i>“Una vez finalizada la etapa de preconstrucción se da inició a la etapa de construcción que tendrá una duración total estimada de ocho (8) meses.</i></p> <p><i>Durante la Etapa de Construcción EL CONCESIONARIO ejecutará todas las labores necesarias para la ejecución de las actividades correspondientes a la construcción del Patio y Taller denominado Puerto Mallarino del Sistema MIO, de conformidad con los resultados exigidos en este contrato, y bajo las condiciones técnicas y económicas previstas en el presente contrato y sus apéndices”.</i></p>
---	--

85. El APÉNDICE 2 – DE LOS CONTRATOS CONDICIONES GENERALES, define las etapas del proyecto en: **Etapa Preoperativa y Etapa de Construcción**, respecto de la segunda establece:

*“Construcción:  
Incluye:*

- *Construcción*
- *Recibo final de Infraestructura.*

*(...)*

### **1.2. CONSTRUCCIÓN:**

*En esta etapa el concesionario de Patios y Talleres deberá tener toda la infraestructura logística para obtener procesos que garanticen la calidad de los elementos construidos e instalados.*

### **2.3 ENTREGA FINAL DE INFRAESTRUCTURA:**

*Una vez el concesionario de Patios y Talleres tenga completamente elaborada la construcción, haya realizado las pruebas que éste considere necesarias y cuente con el visto bueno de la Interventoría, realizará la solicitud de entrega de los Patios y Talleres a Metro Cali S.A.*

*A continuación se relacionaran las principales normas técnicas que deben cumplir el CONCESIONARIO en desarrollo del presente Contrato de Construcción. (...)*

86. Mediante Actas de Inicio de la Etapa de Construcción, del 4 de noviembre de 2008, se fija como fecha de inicio de la Etapa de Construcción de los Contratos de Concesión No. 1 y 2 de 2007, el día 4 de Noviembre de 2008, con una duración máxima de ocho meses, así:

CONTRATO DE CONCESIÓN No. 1	CONTRATO DE CONCESIÓN No. 2
<p><i>“PRIMERO: Fijar como <b>FECHA DE INICIO DE LA ETAPA DE CONSTRUCCIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 1 DE 2007</b>, el día <b>04 de noviembre de 2008</b>, etapa que tendrá una duración máxima de ocho (08) meses según lo estipulado en el numeral 4.2 de la Cláusula 4 “DE DURACIÓN DEL CONTRATO” del mencionado contrato de concesión, debiéndose ejecutar las actividades de:</i></p> <p><i>Localización y replanteo, Implementación del plan de manejo de tráfico y señalización, cerramientos, Desmonte y Limpieza, descapote construcción de terraplenes, explanación y afirmados. (...)</i>”</p>	<p><i>“PRIMERO: Fijar como <b>FECHA DE INICIO DE LA ETAPA DE CONSTRUCCIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 1 DE 2007</b>, el día <b>04 de noviembre de 2008</b>, etapa que tendrá una duración máxima de ocho (08) meses según lo estipulado en el numeral 4.2 de la Cláusula 4 “DE DURACIÓN DEL CONTRATO” del mencionado contrato de concesión, debiéndose ejecutar las actividades de:</i></p> <p><i>Localización y replanteo, Implementación del plan de manejo de tráfico y señalización, cerramientos, Desmonte y Limpieza, descapote construcción de terraplenes, explanación y afirmados. (...)</i>”</p>

87. La Interventoría, **CONSORCIO DICONSULTORÍA S.A. – INTERDISEÑOS LTDA**, ordenó realizar las siguientes modificaciones sobre los diseños presentados por la **CONCESIONARIA CALI MIO S.A**, los cuales habían sido previamente aprobados por la **Fundación General de Apoyo a la Universidad del Valle**:

<b>CONTRATO No. 1 (PATIO TALLER CALIMA SAMECO):</b>	<b>CONTRATO No. 2 (PATIO TALLER PUERTO MALLARINO):</b>
<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Aumento de nivel sobre la Carrera 36.</li> <li>2. Aumento en las excavaciones para estructura del Pavimento, por incremento en el espesor de dicha estructura.</li> <li>3. Aumento de la altura del jarillón perimetral; y cambio del material usado para su construcción, porque inicialmente se previó usar material procedente de las excavaciones, dado que este jarillón se especificó para que sirviera como aislamiento del ruido y, luego, se agregó a esa función el control de eventuales inundaciones, con lo cual debió ser construido con material importado.</li> <li>4. Muro en tierra armada –no contemplado inicialmente- en el</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Aumento de las cantidades de obra correspondientes a las vías externas, por peores condiciones del terreno.</li> <li>2. Aumento en las excavaciones para estructura del Pavimento, por incremento en el espesor de dicha estructura.</li> <li>3. Aumento en la cantidad de “Roca Muerta” por aumento del espesor de la capa prevista en la estructura del pavimento.</li> <li>4. Filtros para drenaje subterráneo, que no estaban especificados en los diseños iniciales.</li> <li>5. Aumento del área del pavimento en la plataforma del patio, con disminución de las zonas verdes.</li> <li>6. Aumento en las cantidades de refuerzo en losas del pavimento, como resultado del aumento en el</li> </ol>

<p>jarillón.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>5. Aumento en las cantidades de refuerzo en losas del pavimento porque, como resultado del aumento en el número de cajas de inspección para las redes de servicios, se incrementó el número de losas con forma irregular, que requieren el uso de acero de refuerzo.</li> <li>6. Filtros para drenaje subterráneo, que no estaban especificados en los diseños iniciales.</li> <li>7. Mayores cantidades en andenes y bordillos, por cambio de los diseños iniciales.</li> <li>8. Aumento en las cantidades de pavimento vehicular adoquinado, por modificación del material a usar en pavimento del parqueadero de visitantes.</li> <li>9. Aumento en las cantidades de tubería de presión, por exigencias adicionales en los sistemas contra incendio y cambio en la ubicación del tanque de lavado.</li> <li>10. Aumento del diámetro de la acometida de acueducto, con lo cual se incrementó el valor del contador.</li> <li>11. Aumento en las cantidades de obra correspondientes al tanque de lavado, por cambio de diseño solicitado por el concesionario de transporte.</li> <li>12. Tanque de agua cruda, que no fue considerado en los diseños iniciales.</li> <li>13. Aumento de cantidades en las obras de alcantarillado, por cambios del diseño inicial.</li> <li>14. Válvulas de descarga del alcantarillado, no consideradas en el diseño inicial.</li> <li>15. Aumento en las cantidades de obra correspondientes a la planta de tratamiento de aguas residuales, por cambios en el diseño inicial.</li> <li>16. Modificación de las actividades de obra correspondientes a la trampa de grasas por cambio del diseño</li> </ol>	<p>área a pavimentar; y porque se incrementó el número de losas con forma irregular, que requieren el uso de acero de refuerzo.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>7. Aumento en el acero usado en las juntas entre losas, porque la interventoría ordenó instalar barras de transferencia de cargas en ambos sentidos.</li> <li>8. Aumento de cantidades de obras en espacio público, por cambio del diseño inicial que aumentaron el ancho de los andenes, el tamaño de los módulos de las esquinas y de las cenefas por mayor número de contenedores para árboles.</li> <li>9. Cambios en las especificaciones de los pisos exteriores de (i) Cafetería, (ii) Cuarto de basuras, (iii) Latonería y pintura, (iv) Edificio de Administración y (v) Subestación eléctrica.</li> <li>10. Bordillo fundido en sitio por cambio del diseño original en el parqueadero de visitantes.</li> <li>11. Variación en las cantidades del cerramiento por cambios implementados en desarrollo de las obras.</li> <li>12. Variación en las cantidades de Arborización y emprodamiento, por cambios en los diseños originales.</li> <li>13. Variación en las cantidades de Señalización y demarcación vial, por cambios en los diseños originales.</li> <li>14. Aumento de las cantidades de obra relacionadas con el canopi, por cambios en los diseños originales.</li> <li>15. Aumento de las cantidades de obra relacionadas con los fosos de mantenimiento, por cambios en los diseños originales que aumentaron su longitud de 18.50 m a 25.50 m.</li> <li>16. Variación en las cantidades de obra relacionadas con la red de acueducto, por cambio del diseño original.</li> <li>17. Variación en las cantidades de obra relacionadas con la red de</li> </ol>
--	---



<p>(inicialmente diseñada en concreto, se cambió a fibra de vidrio).</p> <p><b>17.</b> Modificación de las actividades y cantidades de obra correspondientes a las edificaciones, por cambios de sus diseños iniciales.</p> <p><b>18.</b> Modificación de las actividades y cantidades de obra correspondientes a las obras eléctricas.</p> <p><b>19.</b> Aumento en la cantidad de “Roca Muerta” por aumento del espesor de la capa prevista en la estructura del pavimento.</p> <p><b>20.</b> Aumento en las cantidades de obra correspondientes a los tanques de combustible, por cambios en el diseño inicial.</p> <p><b>21.</b> Obras no previstas, a saber (i) Cuarto de control estación de servicio (EDS), (ii) Contenedores Externos, (iii) Lechos de secado y (iv) Cuarto de control de la máquina de lavado.</p>	<p>alcantarillado, por cambio del diseño original que incluyó modificación del tipo de tubería y de algunos alineamientos. Además porque se agregó su descarga al canal de Emcali.</p> <p><b>18.</b> Variación en las cantidades de obra relacionadas con las redes de energía y telecomunicaciones, por cambio del diseño original, por modificaciones implementadas en desarrollo de las obras, cambio de diseño del cuarto de combustible.</p> <p><b>19.</b> Variación de cantidades de obra en el Almacén por inclusión de cuarto para el SIUR, no contemplado en el diseño inicial; y por cambios del diseño arquitectónico.</p> <p><b>20.</b> Variación de cantidades de obra en la zona de Latonería y pintura por cambios del diseño arquitectónico.</p> <p><b>21.</b> Variación de cantidades de obra en el Edificio de Administración por cambios del diseño arquitectónico que incluyeron dos cuartos adicionales (Cuarto eléctrico y Cuarto del SIUR), así como un cuarto de máquinas en la terraza de este edificio.</p> <p><b>22.</b> Variación de cantidades de obra en el Edificio de Cafetería por cambios del diseño arquitectónico.</p> <p><b>23.</b> Variación de cantidades de obra en Unidad técnica de basuras por cambios del diseño arquitectónico y estructural.</p> <p><b>24.</b> Obras no previstas, a saber (i) Cuarto de manejo estación de servicio (EDS), (ii) Tanques de Combustible, (iii) Canaleta perimetral zona de combustible, (iv) Cárcamo de lavado y (v) Zona de Cesión</p>
---	---

88. El día 3 de julio de 2009, **METRO CALI S.A.** suscribe con La **CONCESIONARIA CALI MIO S.A.**, el Otrosí No. 6 a los Contratos de Concesión No. 1 y 2, donde establece:

CONTRATO DE CONCESIÓN No. 1	CONTRATO DE CONCESIÓN No. 2
<b>CLÁUSULA 1:</b> Modificar la clausula 4	<b>CLÁUSULA 1:</b> Modificar la clausula 4

<p><i>de Duración del Contrato, numeral 4.2 del Contrato de concesión No. 1 correspondiente al patio y taller denominado Calima – Sameco, en el sentido de ampliar por 60 días el plazo de la etapa de construcción, que en adelante quedará así: (...)</i></p> <p><b>CLÁUSULA 2:</b> <i>Modifíquese la clausula 37 Etapa de Construcción del Contrato No. 1 correspondiente al patio y taller denominado Calima – Sameco , que en adelante quedará así:</i></p> <p><b>CLAUSULA 37 ETAPA DE CONSTRUCCIÓN</b>  <i>La etapa de construcción, que tendrá duración total estimada hasta 1 septiembre de 2009, iniciará a partir de la suscripción del acta de inicio respectivo, debiéndose iniciar y ejecutar las labores de obras correspondientes a los subproductos de los estudios y diseños que se encuentran aprobados o en la medida en que se vayan aprobando por la Interventoría.</i></p> <p>Lo anterior tiene fundamento en que:</p> <p><i>“23. Que la Interventoría realizó algunas observaciones a los estudios y diseños presentados por la Concesionaria, lo que hace necesario ampliar el plazo de la preconstrucción, con el propósito de acoger las observaciones de la Interventoría.”</i></p>	<p><i>de Duración del Contrato, numeral 4.2 del Contrato de concesión No. 2 correspondiente al patio y taller denominado Puerto Mallarino, en el sentido de ampliar por 60 días el plazo de la etapa de construcción, que en adelante quedará así: (...)</i></p> <p><b>CLÁUSULA 2:</b> <i>Modifíquese la clausula 37 Etapa de Construcción del Contrato No. 2 correspondiente al patio y taller denominado Puerto Mallarino, que en adelante quedará así:</i></p> <p><b>CLAUSULA 37 ETAPA DE CONSTRUCCIÓN</b>  <i>La etapa de construcción, que tendrá duración total estimada hasta 1 septiembre de 2009, iniciará a partir de la suscripción del acta de inicio respectivo, debiéndose iniciar y ejecutar las labores de obras correspondientes a los subproductos de los estudios y diseños que se encuentran aprobados o en la medida en que se vayan aprobando por la Interventoría.</i></p> <p>Lo anterior tiene fundamento en que:</p> <p><i>“23. Que la Interventoría realizó algunas observaciones a los estudios y diseños presentados por la Concesionaria, lo que hace necesario ampliar el plazo de la preconstrucción, con el propósito de acoger las observaciones de la Interventoría.”</i></p>
--	---

89. Los Patios y Talleres de **Calima y Sameco y Puerto Mallarino** fueron construidos de acuerdo con los diseños modificados -durante la Etapa de Preconstrucción- por orden de **METRO CALI S.A** y el **CONSORCIO DICONSULTORIA S.A. – INTERDISEÑOS LTDA.**, superando en calidad y cantidad a las obras que aparecen plasmadas en los diseños iniciales, que fueron aprobados por la **FUNDACIÓN GENERAL DE APOYO A LA UNIVERSIDAD DEL VALLE** y aceptados por **METRO CALI S.A.**

90. El 1 de septiembre de 2009, mediante Acta de Verificación de Obras de Construcción y Cierre de la Etapa de Construcción de los Contratos de Concesión No. 1 y 2, las partes acordaron:

CONTRATO DE CONCESIÓN NO.1	CONTRATO DE CONCESIÓN NO. 2
<p><i>(...)</i></p> <p>7. <i>Que la Concesionaria Cali Mío S.A., entregó la descripción técnica de las obras ejecutadas en el patio taller de conformidad con las especificaciones establecidas en el Catalogo de especificaciones, en el contrato, sus anexos, apéndices y demás documentos que hayan modificado tales especificaciones.</i></p> <p>8. <i>Que una vez efectuada la visita al patio taller por parte de la Interventoría y de los representantes de Metrocali S.A. para la verificación de las obras, se determinó que las obras de la etapa de construcción estaban terminadas habiendo cumplido el concesionario estrictamente con sus obligaciones correspondientes a dicha etapa; así mismo, se realizaron algunas observaciones y solicitudes a las obras, que deberán ser corregidas y adelantadas por la Concesionaria durante la Etapa de Reversión, en los términos que para tal efecto defina la Interventoría.</i></p> <p>9. <i>Que por circunstancias ajenas a la Concesionaria Cali Mio S.A. a la fecha se encuentra pendiente la definición de la alternativa por donde se llevara a cabo la canalización de la Red del SIUR del Patio Taller Calima Sameco, no obstante lo anterior, en el evento de concretarse la ejecución de las obras por la Autopista Cali-Yumbo, se encuentra pendiente el permiso de Intervención Temporal por parte del INCO para intervenir el espacio público.</i></p> <p><b><i>“PRIMERO. Cerrar la Etapa de</i></b></p>	<p><i>(...)</i></p> <p>8. <i>Que una vez efectuada la visita al Patio Taller por parte de la Interventoría y de los representantes de Metro Cali S.A., para la verificación de las obras, se determinó que las obras de la etapa de construcción estaban terminadas habiendo cumplido el concesionario estrictamente con sus obligaciones correspondientes a dicha etapa; así mismo, se realizaron algunas observaciones y solicitudes a las obras, que deberán ser corregidas y adelantadas por la Concesionaria durante la Etapa de Reversión, en los términos que para tal efecto defina la Interventoría.</i></p> <p><b><i>“PRIMERO. Cerrar la Etapa de Construcción del Contrato de Concesión No. 1, por el cumplimiento de todas las obligaciones que le asisten a la Concesionaria Cali Mio S.A., durante la presente etapa, verificadas por LA INTERVENTORÍA y por METRO CALI S.A.</i></b></p> <p><b><i>SEGUNDO. LA CONCESIONARIA CALI MIO S.A. deberá atender durante la Etapa de Reversión las observaciones señaladas por la Interventoría y/o Metro Cali S.A., y que sean de conformidad con el Contrato de Concesión, sus Apéndices, Anexos y modificaciones a los mismos.”</i></b></p>

<p><i>Construcción del Contrato de Concesión No. 1, por el cumplimiento de todas las obligaciones que le asisten a la Concesionaria Cali Mio S.A., durante la presente etapa, verificadas por LA INTERVENTORÍA y por METRO CALI S.A. De lo anterior, se exceptúan las actividades precitadas en los numerales 9 y 10 del acápite de “Consideraciones” del presente documento, las cuales se deberán ejecutar una vez obtenidas las autorizaciones correspondientes de parte del INCO y de Metro Cali S.A. respectivamente.</i></p> <p><b>SEGUNDO:</b> LA CONCESIONARIA CALI MIO S.A. deberá atender durante la Etapa de Reversión las observaciones señaladas por la Interventoría y/o Metro Cali S.A., y que sean de conformidad con el Contrato de Concesión, sus Apéndices, Anexos y modificaciones a los mismos.”</p>	
---	--

91. A la fecha **METRO CALI S.A.** adeuda por concepto de la construcción y ejecución de las obras adicionales, de conformidad con lo expuesto, los siguientes montos:

MAYORES COSTOS DE OBRA EJECUTADA POR MODIFICACIÓN DE DISEÑOS DURANTE LA ETAPA DE CONSTRUCCIÓN – PATIO CALIMA SAMECO					
DESCRIPCIÓN	DISEÑOS F.A.U.V.	OBRA EJECUTADA 2009	VARIACIÓN DE CANTIDADES POR MODIFICACIONES	ACTUALIZACIÓN EN VALORES	AJUSTES DE DISEÑO
PORTERÍA	\$ 30,566,046	\$ 36,581,612	\$ 1,023,840	\$ 4,991,726	\$ 6,251,193
ALMACÉN	\$ 257,309,992	\$ 335,377,714	\$ 28,687,013	\$ 49,380,709	\$ 718,918
LATONERÍA Y PINTURA	\$ 285,756,148	\$ 332,718,720	\$ 4,840,409	\$ 42,122,163	\$ 24,403,729
EDIFICIOS ADMINISTRATIVOS	\$ 841,951,497	\$ 987,486,734	\$ 4,447,009	\$ 141,088,229	\$ 13,413,661
LABORATORIO	\$ 2,290,999,980	\$ 2,597,781,129	\$ 18,701,374	\$ 288,079,775	\$ 2,964,330
SUBESTACIÓN ELÉCTRICA	\$ 28,000,000		(\$ 28,000,000)		
ACOMETIDA DE MEDIA TENSIÓN	\$ 1,422,613,325	\$ 2,451,013,829	\$ 779,294,984	\$ 249,105,520	\$ 0
CANOPI	\$ 1,419,974,339	\$ 1,784,474,896	\$ 226,551,429	\$ 137,949,128	\$ 183,987,341
TANQUES DE COMBUSTIBLE	\$ 28,622,658	\$ 72,846,355	\$ 37,179,395	\$ 7,044,303	\$ 0
MUEBLE LABORATORIO	\$ 8,900,000	\$ 10,000,000	\$ 0	\$ 1,100,000	\$ 0
RED DEL SIUR ENTRE EL PATIO Y LA TERMINAL CANALIZACIÓN	\$ 106,836,234	\$ 118,706,926	\$ 0	\$ 11,870,693	\$ 0
REDES DE GAS	\$ 3,600,000	\$ 4,000,000	\$ 0	\$ 400,000	\$ 0
CUARTO DE CONTROL ESTACIÓN DE SERVICIO (EDS)	\$ 0	\$ 10,476,212	\$ 10,476,212	\$ 0	\$ 0
CONTENEDORES EXTERNOS	\$ 0	\$ 88,482,585	\$ 88,482,585	\$ 0	\$ 0
LECHOS DE SECADO	\$ 0	\$ 5,987,750	\$ 5,987,750	\$ 0	\$ 0

MAYORES COSTOS DE OBRA EJECUTADA POR MODIFICACIÓN DE DISEÑOS DURANTE LA ETAPA DE CONSTRUCCIÓN – PATIO CALIMA SAMECO					
DESCRIPCIÓN	DISEÑOS F.A.U.V.	OBRA EJECUTADA 2009	VARIACIÓN DE CANTIDADES POR MODIFICACIONES	ACTUALIZACIÓN EN VALORES	AJUSTES DE DISEÑO
CUARTO DE CONTROL MAQUINA DE LAVADO	\$ 0	\$ 1,561,229	\$ 1,561,229	\$ 0	\$ 0
COSTO DIRECTO	\$ 16,987,203,532	\$ 21,687,051,376	\$ 2,396,386,312	\$ 2,303,461,532	\$ 526,631,810
A.U. 30,07	\$ 5,108,052,102	\$ 6,521,296,349	\$ 720,593,364	\$ 692,650,883	\$ 158,358,185
COSTO TOTAL	\$ 22,095,255,634	\$ 28,208,347,725	\$ 3,116,979,676	\$ 2,996,112,414	\$ 684,989,995
COSTO ASUMIDO POR OPERADOR BLANCO Y NEGRO					\$ 46,244,829
TOTAL AJUSTES DE DISEÑO Y ASUMIDO POR OPERADOR BLANCO Y NEGRO					\$ 731,234,824
<b>VALOR TOTAL DE LOS MAYORES COSTOS PENDIENTES DE RECONOCIMIENTO</b>					<b>\$ 5,381,857,267</b>

MAYORES COSTOS DE OBRA EJECUTADA POR MODIFICACIÓN DE DISEÑOS DURANTE LA ETAPA DE CONSTRUCCIÓN – PATIO PUERTO MALLARINO					
CAPITULO – ÍTEM	DISEÑOS F.A.U.V	OBRA EJECUTADA 2009	VARIACIÓN DE CANTIDADES POR MODIFICACIONES	ACTUALIZACIÓN DE VALORES	AJUSTES DE DISEÑO
REVISIÓN DISEÑO Y PROYECTO	\$ 606,379,000	\$ 859,481,341		\$ 253,102,341	

MAYORES COSTOS DE OBRA EJECUTADA POR MODIFICACIÓN DE DISEÑOS DURANTE LA ETAPA DE CONSTRUCCIÓN – PATIO CALIMA SAMECO					
DESCRIPCIÓN	DISEÑOS F.A.U.V.	OBRA EJECUTADA 2009	VARIACIÓN DE CANTIDADES POR MODIFICACIONES	ACTUALIZACIÓN EN VALORES	AJUSTES DE DISEÑO
VIAS EXTERNAS	\$ 620,497,828	\$ 728,235,577	\$ 44,117,610	\$ 63,620,140	\$ 105,859,371.86
PLATAFORMA	\$ 4,252,180,698	\$ 4,994,326,899	\$ 346,531,980	\$ 395,614,221	\$ 38,503,576.94
ESPACIO PÚBLICO	\$ 526,607,687	\$ 546,084,241	(\$ 58,861,718)	\$ 78,338,268	\$ 817,950.00
ARBORIZACIÓN Y EMPRADIZACIÓN	\$ 180,324,496	\$ 199,773,993	(\$ 9,158,613)	\$ 28,608,110	\$ 0.00
SEÑALIZACIÓN Y DEMARCACIÓN	\$ 77,666,111	\$ 76,914,371	(\$ 11,590,745)	\$ 10,839,006	\$ 19,299,126.75
CANOPI	\$ 979,593,639	\$ 1,290,704,465	\$ 105,131,738	\$ 205,979,086	\$ 128,558,357.50
FOSOS DE MANTENIMIENTO	\$ 125,714,284	\$ 161,584,022	\$ 15,875,741	\$ 19,993,997	\$ 0.00
RED DE ACUEDUCTO	\$ 245,651,905	\$ 357,472,251	\$ 89,109,111	\$ 22,711,239	\$ 106,395,398.42
RED DE ALCANTARILLADO	\$ 251,178,485	\$ 1,160,973,606	\$ 871,639,252	\$ 38,155,870	\$ 0.00
REDES ELÉCTRICAS Y TELECOMUNICACIONES	\$ 796,219,930	\$ 1,942,478,982	\$ 1,006,730,571	\$ 139,528,481	
PORTERÍA CALLE 84 (BUSES) Y PORTERÍA CARRERA 26G (VISITANTES)	\$ 30,553,188	\$ 42,720,869	\$ 7,285,649	\$ 4,882,026	\$ 1,741,124.45
ALMACÉN	\$ 256,192,310	\$ 324,854,667	\$ 17,558,600	\$ 51,103,754	\$ 4,472,642.21

MAYORES COSTOS DE OBRA EJECUTADA POR MODIFICACIÓN DE DISEÑOS DURANTE LA ETAPA DE CONSTRUCCIÓN - PATIO CALIMA SAMECO					
DESCRIPCIÓN	DISEÑOS F.A.U.V.	OBRA EJECUTADA 2009	VARIACIÓN DE CANTIDADES POR MODIFICACIONES	ACTUALIZACIÓN EN VALORES	AJUSTES DE DISEÑO
LATONERÍA Y PINTURA	\$ 283,755,451	\$ 325,373,880	(\$ 4,703,497)	\$ 46,321,922	\$ 3,520.00
ADMINISTRACIÓN	\$ 612,843,489	\$ 759,033,395	\$ 30,597,468	\$ 115,592,433	\$ 6,166,732.72
CAFETERÍA	\$ 110,385,315	\$ 134,389,603	\$ 2,846,312	\$ 21,157,972	\$ 373,027.17
UNIDAD TÉCNICA DE BASURAS	\$ 115,848,586	\$ 142,277,959	\$ 10,260,963	\$ 16,168,411	\$ 2,588,422.36
NO CONTEMPLADAS EN OBRAS INICIALES	\$ 590,730,087	\$ 907,729,848	\$ 201,208,841	\$ 115,790,920	\$ 0.00
<b>TOTAL COSTO DIRECTO</b>	<b>\$ 10,662,322,489</b>	<b>\$ 14,954,409,969</b>	<b>\$ 2,664,579,265</b>	<b>\$ 1,627,508,198</b>	<b>\$ 414,779,250</b>
A.I.U 45.37%	\$ 4,837,495,713	\$ 6,784,815,803	\$ 1,208,919,613	\$ 738,400,469	\$ 188,185,346
<b>COSTO TOTAL</b>	<b>\$ 15,499,818,202</b>	<b>\$ 21,739,225,772</b>	<b>\$ 3,873,498,878</b>	<b>\$ 2,365,908,667</b>	<b>\$ 602,964,596</b>
<b>VALOR TOTAL DE LOS MAYORES COSTOS PENDIENTES DE RECONOCIMIENTO</b>					<b>\$ 5,636,442,974</b>

### 5.3. HECHOS RELATIVOS A LA ETAPA DE REVERSIÓN DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN NO. 1 Y 2

92. Los Contratos de Concesión No.1 y 2 señalan taxativamente en la **Cláusula 4-DURACIÓN DEL CONTRATO**:

*“El plazo de duración del presente contrato de Concesión será indeterminado, pero determinable según el término en el que se agoten las siguientes etapas (...)”,* posteriormente en el numeral 4.3., se señala que *“La etapa de reversión tendrá una duración de dos (2) meses (...)”* (Negrilla fuera de texto).

93. Mediante Otrosí No. 7 de los Contratos de Concesión No. 1 y 2, suscrito el 30 de octubre de 2009, las partes determinaron:

CONTRATO DE CONCESIÓN NO.1	CONTRATO DE CONCESIÓN NO.2
<p>“(…) ”</p> <p>9. <i>Que el 17 de junio de 2009 se suscribió el Acta de Cierre de la etapa de Preconstrucción por parte de la Interventoría, Metro Cali S.A. y la Concesionaria Cali Mío S.A. con la aprobación definitiva de los Estudios y Diseños, situación que influyó directamente en la ejecución y culminación de las obras, variando el cronograma de trabajo de las obras que se definieron hasta esa fecha y de aquellas donde su ejecución depende de éstas últimas</i><sup>29</sup>.</p>	<p>“(…) ”</p> <p>9. <i>Que el 17 de junio de 2009 se suscribió el Acta de Cierre de la etapa de Preconstrucción por parte de la Interventoría, Metro Cali S.A. y la Concesionaria Cali Mío S.A. con la aprobación definitiva de los Estudios y Diseños, situación que influyó directamente en la ejecución y culminación de las obras, variando el cronograma de trabajo de las obras que se definieron hasta esa fecha y de aquellas donde su ejecución depende de éstas últimas</i><sup>31</sup>.</p>

<sup>29</sup> Esta consideración confirma que la demora en la aprobación de los diseños es causa de mayor permanencia en obra del Concesionario.

<p>10. <u>Que el 1 de septiembre de 2009 Diconsultoria S.A e Interdiseños S.A. como Interventoría del proyecto, Metro Cali S.A.-el Concedente y la Concesionaria Cali Mío S.A. suscribieron el Acta de Verificación de Obras de Construcción y de Cierre de la etapa de Construcción, y se acordó que la Concesionaria debería adelantar algunas actividades complementarias al patio taller durante la Etapa de Reversión</u><sup>30</sup>.</p> <p>11. <u>Que el 10 de septiembre de 2009 se formalizó por parte de Metro Cali S.A. la autorización para que el Concesionario de Transporte diseñe y ejecute por su cuenta, bajo su costo y riesgo las adecuaciones acordadas entre Blanco y Negro Masivo S.A. y la Concesionaria Calimio S.A., obras que no se adelantaron hasta tanto el Concesionario de Transporte canceló a la Concesionaria Cali Mio S.A. el valor acordado y de conocimiento de Metro Cali S.A.</u></p> <p>12. <u>Que a la fecha el Instituto Nacional de Concesiones - INCO no ha otorgado el permiso de Intervención Temporal a Metro CaH S.A., para la construcción de la Red Externa del SIUR del patio taller Calima Sameco sobre la Autopista Cali-Yumbo, situación ajena a la Concesionaria Cali Mio S.A.</u></p> <p>13. <u>Que el 1 de septiembre de 2009 se suscribió el Acta de Verificación de obras y cierre de la Etapa de Construcción del contrato de concesión.</u></p>	<p>10. <u>Que el 1 de septiembre de 2009 Diconsultoria S.A e Interdiseños S.A. como Interventoría del proyecto, Metro Cali S.A.-el Concedente y la Concesionaria Cali Mío S.A. suscribieron el Acta de Verificación de Obras de Construcción y de Cierre de la etapa de Construcción, y se acordó que la Concesionaria debería adelantar algunas actividades complementarias al patio taller durante la Etapa de Reversión</u><sup>32</sup>.</p> <p>11. <u>Que el 1 de septiembre se suscribió el Acta de Verificación de Obra y Cierre de la Etapa de Preconstrucción.</u></p> <p>12. <u>Que mediante comunicación DC-3E-0353-09 recibido el 6 de octubre de 2009 por la Concesionaria, <b>la Interventoría envió el listado de acabados y arreglos (más no faltantes)</b> por ejecutar que exigen un término moderado para su culminación” (Negrilla fuera de texto). (...)</u></p> <p>14. <u>Que por lo anterior se hace preciso prorrogar la Etapa de Reversión del Contrato de Concesión hasta el 26 de diciembre de 2009, y de esta manera culminar el trabajo de obra de conformidad con el contrato, sus especificaciones y modificaciones a los mismos”.</u></p> <p><b>“PRIMERO.</b> <u>Modifíquese la cláusula 4 Duración del Contrato, numeral 4.3 del Contrato de Concesión No. 2 en el sentido de ampliar por hasta el 26 de diciembre el plazo de la etapa de Reversión, que en adelante quedará</u></p>
---	--

<sup>31</sup> Esta consideración confirma que la demora en la aprobación de los diseños es causa de mayor permanencia en obra del Concesionario.

<sup>30</sup> Esta consideración es clara en señalar que el mayor plazo requerido –al menos en parte- se debió a que el Concesionario debió adelantar actividades complementarias al patio taller Calima Sameco, durante la Etapa de Reversión

<sup>32</sup> Esta consideración es clara en señalar que el mayor plazo requerido –al menos en parte- se debió a que el Concesionario debió adelantar actividades complementarias al patio taller Calima Sameco, durante la Etapa de Reversión

<p>14. Que mediante comunicación DC-3E-0353-09 recibido el 6 de octubre de 2009 por la Concesionaria, la Interventoría envió el listado de acabados y arreglos (más no faltantes) por ejecutar, que exigen un término moderado para su culminación.</p> <p>15. Que de conformidad con el recorrido de obra adelantado el 6 de octubre de 2009 por parte de los funcionarios de Metrocali S.A., la entidad mediante oficio 5-2333-09 del 15 de octubre de 2009 solicitó a Concesionaria Cali Mio S.A. el arreglo de algunos aspectos técnicos y ambientales.</p> <p>16. Que por lo anterior se hace preciso prorrogar la etapa de Reversión del contrato de concesión por 40 días más, y de esta manera culminar el trabajo de obra de conformidad con el contrato, sus especificaciones y modificaciones a los mismos.”</p> <p><b>“PRIMERO.</b> Modifíquese la cláusula 4 Duración del Contrato, numeral 4.3 del Contrato de Concesión No. 1 en el sentido de ampliar por hasta el 26 de diciembre el plazo de la etapa de Reversión, que en adelante quedará así:</p> <p><b>“CLÁUSULA 4 DURACIÓN DEL CONTRATO:</b></p> <p>El plazo de duración del presente Contrato de Concesión será indeterminado, pero determinable según el término en el que se agoten las siguientes etapas:</p> <p>4.3.1.La etapa de Reversión, tendrá una duración hasta el 26 de diciembre y estará comprendida entre la fecha de terminación de la Etapa de Construcción y la fecha en que Metro Cali S.A – El Concedente le comunique al CONCESIONARIO la recepción a satisfacción del Patio y Taller del Sistema MIO, que le fue adjudicado.(...) <b>SEGUNDO.</b> Modifíquese la Cláusula 48 Etapa de Reversión de los bienes del Contrato de Concesión No. 2 que en adelante quedará así:</p> <p><b>“CLAUSULA 48. ETAPA DE REVERSIÓN.</b> Al finalizar la Etapa de Construcción y hasta el 26 de diciembre de 2009, el Concesionario deberá revertir a Metro Cali S.A. – El Concedente – el Patio – Taller por el adquirido adscrito a la Concesión y construidos en virtud del presente contrato, incluyendo los inmuebles por adhesión o destinación permanente, sin lugar o derecho alguno a indemnización o compensación por este concepto, adicional o diferente de la contraprestación establecida en este contrato”.</p>	<p>así:</p> <p><b>“CLÁUSULA 4 DURACIÓN DEL CONTRATO:</b></p> <p>El plazo de duración del presente Contrato de Concesión será indeterminado, pero determinable según el término en el que se agoten las siguientes etapas:</p> <p>4.3.1.La etapa de Reversión, tendrá una duración hasta el 26 de diciembre y estará comprendida entre la fecha de terminación de la Etapa de Construcción y la fecha en que Metro Cali S.A – El Concedente le comunique al CONCESIONARIO la recepción a satisfacción del Patio y Taller del Sistema MIO, que le fue adjudicado.(...) <b>SEGUNDO.</b> Modifíquese la Cláusula 48 Etapa de Reversión de los bienes del Contrato de Concesión No. 2 que en adelante quedará así:</p> <p><b>“CLAUSULA 48. ETAPA DE REVERSIÓN.</b> Al finalizar la Etapa de Construcción y hasta el 26 de diciembre de 2009, el Concesionario deberá revertir a Metro Cali S.A. – El Concedente – el Patio – Taller por el adquirido adscrito a la Concesión y construidos en virtud del presente contrato, incluyendo los inmuebles por adhesión o destinación permanente, sin lugar o derecho alguno a indemnización o compensación por este concepto, adicional o diferente de la contraprestación establecida en este contrato”.</p>
--	---



<p>Contrato de Concesión No.1 que en adelante quedará así:</p> <p><b>“CLAUSULA 48. ETAPA DE REVERSIÓN.</b>  Al finalizar la Etapa de Construcción y hasta el 26 de diciembre de 2009, el Concesionario deberá revertir a Metro Cali S.A. – El Concedente – el Patio – Taller por el adquirido adscrito a la Concesión y construidos en virtud del presente contrato, incluyendo los inmuebles por adhesión o destinación permanente, <u>sin lugar o derecho alguno a indemnización o compensación por este concepto, adicional o diferente de la contraprestación establecida en este contrato”.</u></p>	
--	--

94. Mediante Acta del 10 de Diciembre de 2009, las partes suscribieron Acta de recibo final del Patio Taller Calima Sameco, en la que expresaron las siguientes formulas de acuerdo:

**“PRIMERO.** CONCESIONARIA CALI MIO S.A. hace entrega al INTERVENTOR – CONSORCIO DICONSULTORIA S.A. INTERDISEÑOS S.A. y a el CONCEDENTE – METRO CALI S.A. de las obras y equipos contratantes por el CONCEDENTE METRO CALI S.A. mediante CONTRATO DE CONCESIÓN No. 1 y descritas en los anexos técnicos Nos 1, 2, 3 y 4 que hacen parte integral de esta acta de recibo y entrega de conformidad con los diseños aprobados por la INTERVENTORÍA – CONSORCIO DICONSULTORIA S.A. INTERDISEÑOS S.A. y las entidades municipales correspondientes, en perfecto estado de conservación y uso

(...)

**SEGUNDO.** EL INTERVENTOR – CONSORCIO DICONSULTORIA S.A. INTERDISEÑOS S.A. de conformidad a lo prescrito en el contrato de concesión No. 1 de 2007, RECIBEN las obras y bienes descritos en el punto No.1 de los acuerdos contenidos en esta acta de recibo y entrega, en perfecto estado de conservación y uso.

**TERCERO.** Que el CONCESIONARIO ha dado cumplimiento a sus obligaciones contractuales de construcción y reversión, en los términos consagrados en la presente acta”.

## 6. HECHOS RELATIVOS A LAS VÍAS DE ACCESO DE LOS PATIO TALLERES PUERTO MALLARINO Y CALIMA - SAMECO

95. Dispusieron LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN No. 1 y 2 respecto al Diseño de los patios y Talleres:

CONTRATO DE CONCESIÓN No. 1	CONTRATO DE CONCESIÓN No. 2
<p><b>“CLAUSULA 12 OBLIGACIONES DE EL CONCESIONARIO: (...)</b></p> <p><i>12.2.1. Realizar todos los diseños y estudios solicitados en los Apéndices del Contrato del Patio Taller denominado Calima-Sameco del Sistema MIO y, si es del caso, proponer modificaciones y/o precisiones, las cuales deberán ser sometidas a la aprobación de Metro Cali S.A.-El Concedente o sus delegados, agentes o interventores que, en todo caso, deberán encontrarse de conformidad con los parámetros y necesidades del Sistema que para el efecto haya establecido Metro Cali S.A.-El Concedente en los Apéndices del contrato.</i></p> <p><i>“12.2.2. Presentar a consideración y aprobación de Metro Cali S.A.-El Concedente las modificaciones o ajustes necesarios durante la etapa de preconstrucción.</i></p> <p><i>“12.2.3. Contratar el personal idóneo para realizar los diseños del proyecto.”</i></p>	<p><b>“CLAUSULA 12 OBLIGACIONES DE EL CONCESIONARIO: (...)</b></p> <p><i>12.2.1. Realizar todos los diseños y estudios solicitados en los Apéndices del Contrato del Patio Taller denominado Puerto Mallarino del Sistema MIO y, si es del caso, proponer modificaciones y/o precisiones, las cuales deberán ser sometidas a la aprobación de Metro Cali S.A.-El Concedente o sus delegados, agentes o interventores que, en todo caso, deberán encontrarse de conformidad con los parámetros y necesidades del Sistema que para el efecto haya establecido Metro Cali S.A.-El Concedente en los Apéndices del contrato.</i></p> <p><i>“12.2.2. Presentar a consideración y aprobación de Metro Cali S.A.-El Concedente las modificaciones o ajustes necesarios durante la etapa de preconstrucción.</i></p> <p><i>“12.2.3. Contratar el personal idóneo para realizar los diseños del proyecto.”</i></p>

96. En el **Apéndice 4 - DEL CONTRATO CONDICIONES DE ELABORACIÓN DE LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS**, numeral 5.3 y siguientes, se establece claramente el alcance de las obligaciones del **CONCESIONARIO** en la ejecución de las llamadas vías de acceso, descrito a continuación:

**“5.3.1 OBJETO**

*El objetivo general del estudio de Tránsito es el de diseñar funcional y operativamente los accesos y salidas de Los Patios y Talleres, la resolución de puntos de conflicto, proponer alternativas geométricas y evaluación de las mismas, en concordancia con las determinaciones establecidas en el diseño operacional del SITM, del Plan Vial y del Plan LICITACIÓN PÚBLICA MC-DT-003-2006 CONCESIÓN PATIOS Y TALLERES DEL SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO DE SANTIAGO DE CALI.*

*(...)*

*Diseñar los accesos y salidas de Los Patios y Talleres, sobre las áreas de influencia operacional. Para este efecto se debe seguir los lineamientos definidos por el documento CONPES 3166 de Mayo 23 de 2002, CONPES 3369 de agosto 1 de 2005, el POT, el Plan Vial y los estudios y diseños*

*operacionales de tal manera que desde el punto de vista técnico, económico y urbanístico sea más favorable.*

*(...)*

*Como resultado de los análisis realizados se deberán proponer planes eficientes de circulación zonal en las áreas de influencia directa del proyecto involucrando las entidades de salud, educativas y en general las que tengan que ver con emergencias y las que manejen volúmenes importantes de vehículos y peatones.*

*(...)*

*Definición de soluciones a los pasos peatonales, localización y tipo de solución (señalización, semaforización o paso a desnivel). Dichas soluciones deberán ser incluidas en los planos de señalización y diseño geométrico según corresponda y se recomendará si la construcción deberá ser inmediata, a corto o mediano plazo.” (Subrayado fuera de texto)*

97. El literal 5 del Apéndice 4 del Contrato - CONDICIONES DE ELABORACIÓN DE LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS - ALCANCE DE LA ELABORACIÓN DE LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS PROPIOS DEL CONCESIONARIO, dispone:

#### *“5.3 ESTUDIOS DE TRÁNSITO*

##### *5.3.1 OBJETO*

*El objetivo general del estudio de Tránsito es el de diseñar funcional y operativamente los accesos y salidas de Los Patios y Talleres, la resolución de puntos de conflicto, proponer alternativas geométricas y evaluación de las mismas, en concordancia con las determinaciones establecidas en el diseño operacional del SITM, del Plan Vial y del Plan Ordenamiento Territorial del Municipio de Santiago de Cali, en función de las demandas de tránsito de ésta y las vías que conforman su área de influencia directa y circunvecina de manera que garantice el mejoramiento de los niveles de servicio de la red involucrada, facilite la movilidad de los usuarios y favorezca la accesibilidad a las zonas aledañas, considerando la importancia de los diferentes modos de transporte, la morfología urbana y los usos asignados a los diferentes sectores de la ciudad*

*(...)*

#### *5.4 DISEÑO GEOMÉTRICO VIAL*

##### *5.4.1 INTRODUCCIÓN*

*El Concesionario debe desarrollar la investigación de la información existente, la evaluación, la verificación y elaboración de los estudios y diseños propios de las alternativas para el trazado de las vías, todo esto haciendo énfasis en la funcionalidad vial y el diseño operacional del SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO.*

*La alternativa seleccionada debe incluir el tratamiento de restricciones, tales como: líneas de transmisión de alta tensión, líneas férreas, canales y otro tipo de redes o restricciones existentes que impidan el desarrollo de la sección transversal, siendo necesario que los especialistas en los temas de*

transporte, tránsito y diseño, entre otros, coordinen con las entidades competentes las actividades, con el objeto de garantizar la capacidad y niveles de servicio.

El Concesionario procederá al diseño de la geometría detallada del proyecto para las Vías de circulación interior y las Vías Externas y Perimetrales (Integración entre troncales, pretroncales, complementarias y retornos), de Los Patios y Talleres, en planta y perfil, de acuerdo con los parámetros definidos en el APÉNDICE 2.

*El diseño geométrico definitivo de Los Patios y Talleres deberá contener todos los detalles necesarios para su funcionamiento, como vías de acceso y vías internas, áreas de estacionamiento, carriles de aceleración y desaceleración, bahías de parqueo, paraderos de buses, giros derechos e izquierdos, radios mínimos de giro que garanticen una velocidad de operación tal que no se generen represamientos de circulación, espacios para la adecuada dotación de los elementos de mantenimiento preventivo y correctivo, etc.*

*Los planos del proyecto en los aspectos: alineamiento horizontal y vertical, secciones transversales, se ejecutarán de acuerdo a normas y modelos del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PLANEACIÓN MUNICIPAL y Metro Cali S.A.*

*Los diseños geométricos deberán realizarse en forma conjunta, armoniosa y simultánea con los diseños para el tratamiento del Espacio Público (entendido como área de uso colectivo) y coordinados a su vez con los diseños geométricos definitivos efectuados para los Corredores Troncales, Pretroncales y Complementarios del SITM.” (Subrayado fuera de texto)*

98. Durante la ronda de preguntas y respuestas del proceso licitatorio origen de LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN No. 1 y 2, la SOCIEDAD INFRACON S.A. el día 9 de noviembre de 2006, solicitó a la Entidad **METRO CALI S.A.**, que definiera el alcance de la intervención de las vías de acceso a los patios y talleres por parte del futuro concesionario constructor de los mismos.

A tales efectos, la Entidad respondió y precisó el alcance contractual en este sentido:

“No es responsabilidad del Concesionario de Patios y Talleres intervenir vías del SITM ya que estas están incluidas en otras licitaciones paralelas a la de Concesión de Patios y Talleres. Todas las conexiones que estén por fuera de las vías del S.I.T.M. y sean necesarias para acceder al Patio y Taller deben ser construidas por el Concesionario del Patio y Taller. Estas deben ser incluidas en su análisis financiero si es el caso. Si se trata de una vía nacional que cumple con las especificaciones no es responsable del Concesionario de Patios y talleres realizar intervenciones sobre la misma. (Subrayado fuera de texto)

99. En comunicación CCM-E-366-2007, señaló METRO CALI:

**“A la fecha Metro Cali no tiene facultades ni competencias de intervención de vías de orden nacional, y pues mucho menos, se puede señalar que esas supuestas facultades hayan sido atribuidas al Concesionario mediante la celebración de los contratos No 1 y No 2 del 15 de marzo de**

2007, pues si mi contratante carece de potestades de intervención, el contratista lógicamente y legalmente sólo puede asumir aquellas que plenamente puedan ser transferidas”. (Negrilla fuera de texto).

100. Lo anterior, se evidencia en la comunicación **CCM-E-1329-2009 del 22 de septiembre** dirigida a la Interventoría, así:

**“3.6.1.1.1. Vías de acceso**

*Las vías de acceso incluyen los carriles de entrada y salida de los patios y Talleres. Estas **deberán estar diseñadas**, desde el punto de vista geométrico (planimetría y altimetría) y estructural (estructura de pavimentos), e incluso en lo que concierne a las redes de servicios públicos respectivas, iluminación, drenajes y demás aspectos que se consideren.*

***La zona de acceso deberá ser diseñada** de tal manera que la entrada de buses a los Patios y Talleres sea lo más eficiente posible y no entorpezca la operación del sistema ni el tráfico mixto.”*

101. De igual manera, **METRO CALI S.A.**, mediante comunicación DT-E-001-08 afirmó que:

*“Como bien lo afirma el Concesionario **“Las obligaciones de proponer alternativas y soluciones, han sido cumplidas cabalmente por el Concesionario** y fueron debidamente presentadas haciendo las recomendaciones técnicas y de construcción...”* (Negrilla fuera de texto).

102. El 10 de enero de 2008, mediante oficio No. CCM-E-422-2008, el Representante Legal del **CONCESIONARIA**, reiteró las diferentes propuestas planteadas en el estudio de tránsito:

*““(…) En atención a que no compartimos las precisiones contenidas en el oficio DT-E-249-07 (...) por considerar que sus apreciaciones van más allá de las obligaciones contractuales previstas a cargo del concesionario, y se desvían de la solicitud contenida en nuestra comunicación con radicado CCM-E-366-2007 del 21 de noviembre con radicado de Metro Cali 30374 del 22 de noviembre de 2007, nos permitimos solicitar que a través del Representante Legal de Metrocali se dé respuesta clara y formal a nuestra petición realizada mediante la comunicación antes citada. (...). En tal petición sentido quisiéramos resaltar algunas obligaciones previstas en el Apéndice 4 numeral 5.3 y siguientes que claramente **delimitan el alcance de la ejecución de las llamadas vías de acceso de los patios ( entradas y salidas de los mismos)** que no pueden interpretarse o ampliar su alcance a todas las vías que hagan parte del sistema nacional o municipal,- porque reitero esto no es competencia legal del concesionario- y que **delimitan expresamente la elaboración del diseño por parte del concesionario***

*Las alternativas presentadas fueron:*

*-ALTERNATIVA 1- Incorporar a la autopista mediante un semáforo.*

*Los buses del sistema saldrían del patio a través de la carrera 36, incorporándose a la autopista Cali – Yumbo mediante un giro derecho utilizando la ayuda de un dispositivo semafórico para buscar el retorno existente que los lleve en sentido norte – sur hacia las terminales.*

*Esta alternativa supone un sobre recorrido de 600 m aproximadamente.*

*El semáforo sería utilizado solamente para la salida de los buses, lo que supone que el dispositivo es actuado y mientras no exista salida de buses a la autopista Cali – Yumbo, éste se mantendrá verde.*

*-ALTERNATIVA 2- Incorporación a la autopista mediante un cruce semaforizado.*

*Esta alternativa considera la integración de los buses del sistema a la autopista Cali – Yumbo mediante el rompimiento del separador central, de tal forma que utilizando la ayuda del dispositivo semafórico, se realiza un giro izquierdo, accediendo directamente a la calzada norte – sur.*

*Como en la alternativa número 1, igualmente el semáforo funcionaría de manera actuada.*

*ALTERNATIVA 3- Ingreso de a desnivel.*

*Con el fin de eliminar cualquier tipo de inconvenientes sobre la autopista, se propone una solución a desnivel en la cual los buses ingresan de forma directa a la calzada norte – sur, recomendando además la construcción de un carril de incorporación en el sentido norte – sur, ya que permite que los buses puedan aumentar su velocidad antes de incorporarse a la autopista, disminuyendo la densidad vehicular de la vía principal.*

*ALTERNATIVA 4 – Incorporación protegida a la vía.*

*Esta alternativa supone el ingreso de los buses sobre la autopista Cali – Yumbo a través de un carril de aceleración en sentido sur – norte paralelo a la autopista, con posterior retorno a la altura del puente Carvajal, localizado aproximadamente a 1600 M al norte de la carrera 36.*

*Esta alternativa supone un recorrido de 3200 M aproximadamente, sin embargo esta situación está contemplada dentro de las estimaciones previstas en los estudios de los parámetros operacionales del sistema.*

*Ahora bien, la alternativa sugerida en el estudio y concertada con la Interventoría, permitía la vinculación a la autopista Cali –Yumbo, sin la necesidad de implementación de semáforo. Esta solución implicaría la construcción de un carril de incorporación paralelo a la autopista Cali-Yumbo (Vía de orden nacional), con un desarrollo aproximado de 170 ml, obligando a realizar el retorno, aproximadamente 1 Km. más debajo de lo inicialmente planteado, aumentando el recorrido en vacío de los buses del sistema, pero igualmente conocido y aceptado por la interventoría. No obstante precisamos, que con el kilómetro adicional igualmente se da cabal cumplimiento con las distancias mínimas de recorrido muerto*

*promedio en vacío señaladas en el apéndice 16, así.*

<i>Distancia de la terminal Sameco al patio Sameco</i>	<i>1.800 m</i>
<i>Distancia de patio Sameco a Terminal Sameco</i>	<i>5.200 m</i>
<i>Distancia de recorrido muerto promedio</i>	<i>3.500 m 8 (...)"</i>

- 103.** En concordancia con lo anterior, el Concesionario **CUMPLIÓ** a cabalidad con la obligación de diseñar las vías de acceso a su cargo, acuerdo con las previsiones del Pliego de Condiciones y demás documentos contractuales.

### **5.1.3.- Contestación de METRO CALI S.A. a la reforma de la demanda:**

METRO CALI S.A. contestó oportunamente la demanda en los términos en que fue reformada, solicitando desestimar y denegar la totalidad de las pretensiones; se pronunció sobre los hechos expuestos por CONCESIONARIA CALI MIO S.A., negando unos, aceptando otros, total o parcialmente y formulando aclaraciones o pronunciamientos relativos a ellos y formuló excepciones que enunció de la siguiente manera:

1. absorción de todos los costos por la concesión
2. Irrelevancia de los mayores costos en que incurrió el contratista.
3. Inexistencia de la mayor permanencia
4. Improcedencia de la interpretación judicial
5. Excepción de contrato no cumplido.
6. Responsabilidad de Cali Mio S.A. en el mayor plazo.
7. Ocurrencia de hechos no imputables a la entidad.
8. Excepción genérica

### **5.2.- LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN DE METRO CALI S.A. CONTRA CONCESIONARIA CALI MIO S.A.:**

#### **5.2.1.- Pretensiones de la demanda:**

Mediante apoderado especial, debidamente reconocido por el Tribunal dentro del proceso, METRO CALI S.A. presentó demanda de reconvención mediante la cual solicita al

Tribunal despejar favorablemente las siguientes pretensiones:

**PRIMERA.-** Que se declare que CALI MIO S.A. incumplió los contratos de concesión No. 1 y 2., al no cumplir con sus obligaciones o cumplirlas tardíamente o defectuosamente.

**SEGUNDA.-** Que se declare que CALI MIO S.A. incumplió el contrato de concesión No. 1, al no cumplir con la construcción del intercambio semafórico, necesario para el acceso al patio Calima Sameco.

**TERCERA.-** Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a la Sociedad CALI MIO S.A. a pagar a METRO CALI S.A. el valor correspondiente a la cláusula penal pecuniaria cuyo alcance fue definido en el numeral 1.16 de las definiciones del contrato y pactada en la cláusula 71 de cada uno de los contratos de concesión No. 1 y 2.

**SUBSIDIARIA.-** Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento se condene a CALI MIO S.A. a pagar a favor de METROCALI S.A. el valor de la obra correspondiente al intercambio semafórico de acceso al patio taller Calima- Sameco y los demás perjuicios que se prueben en el proceso.

**CUARTA.-** Que la condena a favor de METROCALI S.A. sea debidamente actualizada y con el reconocimiento de los intereses moratorios a la tasa comercial vigente.

**QUINTA.-** Que se haga la compensación de las sumas que resultaren a favor y en contra de cada una de las partes como consecuencia de las pretensiones pecuniarias de la demanda principal y de la demanda de reconvención.

**SEXTA.-** Que se condene a CALI MIO S.A. a pagar a METROCALI S.A. las agencias en derecho.

#### 5.2.2 Fundamentos de la demanda de reconvención:

Como fundamento de sus pretensiones, METRO CALI S.A. expuso los hechos que a continuación se transcriben:

**1°** Mediante la Resolución No. 304 del 19 de septiembre de 2006, **METRO CALI S.A.** convocó la Licitación Pública No. MC-DT-003-2006 con el objeto de otorgar en Concesión la adquisición de predios, diseños y construcción de patios talleres del Sistema MIO del Municipio de Santiago de Cali y su área de influencia.

**2°** Mediante la Resolución No. 484 de diciembre 29 de 2006, le fueron adjudicados a la **CONCESIONARIA CALI MIO S.A.** los Contratos de Concesión No. 1 y 2, objeto de la Licitación Pública No. MC-DT-003-2006.

**3°** El día 15 de marzo de 2007, **METRO CALI S.A.** y la **SOCIEDAD CONCESIONARIA CALI MIO S.A.**, suscribieron los Contratos de Concesión No. 1 “Patio Taller Calima-Sameco” y No. 2 “Patio Taller Puerto Mallarino”, cuyos objetos se describen a continuación:

##### **A. CONTRATO DE CONCESIÓN No. 1:**

**“CLÁUSULA 1 OBJETO DEL CONTRATO.** *El presente contrato tiene por objeto otorgar en Concesión por parte del Metro Cali S.A.- El concedente al CONCESIONARIO la adquisición, diseño, construcción, explotación y entrega a plena satisfacción del Metro Cali S.A.-El concedente del Patio y Taller denominado CALIMA-SAMECO del Sistema MIO del Municipio de Santiago de Cali y su área de influencia; actividades que EL CONCESIONARIO deberá desarrollar por cuenta y*



**riesgo y bajo el control y vigilancia de metro Cali S.A.-El concedente mediante el pago de una contraprestación consistente en un valor licitado por cada uno de los viajes que constituyen pago y que son efectivamente realizados por los usuarios del Sistema MIO. Conforme a la propuesta presentada por EL CONCESIONARIO.**

**B. CONTRATO DE CONCESIÓN No. 2:**

**“CLÁUSULA 1 OBJETO DEL CONTRATO.** El presente contrato tiene por objeto otorgar en Concesión por parte del Metro Cali S.A.- El concedente al CONCESIONARIO la adquisición, diseño, construcción, explotación y entrega a plena satisfacción del Metro Cali S.A.-El concedente del Patio y Taller denominado PUERTO MALLARINO del Sistema MIO del Municipio de Santiago de Cali y su área de influencia; actividades que EL CONCESIONARIO deberá desarrollar por cuenta y riesgo y bajo el control y vigilancia de metro Cali S.A.-El concedente mediante el pago de una contraprestación consistente en un valor licitado por cada uno de los viajes que constituyen pago y que son efectivamente realizados por los usuarios del Sistema MIO. Conforme a la propuesta presentada por EL CONCESIONARIO”.

4° El plazo de cada contrato se señaló en la cláusula Cuarta, con una duración máxima de acuerdo con cada etapa y a partir de la finalización de cada una de ellas, así:

**ETAPA DE PRECONSTRUCCIÓN – 3 MESES,** la cual se inició el día 20 de abril de 2007, de acuerdo con el acta de inicio y finalizó el 17 de junio de 2009.

**ETAPA DE CONSTRUCCIÓN – 8 MESES,** la cual se inició el 4 de noviembre de 2008, de acuerdo con el acta de inicio de obras y terminó el 10 de diciembre de 2009 para el patio Calima Sameco y 26 de diciembre para el patio Puerto Mallarino, fechas en que se terminaron las obras, pues el 1 de septiembre de 2009, cierre de la etapa de construcción, en que el contratista pretendió hacer la entrega de los patios, no se encontraban terminados en forma y tenían irregularidades y defectos, por lo que fue necesario hacerle observaciones que obligaron a que el contratista requiriera un mayor plazo para corregirlas.

**ETAPA DE REVERSIÓN – 2 MESES-** Esta fase que debió iniciarse el 2 de septiembre de 2009, pero la deficiencia de las obras obligó a ser utilizada por el contratista para la corrección y terminación de los patios, de acuerdo con el acta firmada, a más de que fue necesario ampliar el plazo.

**ETAPA DE EXPLOTACIÓN -15 AÑOS-**

5° En la etapa de preconstrucción, el contratista debe adquirir los predios con ubicación tal que el recorrido muerto entre el patio y la estación, no supere tres kilómetros, predios sobre los cuales el contratista debe hacer el diseño de los patios y talleres, proponerlo a la entidad, quien estudia la propuesta del diseño y la acepta o le hace observaciones o modificaciones, de acuerdo a las necesidades técnicas. En esta etapa el concesionario debe obtener igualmente las licencias y permisos necesarios para sus obras y obtener los recursos financieros para la ejecución de la construcción, para lo cual se le señala una fecha de cierre financiero. En la cláusula 12 del contrato se expresan las obligaciones del concesionario, tanto respecto al diseño como a la construcción de los patios.

6° El contratista debe ejecutar las obras de construcción de acuerdo con lo diseñado por él y aprobado para cada patio por la entidad, atendiendo a las condiciones del contrato y sus anexos y al pliego.

7° EL APENDICE 2 - DEL CONTRATO CONDICIONES GENERALES, consagra las especificaciones sobre los diseños que debe realizar el contratista en cada uno de los patios y talleres y determina qué aéreas deben construirse, dentro de las cuales señala las vías de acceso, al describir a continuación dentro de las áreas que se deben construir, las vías de acceso en el numeral **3.6.1.1.1. para el adecuado funcionamiento de cada uno de los patios.**

Dice el apéndice No. 2:

#### **“ESQUEMA OPERACIONAL**

##### **1.1. ÁREAS DEL PATIO**

“Es obligación del Concesionario de Patios y Talleres realizar los estudios necesarios, **diseñar y construir todas las áreas descritas a continuación**, y las que se requieran durante el proceso de diseños, para el adecuado funcionamiento de cada uno de los Patios y Talleres, que permita suplir las necesidades del Sistema MIO. Debe considerar las áreas de estacionamiento, abastecimiento de combustible para el mantenimiento predictivo, preventivo y correctivo de los autobuses del Sistema de Transporte Masivo MIO y las que se requieran para la adecuada operación interna. Igualmente deberá suministrar las áreas administrativas para el buen desempeño de cada uno de los Patios y Talleres y supla las necesidades de operación de los autobuses y de los equipos y dispositivos del Sistema de Información unificado de Respuesta - SIUR- que serán instalados a bordo de los vehículos que permitan la disponibilidad de la flota en procura de brindar un excelente servicio de transporte al usuario. ...

##### **3.6.1.1.1. Vías de acceso**

Las vías de acceso incluyen los carriles de entrada y salida de los patios y Talleres. Estas deberán estar diseñadas, desde el punto de vista geométrico (planimetría y altimetría) y estructural (estructura de pavimentos), e incluso en lo que concierne a las redes de servicios públicos respectivas, iluminación, drenajes y demás aspectos que se consideren.

La zona de acceso deberá ser diseñada de tal manera que la entrada de buses a los Patios y Talleres sea lo más eficiente posible y no entorpezca la operación del sistema ni el tráfico mixto”.

8° CALI MIO S.A, mediante oficio No. CCM-E-422-2008 del 10 de enero de 2008, propuso para el diseño del patio de Calima Sameco y su acceso, tres alternativas, con la cuales solucionaba la obligación de que el recorrido muerto máximo de 3 kilómetros entre el patio y la estación, entre las cuales la No. 2 fue seleccionada por la entidad, consistente en un intercambio semafórico. Esta alternativa dice:

*“-ALTERNATIVA 2- Incorporación a la autopista mediante un cruce semaforizado.*

*Esta alternativa considera la integración de los buses del sistema a la autopista Cali – Yumbo mediante el rompimiento del separador central, de tal forma que utilizando la ayuda del dispositivo semafórico, se realiza in giro izquierdo, accediendo directamente a la calzada norte – sur.*

*Como en la alternativa número 1, igualmente el semáforo funcionaria de*

*manera actuada”.*

Con este diseño, la construcción de del intercambio semafórico, el contratista cumple con la exigencia del recorrido máximo permitido entre la estación y el patio.

**9°** A pesar de los requerimientos que la entidad y la interventoría le han hecho al contratista para que cumpla su obligación de construir el cambio semafórico, éste no la ha cumplido, generando inseguridad en el tráfico de los buses y exponiendo al peligro a los usuarios y afectando económicamente a los operadores y a la entidad.

**10°** Al no construir el intercambio semafórico, el contratista también está incumpliendo con el recorrido muerto de los buses, pues no debe ser superior a los tres (3) kilómetros entre la estación y el patio y sin el intercambio semafórico, esa especificación no se cumple, con los perjuicios económicos que ello implica. Tal omisión es un claro incumplimiento del contrato.

**11°** El concesionario incumple las obligaciones señaladas en la cláusula 37, donde se reitera su obligación de construir los patios, atendiendo las obligaciones incluidas en los apéndices al mismo. Dice la citada disposición contractual:

*“Una vez finalizada la etapa de preconstrucción se da inicio a la etapa de construcción que tendrá una duración total estimada de ocho (8) meses.*

*Durante la Etapa de Construcción EL CONCESIONARIO ejecutará todas las labores necesarias para la ejecución de las actividades correspondientes a la construcción del Patio y Taller denominado Calima – Sameco del Sistema MIO, de conformidad con los resultados exigidos en este contrato, y bajo las condiciones técnicas y económicas previstas en el presente contrato y sus apéndices”(S.F.T.)*

**12°** Los patios construidos con sus accesos eran condiciones para operar el sistema MIO; el 1 de marzo de 2009 en que empezó el funcionamiento, no estaban listos. Esto obligó a METRO CALI S.A. a tomar en arrendamiento dos patios de la empresa Blanco y Negro S.A. y Alameda S.A., para suplir la necesidad del incumplimiento del concesionario, incurriendo en costos mayores para la entidad.

Por no disponer de los patios al inicio del sistema, debió pagarse las siguientes sumas a la Empresa de Buses Blanco y Negro s.a., la suma de SESENTA Y CUATRO MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA MIL PESOS (\$64.680.000) mensuales; a la empresa Alameda s.a., la suma de CUARENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO TRESCIENTOS SESENTA PESOS (\$47.754.360) mensuales, durante 10 mes, lo cual se mantuvo hasta el 30 de diciembre de 2009.

**13°** Desde el mismo 30 de marzo de 2009 en que empezó a funcionar el sistema de transporte masivo en la ciudad de Cali, y a pesar del incumplimiento en el diseño y construcción de los patios y de la mora en la entrega de los mismos, el concesionario empezó a percibir el porcentaje de los pasajes que lo correspondía, según el contrato por ingresos.

**14°** La entrega de los patios se hizo en forma tardía el 10 de diciembre de 2009 para el Patio Calima Sameco y el 26 de diciembre de 2009 para el Patio Puerto Mallarino, mora que le causó perjuicios a METROCALI S.A. METRO CALI S.A. debió pagar la suma de

112.434.360,00 mensuales desde el mes de febrero de 2009 hasta el 30 de diciembre del mismo año por concepto de arrendamiento de patios, por el incumplimiento de CALI MIO S.A.

**15°** Los patios construidos fueron entregados tardíamente, por lo cual también hay incumplimiento. El 1 de septiembre de 2009, fecha en que debía entregar finalmente la los patios, se produjo el cierre de la etapa de construcción, pero se le hicieron tantas observaciones, que el día 1 de octubre se le remite al contratista un oficio, en comunicación **DC-3E-0353-09**, que consta de 39 folios con cada una de las irregularidades encontradas en la construcción.

Solo para mencionar algunas, se transcribe una pequeña parte del documento que se adjunta como prueba:

**“ASUNTO: PENDIENTES TERMINACION ETAPA DE CONSTRUCCION**

“Cordial saludo:

“Le estamos enviando el listado de pendientes por ejecutar en los patio talleres, CALIMASAMECO Y PUERTO MALLARINO, una vez terminada la etapa de construcción, la cual finalizó el día 01 de septiembre del 2009. El listado de pendientes que se adjuntan deben atenderse en un plazo no mayor a diez días”.

Y luego hace un extenso listado de las actividades pendientes para que la obra sea completo, lo que da lugar a que las partes acuerden una nueva ampliación del plazo de entre, SIN CDULPA DE LA ENTIDAD, para que el contratistas finalice las obras( ver texto completo en el documento).

**“1.LISTADO DE PENDIENTES PATIO TALLER DE CALIMA- SAMECO**

“Es importante recalcar, que al momento de elaboración del siguiente listado; el Concesionario Cali Mio S.A. viene trabajando en detallamiento las obras del contrato, de acuerdo con listados parciales anteriores, por lo tanto es probable que algunas de las actividades aquí relacionadas como pendientes se encuentren en ejecución o ejecutadas en su totalidad.

**1.1 RED DE ALCANTARILLADO PLUVIAL Y RED DE AGUAS NEGRAS**

Para hacer más factible el chequeo y revisión de cada una de las estructuras que componen el sistema de las redes de Alcantarillado de Aguas Lluvias y Aguas Negras, anexamos a este informe los cuadros resumen en los cuales se relacionan las actividades que en cada uno de estos sistemas se encuentran pendientes por ejecutar.

a. De acuerdo a inventario de cámaras de alcantarillado, (Ver plano anexo No. 4 y Cuadros anexos No.1 y No. 2 a este informe) las actividades pendientes por ejecutar al 25 de septiembre de los corrientes, en cada una de las cámaras ya construidas son en general: instalación de peldaños en varilla %" colocando el inicial a 45 cms del borde superior de la cámara, construcción de cañuelas, emboquillado de tuberías, construcción de tapas en concreto y limpieza en general.

b. Por otra parte, es importante recalcar, que debe dejarse una referencia sobre el bordillo o sea sobre las losas de pavimento, para

posterior ubicación de las cámaras de alcantarillado bajo el jarillón perimetral tipo 2, ubicado por el costado derecho de la plataforma.

c. De igual manera, en los Cuadros "Control de Sumideros e Hidrantes No. 3 y No. 4 respectivamente, se relacionan las actividades pendientes por ejecutar, dentro de las cuales se encuentran: construcción de tabique en concreto, construcción de viga bafle, instalación de tapa y rejilla en concreto.

d. Los sumideros S-6 y S-9 no han sido construidos.

e. Instalación de válvulas de retención tipo "pico de pato" en las estructuras de entrega del colector de aguas lluvias y del canal perimetral.

### **"1.2. RED DE ALCANTARILLADO ...."**

**16°** El incumplimiento de la etapa precontractual, a pesar de las ampliaciones y suspensiones que se dieron por mutuo acuerdo de las partes, generó un enorme perjuicio para la entidad, pues los diseños del contratista no cumplían con las especificaciones exigidas, como consta en las distintas comunicaciones dirigidas al contratista, se demoró en la corrección de las deficiencias y observaciones y solo cumplió el 17 de junio de 2009, con enorme atraso, por lo cual se debió iniciar la construcción de las obras con las aprobaciones parciales de diseños.

**17°** El plazo para la etapa de pre construcción que era de 3 mes y empezó el 20 de abril de 2007, a pesar de las suspensiones y adiciones al mismo, fue incumplido por el contratista, quien solo vino a concluir esta etapa el 17 de junio de 2009, 8 meses después de iniciada la etapa de construcción, generándose un tiempo total de 25 meses y 28 días, con las suspensiones y ampliaciones.

**18°** Los incumplimientos de los plazos para entrega de diseños y permisos, al igual que de las obras completas y los cumplimientos tardíos en los contratos de concesión No. 1 y 2, descritos en los hechos anteriores, son imputables al contratista y ajenos a las causas esgrimidas por éste en su demanda como fundamento de la mayor permanencia en obra.

**19°** Por cuenta de los incumplimientos de CALI MIO S.A. que, sin duda afectaron el plazo de ejecución, METRO CALI S.A. se vio perjudicada en su propio patrimonio, al tener que sufragar costos a los que no estaba obligada y se traumatizó la iniciación del servicio de transporte masivo para la ciudad, con los traumatismos para las obras construidas por los otros contratistas las cuales se sub utilizaron en perjuicio de la movilidad. La entidad debió pagar durante diez (10) meses el canon de arrendamiento citado atrás, con costo superior a los mil doscientos millones de pesos (\$1.200.000.000,00).

**20°** Los perjuicios causados a la entidad con el incumplimiento ya fueron tasados por las partes en la cláusula penal pecuniaria, clausula 71 del contrato de concesión No. 1 y del contrato de Concesión No. 2, en la suma de DOS MIL QUINIENTOS MILLONES DE PESOS (\$2.500.000.000,00) en cada contrato de concesión, que se causan por el incumplimiento sin que pueda discutirse otro valor, tal como se estableció en las definiciones contenidas en el numeral 1.16 del contrato.

**21°** El contratista incumplió el contrato de concesión No.1, así:

La etapa de preconstrucción, que tenía un plazo de tres meses, y se demoró 25 meses y 28 días.

La etapa de construcción que tenía un plazo 8 meses, y se demoró 9 meses y 28 días. Y además se debió celebrar un otrosí para ampliarle el plazo debido a las correcciones que tuvo que hacer.

La etapa de reversión que era de 2 meses la incumplió y se demoró 3 meses y 24 días.

**22°** El contratista incumplió el contrato de concesión No.2 para el patio taller Puerto Mallarino, así, según el acta de entrega y recibo final de cada contrato:

La etapa de preconstrucción, que tenía un plazo de tres meses, y se demoró 25 meses y 28 días.

La etapa de construcción que tenía un plazo 8 meses, y se demoró 9 meses y 28 días. Y además se debió celebrar un otrosí para ampliarle el plazo debido a las correcciones que tuvo que hacer.

La etapa de reversión que era de 2 meses la incumplió y se demoró 3 meses y 24 días.

### **5.2.3.- Contestación de CONCESIONARIA CALI MIO S.A. a la demanda de reconvencción:**

CONCESIONARIA CALI MIO S.A. contestó oportunamente la demanda de reconvencción formulada por METRO CALI S.A., oponiéndose a la totalidad de las pretensiones; se pronunció sobre los hechos expuestos por METRO CALI, negando unos, aceptando otros, total o parcialmente y formulando aclaraciones o pronunciamientos relativos a ellos y formuló las siguientes excepciones puntuales:

- Excepción de cumplimiento
- Excepción de improcedencia de la cláusula penal por cumplimiento de la obligación principal
- Excepción de proporcionalidad de la cláusula penal
- Excepción genérica, considerada esta como cualquier excepción adicional que pueda ser probada a lo largo del proceso.

## **A. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.**

Corresponde al Tribunal dirimir los conflictos surgidos entre la sociedad convocante, **CONCESIONARIA CALI MIO S.A.**, en adelante la Contratista y la entidad demandada, **METRO CALI S.A.**, en adelante la Contratante, como consecuencia de la celebración y ejecución de los contratos de concesión Nos 1 y 2 de 2007, cuyo objeto fue la adquisición de predio, diseño y construcción de los patios talleres CALIMA – SAMECO y PUERTO MALLARINO del Sistema Integrado de Transporte Masivo – MIO.

Dada la naturaleza particular del proceso arbitral, en la cual la competencia de los árbitros está delimitada estrictamente a los asuntos que las partes expresamente someten a su resolución, el Tribunal ha tenido especial cuidado en adoptar sus decisiones partiendo del análisis detallado de las pretensiones formuladas por las partes en la demanda principal y en la de reconvencción.

Como quiera que la demanda presentada fue objeto de reforma, el Tribunal acometerá su labor teniendo como referencia la demanda reformada que sustituye en un todo la inicial.

La Convocante le solicita al Tribunal en el primer acápite de sus pretensiones declarar que: (primero) la adjudicación de la licitación del contrato para la puesta en marcha del SIUR se realizó tardíamente, lo cual afectó gravemente la implementación del sistema; (segundo) lo anterior afectó los contratos objeto del proceso por razones no imputables al Contratista; y (tercero) causó un desequilibrio en la ecuación financiera del contrato que debe ser restablecido por la Contratante.

Este grupo de pretensiones, que se refieren a la implantación del sistema y sus efectos sobre los contratos objeto del proceso, deben estudiarse conjuntamente con el tercer acápite de pretensiones titulado “*Pretensión declarativa del desequilibrio económico o ruptura de la ecuación financiera del contrato*”, estudio que el Tribunal acometerá en el apartado subsiguiente pues en el siguiente se hará el análisis de las pretensiones agrupadas en el segundo acápite II *Pretensiones Declarativas de Mayores Obras y Mayores Costos*, según pasa a verse.

### **a) Grupo de pretensiones relativas a mayores obras y mayores costos.**

La pretensión relativa a “mayores obras y mayores costos” se enuncia de la siguiente manera en la demanda:

**“II. PRETENSIONES DECLARATIVAS DE MAYORES OBRAS Y MAYORES COSTOS.**

**PRIMERA. DECLARAR** que el **CONSORCIO DICONSULTORIA S.A. INTERDISEÑOS LTDA.**, exigió al **CONCESIONARIO** mayores cantidades de obra, excediendo el objeto contractual y las especificaciones técnicas establecidas en los documentos contractuales y precontractuales de **LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN No. 1 Y 2.**

**SEGUNDA. DECLARAR** que el **CONSORCIO DICONSULTORIA S.A. INTERDISEÑOS LTDA.**, incurrió en abuso del derecho por los requerimientos antijurídicos y en exceso del marco contractual exigidos al **CONCESIONARIO durante las etapas de Preconstrucción y Construcción de LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN No. 1 Y 2.**

**TERCERA. DECLARAR** que como consecuencia de las pretensiones **anteriores, LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN No. 1 Y 2** sufrieron una afectación negativa en su ecuación económica contractual que debe ser restablecida por **METRO CALI S.A.”**

En términos generales el Contratista solicita en esta pretensión que se condene a la Contratante a *restablecer* la ecuación financiera del contrato, ocurrida como consecuencia de haber tenido que ejecutar “mayores cantidades de obra, excediendo el objeto contractual y las especificaciones técnicas establecidas en los documentos contractuales y precontractuales”

Sin embargo y toda vez que la competencia del Tribunal está limitada por las peticiones de las partes y en este caso por el contenido de la *pretensión* incoada por la Contratista, es necesario referirnos a su contenido preciso.

En primer lugar, la Convocante solicita que se declare que quien cumplió las labores de Interventoría en el contrato, que fue el **CONSORCIO DICONSULTORIA S.A. INTERDISEÑOS LTDA.**, le exigió “mayores cantidades de obra, excediendo el objeto contractual y las especificaciones técnicas establecidas en los documentos contractuales y precontractuales”; y pide que se declare que el mismo consorcio “incurrió en abuso del derecho por los requerimientos antijurídicos y en exceso del marco contractual exigidos al **CONCESIONARIO** durante las etapas de Preconstrucción y Construcción”; como consecuencia de lo anterior, pide que se condene a la **METRO CALI S.A.** (que es la entidad contratante y Convocada a este proceso) a restablecer la ecuación financiera del contrato producida por las circunstancias anteriores.

El Tribunal no tiene competencia para pronunciar declaraciones respecto de quienes no fueron parte en el contrato en el que está pactada la cláusula arbitral y, en rigor, una pretensión contractual, solo puede tener como destinatario a quien tiene la condición de *parte* en el Contrato.

No obstante, habida cuenta de que **CONSORCIO DICONSULTORIA S.A. INTERDISEÑOS LTDA.**, ejercía las funciones de interventoría en el contrato y



en tal virtud tenía la condición de *representante de la entidad Contratante en la obra*, el Tribunal abordará el estudio de esta pretensión solo en lo relativo a la declaración de responsabilidad contractual formulada contra la citada entidad y se declarará inhibido para pronunciarse sobre las declaraciones impetradas frente al CONSORCIO DICONSULTORIA S.A. INTERDISEÑOS LTDA.

En relación con el *efecto* del supuesto fáctico en el que se fundamenta la pretensión, advierte también el Tribunal que la Convocante afirma la ocurrencia de una afectación negativa en su *ecuación económica contractual* y solicita su *restablecimiento* por parte de la Contratante: no solicita simplemente que se condene a la entidad Contratante al *pago de mayores costos* por las obras ejecutadas en exceso, o como consecuencia exclusiva del incumplimiento de una obligación contractual.

Por último, el Tribunal advierte que la convocante fundamenta su pretensión puntualmente en la exigencia de *mayores cantidades de obra*.

En este caso es evidente que no nos encontramos ante un contrato *de obra a precios unitarios* pues el Contratista se obligó a adquirir un inmueble, construir una obra sobre el mismo (los patios y talleres) por un valor único establecido en el contrato en la modalidad de *participación* en la explotación; en esta clasificación mejor situaríamos a los contratos de Concesión 1 y 2, como próximos a la modalidad del *precio global* con la advertencia de que dicho precio no estaba establecido en una suma *fija* o determinada desde la suscripción del contrato.

Por tal razón en este caso el Contratista no podía reclamar indemnización por *mayores cantidades de obra* pues aquí el precio no estaba determinado con base en dicho parámetro; el precio estaba determinado teniendo en cuenta un objeto que era la adquisición de unos inmuebles y la construcción de los patios y talleres.

Las mayores cantidades de obra deben entenderse en este caso como la exigencia al Contratista de realizar obras que no formaban parte de lo que el Contratista estaba obligado a *diseñar, construir y entregar*.

Precisado lo anterior, el problema a resolver es cómo debe determinarse, a partir de lo pactado en los contrato, cuáles eran las actividades constructivas que formaban parte de la obra y cuáles no, pues es respecto de las segundas que podría fundamentarse la pretensión de sobre costos por *mayores obras* que se impetra en la demanda.

Debe advertirse que los Contratos 1 y 2 tienen como característica particular que el Contratista tiene a su cargo la obligación de *diseñar las obras* y a *ejecutar su construcción, para luego revertirla a la Contratante*.

Esta característica especial genera la dificultad relativa a la determinación precisa de las obras a *diseñar* y a *construir*; y esa determinación resulta fundamental a la hora de decidir una pretensión relativa a sobrecostos por obras o actividades constructivas cuya ejecución no debió exigirse al Contratista.

La lectura del contrato permite afirmar que en los contratos materia del presente arbitramento, así la *contraprestación* que recibiría el contratista no estaban *determinada* en una suma precisa sino que era *determinable*, la obra a construir y revertir tampoco estaba determinada con precisión

En los documentos de licitación se señalaba cual era la *obra* que debía entregar el Contratista (un Patio Taller para el MIO) y se indicaban los requerimientos que esta obra debía cumplir, sin que sus características precisas o detalladas estuvieran definidas porque la obra no estaba *diseñada*; se trataba de una *obra* determinada de ese modo, que el contratista debía *diseñar, construir y revertir* como un cuerpo cierto y que sería remunerada por un *valor global* (indeterminado), representado en la participación en los ingresos durante quince años de explotación del sistema.

En el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. MC-DT-003 de 2006 se estipulaba:

#### “1.2 OBJETO DE LA LICITACIÓN

“El objeto de la Licitación es adjudicar cinco (5) contratos para otorgar en Concesión la adquisición de predios, **el diseño y la construcción, de cinco (5) Patios y Talleres** del Sistema MIO de Municipio de Santiago de Cali y su Área de Influencia; en los términos, bajo las condiciones y con las limitaciones previstas en el Contrato.

“De acuerdo con su finalidad, los Contratos de Concesión objeto de la presente Licitación, incluyen la realización de las siguientes actividades, por cuenta y riesgo del Concesionario:

##### 1.2.1. Adquisición de Predios.

Entendida como la compra efectiva o la transferencia del derecho de dominio que hace el Concesionario a nombre del Municipio de Santiago de Cali, del predio donde se construirá cada uno de los Patio y Talleres del Sistema MIO que le haya sido adjudicado.

##### 1.2.2 Diseño:

Comprende todas las actividades necesarias para **la realización del diseño del Patio y Taller del Sistema MIO que le sea adjudicado al Concesionario, de conformidad con los parámetros y necesidades del Sistema MIO** que para el efecto haya establecido Metro Cali S.A. en el Apéndice 04 Alcance **de los**

**Estudios y Diseños del Concesionario.** El recibo de los diseños debe seguir lo estipulado en el Apéndice 02 Condiciones Generales numeral 2.1.

### 1.2.3. Construcción:

Comprende todas las actividades que conlleven la construcción del Patio y Taller Sistema MIO que le sea adjudicado al Concesionario, de **conformidad con el diseño aprobado por Metro Cali S.A.** Los permisos, licencias, estudios ambientales, y demás requisitos exigidos por las entidades municipales para la construcción del Patio y Taller que le haya sido adjudicado, serán exclusivamente responsabilidad del Concesionario. El recibo de infraestructura debe seguir lo estipulado en el Apéndice 02 Condiciones Generales numeral 2.2. y 2.3 ...

El apéndice cuatro del contrato tenía por objeto establecer simplemente las *condiciones de elaboración de los estudios y diseños* y contenía una *descripción general de las obras*. El mismo contenía “los alcances que el Concesionario debe tener en cuenta para la presentación de sus propios estudios y diseños de detalle para la construcción de las obras”

Al no existir un diseño determinado, preciso, o *de detalle*, de las obras a construir, en el contrato debía establecerse un mecanismo para definir de manera precisa cuál debía ser alcance de ese diseño si quería contemplarse un límite a partir del cual el Contratista pudiera negarse a realizar actividades constructivas por considerar que no estaban incluidas dentro de su obligación contractual de *diseñar y construir los patio talleres*.

Incluir un límite de tal naturaleza o un mecanismo para definirlo no fue lo acordado en el contrato. Por el contrario, de sus estipulaciones se deduce que el Contratista asumió la obligación de diseñar y construir la obra aceptando que la determinación precisa de su alcance era del resorte de la entidad Contratante la cual no solo tenía la facultad de *aprobar* los diseños sino también la facultad de *solicita su modificación o ajuste* prácticamente sin ningún tipo de limitación.

En el mismo apéndice cuarto del contrato se lee:

“Además de las actividades que según sea el caso hará el Concesionario para que los estudios y diseños permitan el cumplimiento de los requisitos exigidos en este Contrato, el Concesionario, de ser necesario , deberá adecuar y modificar durante la Etapa de Construcción los estudios y diseños de detalle, a su costo y bajo su responsabilidad, con el objeto d garantizar la obtención de los resultados exigidos en el contrato de Concesión, considerando que el Concesionario mantiene siempre la obligación de entregar las Obras de Construcción en los términos y condiciones establecidos en el Contrato de Concesión.”<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Página 6.

El punto de la determinación detallada de las obras que el Contratista debía construir fue definido en el contrato defiriéndole a la entidad Contratante la facultad de hacerlo, al establecer que era dicha entidad la que debía *aprobar los diseños* sobre los cuales debía versar la obra, y estableciendo a su favor la facultad de *solicitar su ajuste*.

Esta era una facultad establecida en el contrato de manera expresa y muy amplia, a favor de la entidad demandada. De acuerdo con lo pactado, el Contratista (i) aceptó construir una obra sometiéndose a los diseños que la entidad Contratante considerara adecuados y (ii) aceptó introducirle a los diseños todos los ajustes que la citada entidad dispusiera, incluyendo aquellos que solicitara luego de que los diseños hubiesen sido aprobados.

En otras palabras el Contratista asumió la obligación de construir una obra cuyos diseños debían ser aprobados por la entidad Contratante y adicionalmente podían ser reformados, inclusive luego de su aprobación.

En los contrato se estipula que el objeto del contrato es la adquisición del predio, el diseño y la construcción del patio taller; se define qué es un patio taller y se prevé el procedimiento para acordar obras adicionales. Pero lo relativo a la *aprobación de los diseños* de la obra se estipula que será la entidad Contratante la que tendrá la facultad de determinarlos y se pacta que el riesgo de construcción, en lo relativo a mayores cantidades de obra correrá a cargo del Contratista.

a.- En la cláusula primera del contrato se estipula que el objeto del contrato es,

“La adquisición, diseño, construcción, explotación y entrega a plena satisfacción de Metro Cali S.A. El Concedente del Patio y Taller denominado (PUERTO MALLARINO – CALIMA SAMECO) del sistema MIO del Municipio de Cali y su área de influencia; actividades que el CONCESIONARIO deberá desarrollar por su cuenta y riesgo y bajo el control y vigilancia de Metro Cali S.A. – El Concedente mediante el pago de una contraprestación consistente en un valor licitado por cada uno de los viajes que constituyen pago y que son efectivamente realizados por los usuarios del sistema MIO. Conforme a la propuesta presentada por el Concesionario.”

b.- El patio y taller, se definen de la siguiente manera en la página 13 del contrato (definición 1.35):

“Es la infraestructura dotada de instalaciones eléctricas, hidráulicas y sanitarias y que está conformada por áreas de uso exclusivo para la flota en la cual se encuentran ubicadas las áreas de soporte técnico, áreas de soporte tecnológico, área de parqueo y circulación de los autobuses del Sistema MIO; área para disposición de equipos de prueba y laboratorio, área externa para parqueo de vehículos de visitantes, locaciones administrativas y operativas, área para la instalación de la antena de la red inalámbrica, garitas de

seguridad y las demás que sean necesarias para el adecuado funcionamiento del Patio y Taller”

c.- Dentro de las obligaciones del Concesionario, en la cláusula doce, se establecen las siguientes:

...12.1.7. Realizar **todos los ajustes a los estudios, diseños y construcciones a que haya lugar, de acuerdo con los análisis y observaciones presentadas por Metro Cali S.A.-El Concedente y/o el interventor con posterioridad a la aprobación de los mismos...**

...12.2.1. Realizar todos los diseños y estudios solicitados en los Apéndices del Contrato del Patio y Taller denominado Puerto Mallarino del Sistema MIO y, si es del caso, proponer modificaciones y/o precisiones, **las cuales deberán ser sometidas a la aprobación de Metro Cali S.A.-El Concedente o sus delegados, agentes o interventores que, en todo caso, deberán encontrarse de conformidad con los parámetros y necesidades del Sistema que para el efecto haya establecido Metro Cali S.A.-El Concedente en los Apéndices del contrato...**

...12.3.1. **Adelantar las Obras de Construcción de acuerdo con el diseño aprobado** para el Patio y Taller ... del Sistema MIO, de conformidad con lo establecido en el presente contrato y sus anexos...

c.- Al regularse los derechos del Concedente, en la cláusula 13 del contrato, se incluyen los siguientes:

“...13.2 Formular **las observaciones y los requerimientos que considere pertinentes y a aprobar el diseño arquitectónico y de ingeniería de los Patios y Talleres sometido a su consideración por parte del CONCESIONARIO...**

13.8. Solicitar del CONCESIONARIO el diseño y la construcción de otro Patio Taller adicional ... y/o **cualquier otro tipo de obra conexas o necesarias** del Sistema MIO durante el período de vigencia de la Concesión, siempre que el CONCESIONARIO acepte el valor de la contraprestación que Metro Cali S.A. le ofrezca”

d.- La cláusula 36 del contrato se refiere expresamente a las modificaciones a los estudios y diseños y en ella se estipula:

“...CLÁUSULA 36           MODIFICACIONES A LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS

“Metro Cali S.A.-El concedente está facultado para solicitar al CONCESIONARIO, directamente o a través del Interventor del contrato, información relacionada con el diseño de Ingeniería, en cualquier momento durante su elaboración.

“EL CONCESIONARIO deberá acceder a las solicitudes de información realizadas por Metro Cali S.A.-El Concedente, y/o el Interventor del contrato inmediatamente de ser posible o en un tiempo razonable.

**“Así mismo, Metro Cali S.A.-El Concedente, directamente o a través del Interventor podrá realizar las observaciones que considere pertinentes sobre la información solicitada y solicitar los ajustes y/o correcciones al diseño.**

El CONCESIONARIO deberá presentar los diseños para aprobación de Metro Cali S.A.-El Concedente dentro del término establecido en el Apéndice 4 Estudios y Diseños del Contrato.

Presentado el diseño al Interventor y/o Metro Cali S.A.-El Concedente, éstos tendrán un plazo máximo de Quince (15) días hábiles contados a partir de la fecha de recibo para revisarlos. Dentro de este plazo, Metro Cali S.A.-El Concedente, con base en el análisis del Interventor y en su propio estudio aprobará dichos diseños si cumplen con todas las condiciones previstas para los mismos en este contrato, o solicitará al CONCESIONARIO la adecuación de los diseños a las especificaciones del Apéndice 4 o a cualquiera otra estipulación prevista en el presente Contrato de Concesión y sus apéndices.

En el evento en que se formulen observaciones a los diseños, EL CONCESIONARIO deberá dar respuesta y/o proceder a incorporarlas dentro de los siguientes Quince (15) días hábiles a la fecha de la comunicación contentiva de las observaciones formuladas por Metro Cali S.A.-El Concedente.

Si Metro Cali S.A. no se pronuncia dentro de los Quince (15) días hábiles sobre la adecuación de los diseños presentados por EL CONCESIONARIO a las especificaciones de los Apéndices y a las condiciones previstas en este contrato o formula observaciones, se entenderán aprobados los diseños, con los efectos que se prevén en esta cláusula.

Sin embargo, para que tal aprobación produzca efectos, EL CONCESIONARIO deberá notificar por escrito a Metro Cali S.A.-El Concedente que en desarrollo de lo previsto en este contrato, se entienden aprobados los diseños.

**Una vez presentados y aprobados los estudios y diseños en los términos de este numeral, se entenderá que los estudios, diseños, planos, mapas y demás elementos que los compongan, EL CONCESIONARIO asume la responsabilidad por los mismos...**

e.- Por último en la introducción de la estipulación contractual de asignación de riesgos, se lee:

“En la Propuesta que EL CONCESIONARIO presentó en virtud de la Licitación Pública No. MC-DT-003-2006 para ser adjudicatario del presente Contrato de Concesión, 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 las actividades propias 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 mismo.

En el contexto anterior, estima el Tribunal que la reclamación por mayores obras en este contrato sólo podría prosperar acreditando que los diseños, construcciones, ajustes o reformas ordenadas por la Contratante o por el Interventor del Contrato comportaran actividades constructivas que no correspondieran al objeto del mismo. Solo en ese caso el Contratista podría alegar que las actividades u obras ordenadas no formaban parte de su obligación contractual, que eran **conexas o necesarias** para el sistema, pero que no formaban parte de los *patios y talleres* que se obligó a entregar el Contratista.

La aprobación de los diseños que está prevista en el Contrato no le generaba al Contratista el *derecho* de oponerse a una modificación o ajuste posterior dispuesto por la Contratante o su Interventor y este punto estaba expresamente determinado en el Contrato. La aprobación de diseños generaba, en los términos literales del contrato, que el Contratista asumiera la *responsabilidad* por los mismos: no le otorgaba el derecho a oponerse a los ajustes que le fueran solicitados con posterioridad.

Un ajuste hecho con posterioridad a la aprobación del diseño que pudiera calificarse como *injustificado*, que no correspondiera al objeto de la obra, o que por haberse hecho tardíamente hubiese implicado demolición de construcciones realizadas o sobrecostos sin justificación, legitimaría una reclamación del Contratista. Mientras ese ajuste no tuviera tales características, el derecho a ordenarlo estaba contemplado a favor de la Contratante – se itera – incluso luego de que se hubiera producido la aprobación de los diseños.

Dicho lo anterior, el Tribunal observa que los supuestos fácticos que fundamentan esta pretensión están dirigidos a mostrar que el Contratista debió ejecutar mayores obras, simplemente porque la segunda interventoría le ordenó introducir modificaciones a los diseños que, de acuerdo con lo afirmado por el Contratista, ya habían sido aprobados por la primera interventoría.

A partir de lo anterior el Contratista calcula el valor de las obras de acuerdo con los diseños iniciales, el valor de acuerdo con la modificación de los

diseños y la diferencia es la suma sobre la cual versa la petición de *obras adicionales* a la cual se contrae esta pretensión.

El punto está desarrollado en los hechos 88, 90 y 92 de la demanda, en los siguientes términos:

88.- La Interventoría, CONSORCIO DICONULTORÍA S.A. – INTERDISEÑOS LTDA, ordenó realizar las siguientes modificaciones sobre los diseños presentados por la CONCESIONARIA CALI MIO S.A, los cuales **habían sido previamente aprobados por la Fundación General de Apoyo a la Universidad del Valle:** (...)

90.- Los Patios y Talleres de Calima y Sameco y Puerto Mallarino fueron construidos de acuerdo con los diseños modificados -durante la Etapa de Preconstrucción- por orden de METRO CALI S.A y el CONSORCIO DICONULTORIA S.A. – INTERDISEÑOS LTDA., **superando en calidad y cantidad a las obras que aparecen plasmadas en los diseños iniciales, que fueron aprobados por la FUNDACIÓN GENERAL DE APOYO A LA UNIVERSIDAD DEL VALLE y aceptados por METRO CALI S.A.**

92.- A la fecha METRO CALI S.A. adeuda por concepto de la construcción y ejecución de las obras adicionales, de conformidad con lo expuesto, los siguientes montos: (Diseños F.A.U.V. \$ ... / Obra ejecutada en 2009 \$ .../ Variación de cantidades por modificaciones \$.../ Actualización de valores\$... / Ajuste de diseño.\$...). Monto total : \$5.636'442.974

Aunque en este capítulo de los hechos se hace referencia a convenciones modificatorias (otro-sí) suscritas por las partes, lo cierto es que en ninguno de tales hechos se afirma la existencia de algún tipo de acuerdo previo o posterior entre las partes, dirigido a disponer el diseño o la construcción de obras adicionales, o a constatar su ejecución y acordar su pago.

La convocada al responder los hechos anteriores, en síntesis señaló:

a.- Que la primera interventoría no le impartió aprobación *definitiva* a los diseños presentados por el Contratista y que dicha aprobación la impartió la segunda interventoría; que al iniciar la construcción consta en actas que la Contratista tenía *pendientes* de diseño.

b.- Que la Interventoría estaba obligada ordenar ajustes para garantizar que la obra fuese adecuada.

La afirmación de la Convocante relativa a que la primera interventoría aprobó los diseños y la segunda exigió con posterioridad modificaciones a los mismos no tiene respaldo probatorio en el expediente.

Las pruebas documentales demuestran, por el contrario, que para el momento en que la entidad contratante vinculó al Consorcio DICONULTORÍA S.A. INTERDISEÑOS LTDA, como interventora los diseños de



la obra aun no estaban aprobados razón por la cual se suscribió un contrato adicional con el citado consorcio para que se encargara de la revisión y aprobación de los diseños de las obras.

También acreditan que en virtud de las observaciones hechas por la segunda interventoría el Contratista solicitó la ampliación del término de preconstrucción y finalmente se acordó entre las partes iniciar la construcción antes de que dicha etapa terminara.

Particularmente en el otro sí No 6 de los contratos las partes dejan constancia en los antecedentes de las funciones cumplidas por la nueva interventoría y señalan que, en virtud de la necesidad de acoger las observaciones a los diseños de realizar los ajustes solicitados tanto por esta como por Metro Cali fue necesario ampliar el plazo previsto para la construcción de las obras.

El Tribunal no puede dar por probada la afirmación de la convocante según la cual la interventoría le ordenó realizar determinadas modificaciones sobre los diseños previamente aprobados por la primera interventoría; que esas reformas tienen el costo estimado en la demanda; y que corresponden a obras adicionales que no estaban comprendidas en el objeto del contrato.

La constatación de los presupuestos fácticos antes señalados hacía necesario contar con prueba *documental* que acreditara que ese era el alcance de las órdenes dadas por la interventoría, toda vez que, conforme con lo dispuesto en el artículo 30 de la ley 80 de 1993, “es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato.”

Por último, el esfuerzo probatorio de la parte convocante dirigido a demostrar a través de prueba pericial la supuesta modificación de los diseños y la afectación del valor de la obra en virtud de ellas, además de resultar improcedente por desconocer las estipulaciones contractuales que le permitían introducir modificaciones, no fue tampoco favorable a dicha parte.

El perito designado por el Tribunal no podía establecer el valor diferencial entre las obras si no contaba con el presupuesto básico para determinarlo que consistía precisamente en la existencia de un diseño inicialmente aprobado y de otro modificado por la segunda interventoría.

El perito Nestor Llano, al responder la pregunta No 39 de su dictamen hizo la siguiente precisión, que no fue controvertida con ninguna de las otras pruebas técnicas allegadas por la convocante:

**Pregunta No. 39**

39. Determinará si -durante las Etapas de Construcción de los Contratos de Concesión Nos. 1 y 2- los requerimientos y observaciones presentados por el Interventor, METRO CALI S.A. y/o los Operadores, durante la Etapa de Construcción, aumentaron las cantidades de obra en diversas actividades de diseño y obra, generaron nuevas actividades de obra y si el valor total final consolidado de las obras se vio incrementado respecto del valor de las obras plasmadas en los diseños aprobados por la FGAUV y en sus diseños complementarios que fueron directamente entregados por el Concesionario a Metro Cali S.A., sin que esta entidad presentara objeción alguna al respecto, al menos hasta el 14 de octubre de 2008 cuando se reiniciaron los Contratos de Concesión No. 1 y No. 2.

Respuesta.

Como se ha mencionado anteriormente no se puede determinar si hubo aumento **de cantidades o nuevas actividades, pues no hay punto comparativo de los planos record, al no existir planos de los pliegos de la licitación, ni los planos aprobados.**

Concluye el Tribunal que la petición que se estudia en este acápite, relativa mayores costos por mayores cantidades de obra debe ser rechazada porque, en los términos pactados por las partes es claro que la Contratante tenía derecho de solicitar ajustes y revisiones a los diseños y la Convocante no demostró que dichas exigencias hubiesen excedido el objeto del contrato; no demostró que se tratara de exigencias irregulares o extraordinarias por haber sido formuladas luego de aprobados los diseños de la obra; no acreditó los valores de los nuevos diseños a los que hizo referencia en la demanda; y, por último, no presentó prueba alguna de la supuesta ruptura de la *ecuación económica y financiera* invocada en esta pretensión.

**b) Grupo de pretensiones correspondientes a mayor permanencia en obra por causa de la demora en la entrada en operación del sistema de recaudo (siur) y del sistema de transporte masivo (mio) y desequilibrio económico o ruptura de la ecuación financiera del contrato.**

Dentro de la pretensión primera (*“Pretensión declarativa de la mayor permanencia en la obra”*), se incluyen las siguientes pretensiones vinculadas directa o indirectamente con la demora en la entrada en operación del Sistema:

«PRIMERA. DECLARAR que la adjudicación de la LICITACIÓN PÚBLICA NO. MC-DT-002-2007 para el “DISEÑO IMPLEMENTACIÓN, INTEGRACIÓN, FINANCIACIÓN, PUESTA EN MARCHA, OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO DEL SIUR” se realizó de manera tardía y que como consecuencia de ellos, se afectó gravemente la implementación del Sistema Integrado de Recaudo –SIUR.»

«SEGUNDA. DECLARAR que como consecuencia de la adjudicación tardía de la LICITACIÓN PÚBLICA No. MC-DT-002-2007 para el “DISEÑO IMPLEMENTACIÓN, INTEGRACIÓN, FINANCIACIÓN, PUESTA EN MARCHA,

OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO DEL SIUR” se afectaron LOS CONTRATOS por razones no imputables al contratista concesionario.»

[TERCERA]. «DECLARAR que como consecuencia de las pretensiones primera y segunda anteriores, LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN No. 1 Y 2 se afectaron con una mayor permanencia durante sus Etapas de Preconstrucción, Construcción y Reversión. »

«CUARTA. DECLARAR que consecuencia de las pretensiones anteriores. LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN No. 1 y 2 sufrieron una afectación negativa en su ecuación económica contractual que debe ser restablecida por METRO CALI S.A.»

Dentro del Tercer Grupo de pretensiones: “*Pretensión declarativa del desequilibrio económico o ruptura de la ecuación financiera del contrato*”, se incluyen las siguientes:

«PRIMERA. DECLARAR que durante la ejecución de los contratos de concesión No. 1 y 2 ocurrieron situaciones ajenas al contratista e imputables a la Entidad Contratantes que afectaron gravemente su ejecución y generaron desequilibrio en la ecuación económica y financiera de LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN No. 1 y 2.»

«SEGUNDA. DECLARAR que el desequilibrio de la ecuación económica de los CONTRATOS DE CONCESIÓN No. 1 y 2 persiste hasta tanto METRO CALI S.A. mitigue la totalidad de los riesgos a su cargo.»

En relación con los supuestos fácticos en los que se fundamentan estas pretensiones, advierte también el Tribunal que la Convocante afirma la ocurrencia de una afectación negativa en su *ecuación económica contractual* y solicita su *restablecimiento* por parte de la Contratante: no solicita simplemente que se condene a la entidad Contratante al *pago* de *mayores costos* por la mayor permanencia, o como consecuencia exclusiva del incumplimiento de una obligación contractual.

Pasa el Tribunal a analizar los hechos que señala la convocante como fuente de las afectaciones que reclama en su demanda, los cuales los hace consistir en los siguientes aspectos:

### **1. Incumplimiento de Metro Cali S.A. del Principio de Planeación en la ejecución de los contratos de concesión 1 y 2.**

La convocante aduce que en el marco de la etapa licitatoria Metro Cali ofreció a los proponentes un mecanismo de remuneración a través del reconocimiento de la tarifa licitada en la ejecución del SIUR. Cita como fundamento de sus afirmaciones las Cláusulas 30 de los Contratos de Concesión 1 y 2. Señala que la estructuración financiera de los Contratos de Concesión 1 y 2, por parte de la Concesionaria y respecto de la cual se recibió soporte de las entidades crediticias, se fundamentó bajo el presupuesto de

que el pago de la concesionaria de acuerdo con la tarifa licitada, sería adelantado por el Concesionario del SIUR, y que los recursos que constituían la fuente de pago del Concesionario, serían administrados mediante un esquema de fiducia.

Concluye la convocante que el desfase en la implementación del SIUR es generado por la adjudicación tardía del SIUR, lo que afectó en gran medida las proyecciones del modelo financiero realizado por Cali Mio y su flujo de caja implícito, ya que se suponía —y para soportar tal suposición vuelve y cita el documento CONPES 3504 de 2007— que el proyecto comenzaría en el 2008, y que no fue así, y que los ingresos se empezaron a recaudar hasta marzo del 2009.

En los alegatos de conclusión, como demostración de *que el proyecto comenzaría en el 2008, y no fue así, y por el contrario los ingresos se empezaron a recaudar en marzo del 2009*”, cita las líneas de tiempo diagramadas por el Perito Luis Carlos Valenzuela cuando éste comparó el cronograma inicial de los contratos y el cronograma real de ejecución.

Agrega que de acuerdo al modelo financiero de Cali Mio se empezarían a generar ingresos en 173 millones de pesos, que explica surgen de multiplicar la tarifa licitada por Cali Mio por el número de pasajeros previstos para la Fase 1 de acuerdo al documento CONPES del 2007.

En síntesis, para la convocante, el retraso en el inicio del Sistema afectó los ingresos del concesionario, *“los cuales están asociados en los quince (15) años de la fase post construcción del Contrato”* y dice que como Metro Cali asumió el riesgo de implantación del Sistema, de acuerdo con la Cláusula 55.4 de los Contratos de Concesión 1 y 2, le corresponde indemnizar los perjuicios derivados de la no constitución y suscripción del Contrato de Fiducia en los términos y plazos contractualmente previstos que desestabilizó la ecuación económica contractual, lo cual se traduce en: *“(i) Desconocimiento de la tarifa licitada por la implementación tardía del SIUR, (ii) Disminución del flujo de caja operacional del proyecto lo que conlleva la reducción del costo de oportunidad y del retorno de la inversión y (iii) Mayor Permanencia en Obra por la suspensión de la ejecución contractual acarreada por la ejecución tardía del SIUR.”*

En sus alegatos de conclusión sostiene igualmente la convocante que los documentos CONPES y el estudio técnico GGT deben considerarse vinculantes, toda vez que en estos documentos se fijan los tiempos y porcentajes de demanda de pasajeros de cada una de las tres fases de implantación del sistema. A este propósito señala que en los numerales 5.3.1.1 y 5.3.1.1 del Apéndice 4, entre otras disposiciones de los contratos, se remite a los citados documentos. En éstos numerales se dice que para Diseñar los accesos y salidas de los Patios y Talleres sobre las áreas de

influencia operacional, y para identificar las características del sistema vial y de transporte, deben seguirse los documentos CONPES y el documento técnico GGT.

Argumenta además que todos los contratos de concesión vinculados al sistema MIO están interrelacionados, y que *“el ingreso del CONCESIONARIO dependía directamente del reconocimiento de la tarifa licitada que debía ser recaudada en la implementación del Sistema Unificado de Respuesta – SIUR”*.

Así mismo, afirma la convocante que en el marco de la etapa licitatoria Metro Cali expresó textualmente en el Apéndice 1 del Pliego de Condiciones, que mediante *“Comunicación del 3 de noviembre de 2006. Metro Cali S.A. (...) aclaró a los proponentes de la licitación de la referencia respecto de la remuneración y fecha de pago de la misma, que: (...) un concesionario de fase 1 empezará a percibir ingresos una vez entre en operación la Fase 1 del sistema pero verá incrementados sus ingresos cuando entre en funcionamiento la Fase 2. Los ingresos de la fase 2 incluirán los de la fase 1 (...)”*.

Como demostración de que la implementación del sistema ha sufrido atrasos, cita el dictamen pericial de Enrique Villota:

*“A la fecha, las troncales construidas son a) Troncal Centro (Carrera 1, Calle 13 y Calle 15, Avenida 3 Norte) y b) Troncal Sur (Calle 5 y Carrera 15) . Dichas troncales representa un avance para el sistema, Sin embargo, el sistema todavía se encuentra en la fase uno, demostrando un gran retraso en la implantación del sistema.”*

Aduce que *“el desfase en la implementación del Sistema – generado como ya se reiteró por la adjudicación tardía del SIUR -, afectó en gran medida las proyecciones del modelo financiero realizado por CALI MÍO S.A. y su flujo de caja implícito,*

De todo esto concluye que:

(...) las demoras en la implementación del sistema, son un hecho imputable a METRO CALI S.A., y para ello es necesario hacer un análisis de la distribución de los riesgos que tenían las partes, para demostrarle una vez más al Tribunal, que se configuró la figura jurídica del REBUS SIC STANTIBUS , toda vez que : METRO CALI S.A., NO REALIZÓ LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS QUE DEFINIERAN LA DEMANDA REAL DEL TRÁFICO DEL SISTEMA, ASÍ COMO TAMPOCO TENÍA LA INFRAESTRUCTURA ADECUADA QUE GARANTIZARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES ESTIPULADAS A NIVEL CONTRACTUAL Y BASADAS EN LAS CONDICIONES ORIGINALES DE LOS CONTRATOS SEGÚN LO OFRECIDO POR LA ENTIDAD CONTRATANTE EN LA ETAPA LICITATORIA

Agrega también que por los retrasos mencionados tuvo que solicitar una reestructuración del crédito sindicado, lo que implicó que el concesionario tuviera que pagar intereses sobre el 100% del capital por dos años

adicionales al periodo de gracia inicialmente pactado en el contrato de crédito.

Y finaliza diciendo que *“Hasta el momento de presentación de la demanda arbitral, no se han cumplidos los presupuestos esenciales del sistema contemplados en los Documentos CONPES: 3166 de 2002, 3369 de 2005 y 3504 de 2007 y por ende hasta el momento el Sistema Integrado no está implementado de manera integral y plena.”*

*“Como resultado del incumplimiento de los presupuestos esenciales del sistema por parte de las autoridades distritales a cargo de su implementación, la ejecución de los Contratos de Concesión 1 y 2 ha resultado gravosa para EL CONCESIONARIO situación que ha perjudicado –en su contra- la ecuación económica y financiera del contrato.”*

Sobre este particular, recuerda la convocante que el riesgo de implantación conforme a la cláusula 55 de los contratos corresponde Metro Cali, como factor necesario *“para mitigar la coordinación de las actividades de Planeación del Sistema MIO”*. Al configurarse el riesgo, afirma, se *“incidió directamente en los costos, en el costo de oportunidad y en el retorno de la inversión del Concesionario”*. Para probar su afirmación cita el dictamen de Luis Carlos Valenzuela (en lo atinente a la distribución de riesgos) y el testimonio del gerente general de la firma INFRACON.

## **2. Cambio grave en las condiciones esenciales de la licitación y contratación – Configuración del Rebus Sic Stantibus.**

La convocante soporta este cargo en el principio *“rebus sic statibus”*, sosteniendo que el mencionado principio es *“una regla de derecho inmanente en la definición de los efectos jurídicos ocasionados por la ruptura de la ecuación económica por un cambio transcendental en las condiciones iniciales de ejecución contractual”*. En razón de lo anterior, argumenta que el citado principio tiene incidencia en los contratos de concesión 1 y 2, por las siguientes razones:

- a. Metro Cali S.A. no realizó los estudios y diseños que definieran la demanda real de tráfico del Sistema

Aduce que el escenario inicial del Sistema está planteado en el *“informe de estructuración financiera para la operación de transporte de pasajeros del Sistema MIO”*, en el cual se estableció la demanda constante durante la concesión y la demanda acumulada a medida que entrara en operación cada una de las fases.

Señala que Metro Cali no efectuó los estudios y diseños que definieran la demanda real de tráfico de sistema.

Afirma la actora que la variación en las condiciones de ejecución se ve soportada en el estudio “Documento 3 — Pasajeros Operacionales del MIO-v10.20”, en el cual se constató que se presentó una variación significativa en las condiciones de ejecución del sistema, entre la movilización que era esperada y la real – ocasionada por Metro Cali – lo cual explica a través de un diagrama en el que se confronta la relación entre pasajeros estimados vs. pasajeros reales, del cual concluye se *“evidencia un cambio trascendental en las condiciones originales de contratación — ingreso/expectativa económica- vs. Condiciones finales de ejecución — ingreso real-”*.

b. Incidencia de la falta de definición de Metro Cali S.A.

Según la convocante la falta de definición de la demanda real del Sistema *“se materializa en cambio trascendental en las condiciones bajo las cuales el Concesionario estructuró su propuesta técnica y financiera”*, lo cual se traduce en una afectación a los fundamentos para la elaboración del modelo financiero del Concesionario, a los supuestos en que se licitó el porcentaje de la tarifa del Sistema y a los supuestos en que el Concesionario asumió el riesgo comercial.

De lo anterior concluye la demandante que Metro Cali *“ocasionó un cambio en las condiciones de ejecución contractual, por transgresión en la expectativa económica del Concesionario – fundamentada en el recaudo de la tarifa del SIUR en términos de demanda esperada de pasajeros -”*. Así la convocante solicita a este Tribunal ordenar a *“Metro Cali S.A. la restauración del equilibrio económico contractual fundamentado en las circunstancias reales de ejecución de los Contratos de Concesión, bajo el reconocimiento de daños y perjuicios por la afectación a la estructuración financiera.”*

Sobre este particular en sus alegatos de conclusión la parte actora precisa que *“Se configuró el principio del “rebus sic stantibus”, como consecuencia de un cambio fundamental en las circunstancias, toda vez que surgió una alteración extraordinaria de las circunstancias al momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración”*. Para respaldar su argumento aduce las siguientes razones:

- (i) *Desconocimiento de la tarifa licitada por la implementación tardía del SIUR,*
- (ii) *Disminución del flujo de caja operacional del proyecto, lo que conlleva a la reducción del costo de oportunidad y del retorno de la inversión y*
- (iii) *Mayor Permanencia en Obra por la suspensión de la ejecución contractual acarreada por la adjudicación tardía del SIUR, que se*

*materializó en una ruptura en la ecuación económica contractual, imputable a METRO CALI S.A.*

### **3. Desequilibrio Económico del Contrato.**

Invocando los arts. 27, 5 num. 1, 4 nums. 8 y 9 de la ley 80 de 1993, así como jurisprudencia del Consejo de Estado y doctrina sobre el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, la actora afirma que durante la ejecución de los contratos 1 y 2 ocurrieron situaciones no imputables al contratista e imputables a la entidad contratante que generaron un desequilibrio económico financiero de los contratos 1 y 2, por *“su condición de ser eventos imprevistos e irresistibles para el concesionario”* y *“por ser incumplimiento de las obligaciones adquiridas en virtud de los Contratos de Concesión”*.

Así mismo sostiene que el anterior desequilibrio fue consecuencia de: i) los mayores costos de obra en que debieron incurrir por las exigencias del interventor, que excedieron los diseños inicialmente aprobados por el anterior interventor y que constituyen en sí mismo situaciones que encajan en el denominado *“abuso del derecho”*; ii) la mayor permanencia en la obra por la adjudicación tardía del SIUR; y iii) la tardía y defectuosa puesta en marcha del sistema MIO, *“en condiciones diversas a las pactadas, que tiene como consecuencia la generación de un menor tráfico de pasajeros, afectando de manera directa la retribución esperada por el CONCESIONARIO”*.

La convocante alega una mayor permanencia en la obra en las distintas fases de ejecución de los contratos de Concesión 1 y 2. En la etapa de preconstrucción se aduce que el mayor tiempo obedeció a la incertidumbre generada por la licitación y adjudicación del SIUR y las demoras generadas por la aprobación de los diseños por parte del Interventor. Respecto de la demora por la aprobación de los diseños, la parte actora lo hace consistir en dos razones a saber: de un lado, el cambio de interventor de la Fundación de Apoyo de la Universidad del Valle por la firma DICONSULTORÍA; y de otro lado, por las exigencias excesivas para la aprobación de los diseños por parte de DICONSULTORÍA. En la etapa de construcción, según la parte actora, la mayor permanencia obedeció a las mayores cantidades de obra en que debió incurrir el Concesionario por las exigencias excesivas de DICONSULTORÍA —a su juicio incurriendo en abuso del derecho—, respecto de los diseños ya aprobados por el primer interventor.

### **4. Incertidumbre en la adjudicación del operador del SIUR y Hecho del Príncipe.**

La convocante en la demanda, a partir de la cláusula 30 de los contratos sobre la remuneración del concesionario, sostiene que la fuente de pago de los contratos dependía directamente de la adjudicación del SIUR y de la



implantación del sistema. Así mismo, afirma que los riesgos de implantación del sistema y los riesgos por ocurrencia del hecho del príncipe deben ser asumidos por Metro Cali de conformidad con el artículo 55 de los Contratos. Para sustentar estas afirmaciones, la convocante explica de forma muy precisa la teoría del hecho del príncipe con fundamento en doctrina nacional, extranjera y jurisprudencia del Consejo de Estado.

Finaliza la convocante afirmando que *“(...) el concedente asumió las consecuencias negativas derivadas de la implantación del sistema de manera tardía y defectuosa, lo que habilita al Concesionario a formalizar mediante este Tribunal de Arbitramento reclamación de perjuicios por la incertidumbre en la adjudicación del SIUR y la ausencia de mecanismos de planeación tendientes a mitigar los efectos generados por la misma”*.

En el escrito de los alegatos de conclusión, en lo atinente al *“Desequilibrio económico del contrato de concesión No. 1 y 2., como consecuencia de incertidumbre de la adjudicación del operador del SIUR y hecho del príncipe”*, la convocante concluye lo siguiente:

*“En el proceso en curso se encuentra plenamente demostrado, mediante la correspondiente prueba documental anexa a lo largo de todos los escritos, así como también en pruebas testimoniales y periciales que:*

- Las partes pactaron una mayor extensión del plazo contractual;*
- Este plazo adicional, bien mediante la adición del plazo original, bien mediante la figura de las suspensiones al plazo, tuvo origen en situaciones todas ellas ajenas a LA CONCESIONARIO, imputables al contratante;*
- Este plazo adicional afectó negativamente la ecuación económica y financiera del CONCESIONARIO, sobrecosto que hasta la fecha ha tenido que soportar.*

*En consecuencia, es claro e indiscutible que el concedente asumió las consecuencias negativas derivadas de la implantación del sistema de manera tardía y defectuosa, lo que habilitó al CONCESIONARIO a formalizar mediante este Tribunal de Arbitramento reclamación de perjuicios por la incertidumbre en la adjudicación del SIUR y la ausencia de mecanismos de planeación tendientes a mitigar los efectos generados por la misma.”*

Para abordar el análisis del grupo de pretensiones que tocan con este cargo, el Tribunal hará primero unas breves puntualizaciones sobre los contratos cuya ejecución da origen al presente litigio.

Sobre su naturaleza, definida por las partes como una concesión y no versando litigio - fuente de habilitación de la competencia del Tribunal - sobre este aspecto, el Tribunal se abstendrá de efectuar mayores pronunciamientos.

Respecto del objeto, aun cuando antes se mencionó, resulta oportuno reiterar que el objeto de los Contratos de Concesión 1 y 2 contiene varias prestaciones que comprenden la adquisición de los lotes en donde se

construirían los patio talleres, el diseño de los patio talleres, la construcción de los patio talleres, y la reversión de los patio talleres una vez construidas las obras correspondientes (Cláusula 1).

En cuanto a la forma de pago o contraprestación del Concesionario, cabe señalar que dado que consiste en una suma por cada viaje o pasajero que utilice el Sistema durante el período de explotación (Cláusula 4.4 de los Contratos 1 y 2), esta puede calificarse como determinable con algunos elementos de incertidumbre.

Punto de partida esencial de todo el análisis jurídico que hará el tribunal es la distribución de riesgos efectuada por las partes en los Contratos 1 y 2, en virtud de las cláusulas 54 y 55 en ambos contratos.

El riesgo de construcción, el riesgo de demanda y el riesgo de retorno de la inversión fueron asignados, entre otros riesgos, al Concesionario.

**54.1 Riesgo de construcción**

*Los efectos favorables y/o desfavorables derivados de las variaciones en los precios de mercado de los insumos y en las cantidades de obra, necesarios para ejecutar las obras a las que hace referencia el presente Contrato de Concesión y sus Apéndices.*

**54.2 Riesgo de Demanda**

*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 frente a los que fueron estimados por el CONCESIONARIO, al momento de estructurar su propuesta económica dentro de la Licitación Pública No. MC-DT-003 de 2006 convocada por Metro Cali S.A.-El concedente.*

**54.7 Riesgo de Retorno de la Inversión**

*Los efectos favorables o desfavorables relativos a la posibilidad o imposibilidad de recuperar todo o parte de la inversión por parte del CONCESIONARIO en el tiempo estimado.*

El riesgo de implantación, junto con otros riesgos, fue asumido por la Concedente.

**55.4 Riesgos de Implantación del Sistema:**

*Los efectos favorables o desfavorables que incidan en los costos, en el costo de oportunidad y en el retorno de la inversión previsto por EL CONCESIONARIO y generado por factores internos o externos al Sistema MIO que dificulten, retrasen o dilaten el proceso de implantación o puesta en marcha del mismo, correrán a cargo de Metro Cali S.A.-El Concedente. Este riesgo tiene como principal mecanismo de mitigación la coordinación de las actividades de Planeación del Sistema MIO.*

Concordantemente con tales premisas contractuales la remuneración del Concesionario según el Pliego de Condiciones y, posteriormente según los Contratos, se estableció en 19 pesos por viaje para el Contrato 1 y 19,06

pesos para el Contrato 2 conforme a la cláusula 30 de los contratos, remuneración que sería recibida por el Concesionario en la etapa de explotación, que es aquella durante la cual el Concesionario estaría recibiendo dicha remuneración y cuya duración fue establecida por los citados documentos contractuales en 15 años *“contados a partir del primer día en que entre en operación e implementación y se generen los ingresos correspondientes a la Fase 1”*.

De conformidad con lo anterior, tenemos que la remuneración del Contratista consistía en recibir una participación sobre los ingresos *durante un lapso determinado* en quince años, a partir del momento en que iniciara la operación del sistema (Fase 1).

La remuneración, en relación con su monto, está determinada en la cláusula treinta de los contratos, en los siguientes términos:

**“CLÁUSULA 30 REMUNERACIÓN DE EL CONCESIONARIO.**

“Como remuneración por las obligaciones que impone el presente Contrato de Concesión a El (sic) CONCESIONARIO, se le otorgará el derecho a una participación en los ingresos generados por la Prestación del Servicio Público de Transporte Masivo 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 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 demás concesiones de Patios y Talleres, las condiciones de Operación de Transporte, la Concesión del sistema Unificado de Respuesta del Sistema MIO (SIUR), Metro Cali S.A.-El Concedente, 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.

“Los ingresos para cada uno de los Concesionarios de patios y talleres, corresponderán a la tarifa licitada, multiplicada por los respectivos viajes que constituyen pago y que son efectivamente realizados por los usuarios del Sistema MIO, reportados por el Concesionario del SIUR, tal como se muestra a continuación: Para el presente Contrato de Concesión No. 1 Patio y Taller denominado CALIMA-SAMECO la tarifa es de \$19.00 (Diecinueve Pesos Moneda Corriente) de enero de 2007 por viaje pago efectivamente realizado...

“El valor de la participación a favor del CONCESIONARIO remunera integralmente las obligaciones y riesgos asumidos por EL CONCESIONARIO con ocasión del presente contrato y, por lo tanto, la totalidad de las obligaciones de adquisición de predios, el diseño y la construcción de el Patio y Taller denominado Calima-Sameco del sistema MIO, sin que se requiera de ningún pago o compensación adicional por parte de Metro Cali S.A.-El Concedente a favor del CONCESIONARIO. Por lo tanto, el acaecimiento de los riesgos a los que se refiere este contrato, reducción o adición de la remuneración del CONCESIONARIO, ni darán lugar a reconocimientos o compensaciones

adicionales por parte de Metro Cali S.A.-El Concedente a favor del CONCESIONARIO”

### **“Cláusula 31. ACTUALIZACIÓN DE LA TARIFA AL CONCESIONARIO**

“Las tarifas licitadas por los Concesionarios de Patios y Talleres serán ajustadas por períodos anuales en Febrero de cada año, e acuerdo con la variación en el índice de precios al consumidor (IPC), certificado por el DANE, así...”

El término durante el cual el Concesionario debería recibir esa remuneración fue definido en el contrato al determinar la *duración* del periodo de *explotación*, lo cual está estipulado en la cláusula cuarta, en los siguientes términos:

“4.4 La etapa de explotación de la Concesión No. (1/2), para el patio y taller denominado (Calima-Sameco/Puerto Mallarino), corresponde a un periodo de quince (15) años, contados a partir del primer día en que entre en operación e implementación y se generen los ingresos correspondientes a la Fase 1. EL CONCESIONARIO recibirá la contraprestación por la ejecución de las obligaciones derivadas del presente contrato de acuerdo con la adjudicación y la oferta presentada”

La obligación de la Contratante derivada de haber asumido el riesgo de implantación, está vinculada directamente a garantizar que el Contratista recibiera la participación pactada por el término de quince años, sin que en el contrato se establezca una fecha cierta y determinada para empezar a contabilizar dicho término; la remuneración empezaba a recibirse desde que se cumpliera el evento futuro establecido en la cláusula, esto es, desde el momento en que entrara en operación la Fase 1 del sistema.

Revisados detalladamente tanto los Pliegos de Condiciones como los Contratos 1 y 2, sus otrosí y actas de acuerdo suscritas (definidos como los documentos del Contrato), en ninguna parte de los documentos mencionados se establece una fecha cierta en la que Metro Cali se obligara a adjudicar o a tener adjudicado el SIUR, como tampoco una fecha a partir de la cual el Concesionario empezaría a recibir ingresos.

En la respuesta 29 del dictamen inicial el perito financiero Luis Carlos Valenzuela, sostiene:

*El primer problema que se tiene entonces para contestar la pregunta es que la cláusula 54.2 agrega todos los Riesgos de Demanda y los asigna al CONCESIONARIO, pero la cláusula 55.4 explícitamente asigna un riesgo de demanda específico y cuantioso, el de implantación, al Concedente, contradiciendo la generalización del artículo 54.2.*

*Siendo esto una confusión mayúscula, se le suma el hecho que para poder definir una mitigación asociada a la cláusula 55.4 habría que poder definir la dificultad respecto a que obligación es, el retraso respecto a que obligación es*

*y la dilatación respecto a que obligación es, para poder definir el monto de la mitigación a ser asumida por el Concedente. En la medida en que en el contrato no hay fechas vinculantes para la definición de la implantación del sistema, no hay referente de cumplimiento, lo cual dificulta la determinación del valor y eventualmente la existencia misma del incumplimiento. (la subraya es ajena al texto)*

En el escrito de aclaración de septiembre de 2012 el mismo perito sostuvo:

*Se aclara de nuevo que las fechas de implantación del sistema estimadas por los documentos Conpes 3166 de 2002, 3369 de 2005 y 3504 de 2007 y el estudio de GGT carecen de carácter contractual. Como se ha señalado en la aclaración No. 1 a la solicitud presentada por Metro Cali S.A., el Conpes vigente al momento de la firma de los Contratos de Concesión No. 1 y 2 era el 3369 de 2005. Adicionalmente, el estudio de GGT “Documento Técnico. Revisión de parámetros operacionales del MIO” tiene fecha de presentación enero de 2006, lo cual significa que lo contenido en él estaba vigente al momento de la firma de los Contratos de Concesión No. 1 y 2. Por último, el Apéndice No. 1 a los Contratos de Concesión No. 1 y 2 definió las fases de implantación del sistema con las mismas obras que contemplaba el estudio de GGT “Documento Técnico. Revisión de parámetros operacionales del MIO”, pero sin las fechas allí contenidas, así:*

*“A la fecha se han definido tres fases para la implantación del sistema MIO, con la incorporación paulatina de rutas, compatibles con el cronograma de obras, a saber:*

*Tabla 1: descripción de corredores para la implementación del Sistema MIO.*

*(...)*

*La programación de las fases o etapas de construcción tienen plazos de referencia que pueden variar según imprevistos. (...) Subrayado por fuera del texto.*

*El texto subrayado aclara que no existe obligación contractual de fechas específicas para la implantación y que, por lo tanto, sobrevive la dificultad de establecer un desfase temporal cuando no existen fechas contractuales a que se obligara Metro Cali S.A.*

En el Documento Técnico Revisión de Parámetros Operacionales del MIO (mejor conocido entre las partes como GGT) de enero de 2006 se lee, en el numeral 2 titulado “fases de implantación”, lo siguiente: «*La programación de las fases o etapas de construcción tienen plazos de referencia que pueden variar según imprevistos (...)*».

Incluso en el Documento CONPES 3504 de 2007, posterior a la adjudicación y a la firma de los Contratos, cuando define el cronograma y las fases del Proyecto dice lo siguiente:

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. Los detalles de operación plena para cada una de las fases se presentan en el Cuadro 5.

El cuadro 5 del CONPES 3504 lleva por título «*Cronograma indicativo y fases de ejecución del Proyecto*», y en nota de pie de página a la palabra “indicativo” del título se dice: «*Este cronograma se basa en información recibida de Metro Cali S.A. De todas maneras, la fecha real del inicio de la operación será aquella que determine Metro Cali S.A. como titular del SITM MIO.*»

De manera que el marco previo y el régimen contractual mismo no establecía con efectos vinculantes y contractuales este parámetro esencial para poder concluir acerca de una tardanza o retardo en la adjudicación del SIUR.

En cambio lo que existía, como aspecto contractualmente reglado, era la definición de unas etapas en las que se dividía la ejecución contractual (preconstrucción, construcción, reversión y explotación)<sup>2</sup>.

También existía como hito contractual la definición de un evento a partir del cual el Concedente empezaría a recibir su remuneración: tal es el inicio del recaudo correspondiente a la Fase 1 del sistema.

Aparte de la alusión que se refiere al inicio de la Etapa de Explotación y que determina el inicio de la recuperación de la inversión, la Concedente no estableció contractualmente una fecha a partir de la cual el Concesionario empezaría a percibir la remuneración pactada y menos, como viene de señalarse, para la adjudicación del SIUR.

En lugar de fijar una fecha, se insiste, lo hizo mediante el señalamiento de un momento o hito contractual que era la entrada en operación de la Fase 1, tal y como se señala en la cláusula 4 de los contratos de concesión, la cual volvemos a citar dada su pertinencia:

**CLAUSULA 4 DURACIÓN DEL CONTRATO**

*El plazo de duración del presente Contrato de Concesión será indeterminado, pero determinable según el término en que se agoten las siguientes etapas:*

*(...)*

**4.4** *La etapa de explotación de la concesión No. 1, para el patio y taller denominado Calima- Sameco, corresponde a un periodo de quince (15) años,*

---

<sup>2</sup> Ver numeral 1.2 Información General – Pliego de Condiciones Contratos de Concesión 1 y 2, Cláusulas 1 y 4.

*contados, a partir del primer día en que entre en operación e implementación y se generen los ingresos correspondientes a la Fase 1. EL CONCESIONARIO recibirá la contraprestación por la ejecución de las obligaciones derivadas del presente contrato de acuerdo con la adjudicación y la oferta presentada.*

Ciertamente el riesgo de implantación se encontraba asignado al Concedente. Pero no es menos cierto que ello se debe interpretar dentro del marco contractual que regía y que continúa rigiendo la relación entre las partes, así como también de acuerdo con los hechos y comportamientos que revisten relevancia para definir los términos y particulares en que las partes asumieron sus obligaciones.

Así, no escapa al Tribunal que el Concesionario durante la etapa precontractual formuló preguntas en relación con el riesgo de implantación del sistema (pregunta 4) en los siguientes términos:

*En el numeral 55.4 de la Cláusula 55 de la minuta del contrato se establece que el riesgo de implantación del sistema será asumido por Metrocali. En esa misma cláusula se establece que el principal mecanismo de mitigación adoptado por Metrocali frente a este riesgo es la coordinación de las actividades de planeación del Sistema MIO.*

*Con base en lo anterior solicitamos que, teniendo en cuenta la última información disponible en Metrocali y el avance actual del proyecto, nos informe lo siguiente:*

- a) Cuáles son las fases que Metrocali tiene previstas para llevar a cabo la implantación del sistema MIO?*
- b) Cuál es la configuración que tendrá la infraestructura y la operación del sistema en cada una de las fases previstas por Metrocali para llevar a cabo la implantación del sistema MIO?*
- c) Cuál es la fecha prevista por Metrocali para el inicio de la operación de cada una de las fases previstas por Metrocali para llevar a cabo la implantación del sistema MIO?*

A las que Metro Cali respondió lo siguiente:

*Esta información se encuentra en el Apéndice 01 información general y en la presentación del Diseño Operacional.  
[http://www.metrocali.gov.co/cont\\_licitación\\_opera\\_dt0105.htm#do](http://www.metrocali.gov.co/cont_licitación_opera_dt0105.htm#do)*

Y verificado el Apéndice 1 de los contratos —“Información General”—, su texto indica lo siguiente:

#### **1. INTRODUCCIÓN:**

*La información aquí contenida forma parte del “Informe Técnico de la revisión de los parámetros operacionales del Sistema MIO”, del cual se ha extractado y complementado de una manera más sencilla para facilitar la interpretación de los resultados presentados en el documento principal antes mencionado. La información que no se encuentre en este resumen deberá ser tomada directamente del documento “Informe Técnico de la revisión de los parámetros operacionales del Sistema MIO”.*

*En el presente anexo se incluyen todas las variables que influyen sobre la operación del Sistema MIO.*

## **2. DESCRIPCIÓN GENERAL DEL SISTEMA.**

### **2.1. Fases Implantación:**

*A la fecha se han definido tres fases para la implantación del sistema MIO, con la incorporación paulatina de rutas, compatible con el cronograma de obras, a saber:*

*(...)*

*La programación de las fases o etapas de construcción tienen plazos de referencia que pueden variar según imprevistos.*

Constata el Tribunal, que el Concesionario a pesar de la precaria respuesta dada por la Concedente continuó adelante en la Licitación, presentó su oferta y cuando le adjudicaron la Licitación procedió a suscribir sin reservas conocidas los respectivos contratos 1 y 2. Lo anterior significa que la Concesionaria se obligó en las condiciones preanotadas, asumiendo con todas las ventajas y desventajas que pudiese implicar para la ejecución del contrato, tal marco obligacional.

De manera que de acuerdo con los términos del negocio jurídico establecidos desde el Pliego de Condiciones y mantenidos durante la etapa precontractual y reiterados en los Contratos 1 y 2, tenemos que con efectos contractuales no se fijó una fecha cierta en la que iniciaría la implantación y tampoco una fecha cierta para empezar a recaudarse los ingresos, sino que dicho inicio del recaudo de los ingresos se hizo depender de la entrada en operación y generación de los ingresos correspondientes a la Fase 1.<sup>3</sup>

Por consiguiente, la entrada en operación de la Fase 1 del sistema se convierte en un hito contractual importantísimo, que implicaba además el inicio del recaudo de los ingresos del Concesionario de los patio talleres Calima - Sameco y Puerto Mallarino o Etapa de Explotación.<sup>4</sup>

La Convocante basa gran parte de sus alegaciones en que en sus proyecciones tuvo en cuenta como fecha para la entrada en operación del sistema y para la recepción de sus ingresos, la fijada por el Documento CONPES 3504 de diciembre 17 de 2007, y a partir de ello, como atrás se vio, establece sus pretensiones de incumplimiento y de desequilibrio contractual derivados del retardo en recibir la remuneración pactada.

---

<sup>3</sup> En el numeral 1.5 en aclaración de agosto de 2012 del dictamen pericial, el perito Dr. Luis Carlos Valenzuela afirma: «(...) estaba contractualmente pactado que el inicio de la etapa de explotación solo iniciaría una vez entrara en operación el sistema y se generaran ingresos para el concesionario. No hay una referencia a una fecha específica ni a que el final de la etapa de reversión significaba el inicio de la de explotación (al respecto ver Cláusula 4 de los Contratos de Concesión No. 1 y 4, literales 4.3. y 4.4.)»

<sup>4</sup> En el numeral 2.1 en aclaración de agosto de 2012 del dictamen pericial, el perito Dr. Luis Carlos Valenzuela afirma: «(...) la fase de explotación del contrato y, por ende, la remuneración del concesionario no iniciaba sino hasta el momento en que se generara el primer viaje pago del Sistema MIO según la Cláusula 4, literal 4.4 de los Contratos de Concesión No. 1 y 2.»



Al respecto el Tribunal hace las siguientes consideraciones:

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.<sup>5</sup>

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.

2. Los Pliegos de Condiciones y demás documentos emitidos por Metro Cali advirtieron que las fechas, estimaciones, cálculos, proyecciones que existían o entregaba tenían carácter indicativo y que eran susceptibles de variar,<sup>6</sup> lo cual guarda consonancia con el esquema trazado en el mismo Pliego de Condiciones de hacer depender la iniciación de la etapa de explotación con el inicio del recaudo de los ingresos correspondiente a la Fase 1.

---

<sup>5</sup> Aunque el perito Luis Carlos Valenzuela sostiene que el carácter vinculante de los documentos CONPES es un asunto que compete definir al Tribunal, en el numeral 5.4 en aclaración de agosto de 2012 del dictamen pericial, afirma: «*En la cuantificación que se realiza en la respuesta No 2.7 se hace una estimación basada en un cronograma de terminación de fases establecido en un documento Conpes que no tiene carácter contractual y se asume, también sin sustento contractual, que la proyección de demanda asociada al estudio GGT se iba a cumplir en su totalidad.*»

<sup>6</sup> Así por ejemplo en el numeral 2.1. del apéndice 1 de los contratos se dice «*La programación de las fases o etapas de construcción tienen plazos de referencia que pueden variar según imprevistos.*»

3. En la respuesta dada en la etapa de preguntas y respuesta de la Licitación se indicó que la única información relativa a las fases de implantación, configuración y estructuración del sistema MIO y las fechas previstas para el inicio de la operación de cada una de las fases se encontraba en el apéndice 1 de los contratos. Apéndice en el que sólo se relacionan unas obras indicativas por fases.
4. En particular el Documento CONPES 3504 de diciembre 17 de 2007, como fácilmente se aprecia en la fecha de su emisión es posterior incluso a la suscripción de los Contratos 1 y 2 de lo que se colige, necesariamente, que al momento en que el Concesionario realizó sus proyecciones y cálculos para estructurar su oferta y en particular los aspectos económicos de la misma, dicho CONPES aún no existía, de manera que los datos o fechas que trae dicho documento CONPES materialmente no pudieron servir de base para proyecciones que había sido realizadas cuando menos catorce meses antes.<sup>7</sup>

Esta inconsistencia atinente a la posterioridad del documento CONPES, que el Tribunal no duda en calificar de insalvable, constituye uno de los aspectos que más socavan las pretensiones, fundamentos y alegaciones de la parte Convocante, como quiera que además de la demanda, los peritazgos de parte entregados (Dr. Enrique Villota Leguizamo) y los cuestionarios que la Convocante sometió como base para el dictamen y para las complementaciones del perito Dr. Luis Carlos Valenzuela, todos son documentos en los que la Convocante adoptó o hizo adoptar como base de la comparación, orientada a demostrar que el inicio de la Etapa de Explotación se demoró comportando un perjuicio al Contratista, para estructurar sus proyecciones, los datos y las fechas indicadas por el documento CONPES 3504 de 17 de diciembre de 2007, en especial, en la fecha de iniciación prevista por el.

De lo anterior se concluye, que no estando definida en los documentos precontractuales (tampoco en los contractuales) una fecha para la adjudicación del SIUR ni una fecha para el inicio de la etapa de explotación, y habiéndose indicado que el momento a partir del cual el Concesionario empezaría a recibir la remuneración pactada sería al inicio de la Fase 1 (respecto de lo que tampoco se indicaba una fecha con carácter vinculante en el Pliego de Condiciones y no habiéndose expedido al momento de estructurar la oferta el CONPES 3504), mal podía el hoy Concesionario, cuando entonces tenía la calidad de proponente, haberse basado en la fecha o en los datos informados en dicho documento CONPES, que se repite fue expedido cuando ya se adelantaba la ejecución de los Contratos 1 y 2. En ese orden de cosas, las fechas y datos de sus proyecciones, así elaboradas no

---

<sup>7</sup> El perito Luis Carlos Valenzuela en su dictamen inicial, en respuesta a la pregunta 1, afirmó « Además, con posterioridad a la firma de los Contratos No. 1 y 2, el CONPES 3504 de 2007 modificó las fases propuestas en el CONPES 3369 de 2005 (...)»

sirven de base para soportar sus cargos de cambios graves en las condiciones de la licitación y contratación y de consecuente desequilibrio económico de los Contratos de Concesión 1 y 2.

Semejantes son las consideraciones que se hacen en relación con la mayor permanencia por la adjudicación presuntamente tardía del SIUR.

Tal como se aprecia en el expediente, en relación con la adjudicación de la Licitación Pública No. MC-DT-002-2007 para el Diseño, Implementación, Integración, Financiación, Puesta en Marcha, Operación y Mantenimiento del SIUR, aspecto que reviste cardinal importancia para decidir este grupo de pretensiones, la Convocante y la Convocada realizaron un intenso debate durante el proceso.

Lo cierto es que, de acuerdo con las pruebas arrimadas al proceso, el Tribunal concluye que como no hay fecha prevista que tuviere efectos vinculantes o contractuales para deducir un parámetro a partir del cual resulte posible establecer y concluir que hubo una tardanza, y como las circunstancias que afectaron del desarrollo de la licitación no pueden atribuirse a Metro Cali a ningún título, los cargos que en tales hechos se basan no habrán de prosperar.

Que hubo vicisitudes como las sucesivas declaratorias de desierta de la licitación del SIUR, es cierto, pero no es menos cierto que dichas vicisitudes no pueden calificarse como situaciones de incumplimiento de Metro Cali, pues no está demostrada su responsabilidad por negligencia o por alguna forma de culpa que hubiera conllevado a las declaratorias de desierta de la licitación correspondiente. Tales situaciones, por el contrario, encuentra el Tribunal, constituyen áleas propios y conocidos en tanto se desprenden la ley, de una licitación.

*Al no haber desconocido el principio de planeación, y al haber reconocido el ajuste de precios realizado por razones no imputables al descuido del contratista, se concluye que la ecuación financiera del contrato no fue afectada, y en consecuencia, no se puede aducir ruptura del equilibrio financiero por cuanto “ la teoría del equilibrio financiero del contrato, fundada en la imprevisión, sólo se aplica cuando el contratista demuestre que el evento ocurrido no corresponde al alea anormal del contrato, porque es externo, extraordinario e imprevisible y porque alteró gravemente la ecuación económica del contrato, en su perjuicio”. Del análisis del acervo probatorio, ésta Sub-Sección concluye que a pesar de haber demostrado la ocurrencia de algunos eventos inesperados, los mismos no fueron “extraños, imprevisibles y anormales al contrato, requisitos indispensables para aplicar la teoría de la imprevisión, determinante de la obligación de la entidad a reparar la ecuación financiera del contrato”. En efecto, dado que el contratista manifestó, tanto en la memoria técnica como en el acta de iniciación de obra, que conocía las características de la zona en el que se desarrollaría la obra, debió probar que*

*los imprevistos desbordaron sus previsiones por irresistibles.<sup>8</sup> (las subrayas no son del texto)*

Así las cosas, no solo no existen parámetros con efectos contractuales que permitan establecer que hubo un desfase o demora en la implementación del SIUR, sino que tampoco resulta conceptual y probatoriamente aceptable, tener por cierto que tal situación hubiera afectado *“en gran medida las proyecciones del modelo financiero realizado por Cali Mio y su flujo de caja implícito, ya que se suponía que el proyecto comenzaría en el 2008, y que no fue así, y que los ingresos se empezaron a recaudar hasta marzo del 2009”*, dado que tales proyecciones basadas en parámetros que advertidamente no eran vinculantes contractualmente, no constituyen elementos de juicio que sirvan de base para demostrar una afectación antijurídica.

*En conclusión, aun cuando se presentaron hechos no imputables al contratista que dieron lugar a una mayor duración del vínculo contractual, no se demostró una ruptura del equilibrio económico del contrato de obra pública SOP. 211-93 ni daños con ocasión de esa situación y, al contrario, si se probó la adopción conjunta y de mutuo acuerdo de las medidas necesarias para superar las dificultades que se presentaron con el fin de obtener la ejecución del objeto contractual. Por consiguiente, la sentencia apelada en cuanto no encontró probado el rompimiento del equilibrio financiero del contrato, derivado de sobrecostos por concepto de personal, maquinaria y equipo por mayor permanencia en la obra, será confirmada.<sup>9</sup> (las subrayas no son del texto)*

En cuanto a la tardía y defectuosa puesta en marcha del sistema MIO, que es otra de las argumentaciones de la parte Convocante, *“en condiciones diversas a las pactadas, que tiene como consecuencia la generación de un menor tráfico de pasajeros, afectando de manera directa la retribución esperada por el CONCESIONARIO”*, el Tribunal no encuentra en el expediente elementos probatorios que permitan establecer que la variación de la demanda esperada se debe a acciones u omisiones imputables a Metro Cali y menos aún, y esto es muy relevante, que permitan definir cuál porción puede deberse al riesgo de la demanda, asumido por el Concesionario.

*Cualquiera que sea la causa que se invoque, se observa que el hecho mismo - que debe ser probado- por sí solo no equivale a un rompimiento automático del equilibrio económico del contrato estatal, sino que deberá analizarse cada caso particular, para determinar la existencia de la afectación grave de las condiciones económicas del contrato. Por eso, bien ha sostenido esta Corporación que debe probarse que el Estado incumplió el contrato o lo modificó unilateralmente o se presentó cualquiera de los eventos que afecte el equilibrio económico del contrato y, además, para que resulte admisible el*

---

<sup>8</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ. (7) de marzo de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04638-01(20683)

<sup>9</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. (31) de agosto de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080).

restablecimiento del mismo, debe probar el contratista que representó un quebrantamiento grave de la ecuación contractual establecida ab initio, que se sale de toda previsión y una mayor onerosidad de la calculada que no está obligado a soportar.<sup>10</sup> (la subraya es ajena al texto)

Por lo que a este punto respecta, la alegación de la Convocante acerca de la tardía y defectuosa puesta en marcha del sistema, encuentra como escollo, según se ha venido analizando, que en parte alguna de los Pliegos de Condiciones se expresaron con efectos vinculantes fechas ciertas para la entrada en operación del sistema. Y, se reitera, los documentos CONPES a los que acude la Convocante, además de ser documentos de políticas del gobierno nacional con carácter no jurídico ni vinculante, encuentra el Tribunal que la fecha de expedición del CONPES 3504 es posterior incluso a la fecha de suscripción de los Contratos de Concesión 1 y 2. En consecuencia, al no existir una fecha prevista con efectos contractuales para la entrada en operación del Sistema, carece de sustento la acusación consistente en que dicho Sistema entró a operar en forma tardía.

De manera que no estando probada la tardanza en la entrada en operación, y tampoco la afectación y encontrándose el riesgo de demanda a cargo de la Concesionaria, no halla en Tribunal fundamentos para la prosperidad de este cargo.

En la respuesta 18 del cuestionario inicial, frente a la pregunta de determinar los efectos (económicos y financieros) de los problemas que generaron retrasos en la Implementación del Sistema, en los ingresos de los Contratos de Concesión, y la Cuantificación de los mismos, el perito Luis Carlos Valenzuela respondió:

*La Demanda se afecta directamente por la ejecución de la implantación del sistema (Fase 1 46% – Fase 2 100%). Esto, en la medida en que el sistema es el bien a demandar. No obstante, el porcentaje exacto de la afectación asociada al Riesgo de Demanda o Comercial y el porcentaje asociado al Riesgo de Implementación o de existencia de bien demandable, no son determinables objetivamente. Para una eventual estimación de los porcentajes de afectación asociados a cada causal se requiere de la aplicación de supuestos subjetivos para: 1) determinar cuál hubiese sido la demanda real de existir el bien demandable y 2) para determinar una fecha de entrada plena de las diferentes fases del sistema, en la medida en que estas no aparecen con carácter vinculante en ninguno de los documentos del contrato.*

*Los retrasos en la implantación del Sistema tienen el efecto de disminuir la captación de Demanda. En la medida que el sistema entra en operación, el porcentaje de los viajes de transporte público que son atendidos y constituyen ingreso se incrementa, según lo indica el documento CONPES 3504 de 2007 al señalar los porcentajes de cobertura en función de las fases del sistema. El*

---

<sup>10</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente (E): DANILO ROJAS BETANCOURTH. (29) de octubre de dos mil doce (2012). Radicación número: 13001-23-31-000-1992-08522-01(21429).

*efecto económico y financiero de los retrasos es una disminución en los ingresos del concesionario, con respecto a los proyectados al momento de presentar su Propuesta, durante los períodos en los cuales el sistema cubre un porcentaje de la demanda inferior al 46% en Fase 1 y 100% en Fase 2.*

*La cuantificación de los efectos se realizó mediante la siguiente metodología, utilizando los supuestos que se describen al final del cálculo.*

*1. Se utilizó la proyección mensual de Demanda hecha por el concesionario con fundamento en el documento técnico GGT – Parametros Operacionales MIO y en el estudio de demanda elaborado por el ingeniero Wagner Colombini Martins.*

*2. Se calculó el ingreso mensual de cada patio – taller usando la tarifa licitada para cada uno de ellos multiplicándola por la Demanda mensual proyectada según el punto anterior.*

*3. Se calculó el ingreso mensual real de cada patio mediante el producto de la Demanda real mensual y la tarifa licitada para cada patio – taller. Este cálculo tiene implícita la ocurrencia del Riesgo de Implantación en tanto la Demanda real es función de la implantación de sistema.*

*4. Se restó el Ingreso Proyectado del Ingreso Real para cuantificar el efecto de la ocurrencia del Riesgo de Implantación.*

*5. El valor mensual de la diferencia entre Ingreso Proyectado e Ingreso Real se indexó a la tasa WACC 9.13% definida por el Anexo 1 de la Resolución del Ministerio de Hacienda y Crédito Público No. 2080 de 2008 para concesionarios*

*(...)*

*El cálculo agregado para los dos patios y talleres fue de COP 25,627 millones de diciembre de 2011. Este cálculo está hecho sobre la situación absolutamente extrema, que es asumir que la totalidad de la variación de la Demanda está asociada no a riesgo comercial sino a Riesgo de Implantación.*

*La única manera de incorporar el Riesgo de Demanda hubiera sido aplicarle al periodo de atraso un porcentaje de cumplimiento respecto a la proyección igual al que se observa cuando el sistema ya está en operación. Esto no es posible ya que los datos de Demanda del sistema en operación no corresponden a una situación de exclusividad del sistema como sí son los de la proyección.*

Tal como se desprende del dictamen pericial citado, los efectos propios de la demanda real no se separan de aquellos que pueden deberse a las condiciones de entrada del Sistema.

En seguida, dando respuesta a la pregunta 19 —en la que se indagaba por el valor en que se han afectado los ingresos de los Contratos de Concesión por los problemas de Implementación del Sistema y de la demanda— el perito contestó lo siguiente:

*Por las razones expuestas en la respuesta anterior, aunque son riesgos distintos y con distintos garantes, el Riesgo de Implantación y el Riesgo de Demanda, no son objetivamente separables. En la medida en que el crecimiento de la Demanda, con el sistema operando pleno, hubiese sido*

*menor al de la proyección esto reduciría el valor de la afectación estimada en la respuesta anterior.*

Las afirmaciones del perito, que coinciden con las consideraciones del Tribunal sobre los puntos que se analizan, refuerzan las conclusiones del Tribunal acerca de la falta de demostración del perjuicio y consecuentemente del desequilibrio contractual.

En cuanto a los datos iniciales de demanda constante durante la concesión y de demanda acumulada de las fases, contenidos en el “informe de estructuración financiera para la operación de transporte de pasajeros del Sistema MIO”, debe señalarse que si bien es cierto el mencionado documento contiene dichos datos, también lo es que se hace expresa y clara advertencia que los mismos no tienen carácter vinculante. De manera que estando advertida dicha circunstancia y habiendo participado, a sabiendas de ello, la convocante en la licitación, presentado la oferta y suscrito los contratos sin formular objeción sobre el advertido carácter no vinculante con el que se suministraban los datos de demanda, el Tribunal entiende que recibió esos datos con el carácter de no vinculante por lo que mal puede ahora venir a esgrimirlos contra Metro Cali en apoyo de sus pretensiones.

De otra parte, en cuanto a la falta de estudios y diseños que definieran la demanda real de tráfico del Sistema, aducida por la Convocante para señalar que dicha falta de definición de la demanda real se materializó *“en un cambio trascendental en las condiciones bajo las cuales el Concesionario estructuró su propuesta técnica y financiera”*, afectando los fundamentos para la elaboración del modelo financiero del Concesionario, los supuestos en que se licitó el porcentaje de la tarifa del Sistema y los supuestos en que el Concesionario asumió el riesgo comercial, cabe hacer las siguientes consideraciones.

Sea lo primero advertir que en las materias que nos ocupan, sin que exista obligación contractual no puede existir incumplimiento ni falta a un deber, como tampoco derivarse responsabilidad en materia de contratos.

Tal es el caso en lo que respecta al presente cargo, puesto que la convocante reprocha pero no señala la fuente obligacional por la cual debería Metro Cali haber efectuado los estudios sobre la demanda real.

En tales condiciones sin existir estipulación a través de la cual Metro Cali se hubiese obligado o hubiese anunciado que efectuaría tales estudios, no resulta contractualmente exigible la realización de los estudios que la Convocante echa de menos y menos aún con el propósito de deprecar que se declare por tal omisión la responsabilidad de la parte Convocada, o la ruptura del equilibrio contractual.

Tampoco encuentra este Tribunal que el extremo inicial cumpla con condiciones para que proceda jurídicamente la comparación entre la demanda inicial y la demanda real, como lo propone la Convocante. Tal como atrás se ha indicado, sin que las estimaciones de demanda inicial tuvieran carácter vinculante y habiendo aceptado tal carácter al participar en la licitación, no puede aducirse que haya habido respecto de tales estimaciones una determinada variación en las condiciones de ejecución, al menos no con alcances contractuales que puedan comprometer la responsabilidad de Metro Cali.

A riesgo de incurrir en repeticiones, resulta importante destacar que el Concesionario Cali Mío aceptó al participar en la Licitación Pública No. MC-DT-003 de 2006 sin rechazar ni dejar salvedades o constancias, las condiciones establecidas en la misma y entre tales condiciones se hallaba aquella según la cual se indicaba que los datos de demanda eran estimativos y no vinculantes. De modo que tal carácter no puede desconocerse otorgándoles otro distinto, éste sí vinculante y contractualmente exigible, para derivar consecuencias que afectan la responsabilidad de las partes (art. 1602 del C.C.).

Ahora bien, de otra parte tampoco existe prueba arrimada al proceso por la Convocante de que las variaciones entre la movilización que era esperada y la real sean ocasionadas por Metro Cali y no se deriven del riesgo de demanda, que según los términos contractuales, se encuentra a cargo de la Convocante (art. 177 del C.P.C.).

En este sentido nuevamente el Tribunal se apoya en las conclusiones del perito Luis Carlos Valenzuela, quien en el escrito de complementación de agosto de 2012, sostuvo en la respuesta 1 lo siguiente:

1.1. Asumiendo, sin certeza, que el objetivo de la pregunta es determinar los efectos que tiene el no asignar (financieramente los riesgos se asignan, mas no operan) el riesgo de implantación del sistema, la respuesta es que en el evento de que no exista bien a demandar como consecuencia de la no implantación (que es el mayor de todos los riesgos), no es determinable quién es el responsable de reestablecer el equilibrio económico por este efecto.

*1.2. En la medida que no estuviese determinado específicamente quién asume el riesgo de implantación, sería imposible que alguna parte asumiese el riesgo de demanda ya que no se sabría quién asume el riesgo de la existencia del bien a demandar. El riesgo que asume el concesionario según la cláusula 54, numeral 54.2., de los Contratos de Concesión No. 1 y 2, desde una perspectiva financiera es sobre variaciones en la demanda y no sobre la existencia de un bien a demandar, es decir que haya implantación del sistema.*

*1.3. Es necesario, no que opere, pero si que se determine quién asume el riesgo de implantación, no para mitigar la coordinación (concepto no claro financieramente) sino para determinar quién incurre en los costos de*



*reestablecimiento de equilibrio, de presentarse un evento asociado con el riesgo de implantación. En el contrato esto está establecido en la cláusula 55.*

*1.4. Es probable que la estructuración financiera, realizada por el Concesionario, de los Contratos 1 y 2, haya tenido “como presupuesto un ingreso esperado, fundamentado en una demanda estimada de pasajeros-de acuerdo con la tarifa licitada.”<sup>2</sup> No obstante es distinto que haya sido un presupuesto asumido por el Concesionario a que haya constituido una certeza, lo cual no puede haber sido en la medida en que las variaciones de demanda respecto a las estimaciones de demanda proporcionadas en el proceso, no están garantizadas en los Contratos de Concesión No. 1 y 2 suscritos. Lo que financieramente si está garantizado por el concedente, según la cláusula 55, numeral 55.4 de los Contratos de Concesión No. 1 y 2, es la existencia del bien a demandar, que es el aspecto asociado con el riesgo de implantación.*

*Los Contratos de Concesión No. 1 y 2 nunca otorgaron un ingreso esperado al concesionario de Patios y Talleres. En su lugar, otorgan una remuneración equivalente a la tarifa licitada, multiplicada por el número de viajes, durante un lapso fijo de 15 años. Lo anterior según la cláusula 30 “Remuneración de El Concesionario” de los Contratos de Concesión No. 1 y 2.*

*Aunque no haya sido considerado contractualmente, es natural asumir que el entonces proponente hiciera un cálculo de ingreso esperado asignando una probabilidad de ocurrencia a distintos escenarios de demanda y aplicándosela al ingreso generado en cada escenario. De esta forma, el proponente pudo estimar una tarifa a licitar. Ahora, al presentarse la ocurrencia del riesgo de implantación del sistema, corresponde hacer un cálculo de la incidencia de este en los ingresos del concesionario, más no significa esto migrar hacia un esquema contractual de ingreso esperado durante la concesión. En terminos económicos se garantizaba la existencia de un bien a demandar (el Sistema MIO operando), mas no un volúmen específico de demanda.*

*1.5. Cualquiera que fuera el modelo financiero utilizado por el concesionario, este se vio afectado en la cuantía equivalente al valor presente de las diferencias entre el ingreso proyectado que haya utilizado y el real a partir del inicio de la etapa de explotación de los Contratos de Concesión. Es relevante anotar que la demora en el inicio de operación del sistema es un período durante el cual no se debe considerar este cálculo, pues estaba contractualmente pactado que el inicio de la etapa de explotación solo iniciaría una vez entrara en operación el sistema y se generaran ingresos para el concesionario. No hay una referencia a una fecha específica ni a que el final de la etapa de reversión significaba el inicio de la de explotación (al respecto ver Cláusula 4 de los Contratos de Concesión No. 1 y 4, literales 4.3. y 4.4.) Una vez entrado en operación el sistema, el atraso en las metas porcentuales de cobertura de cada Fase (no determinadas contractualmente) es lo que origina las diferencias pertinentes respecto a la proyección.*

Por consiguiente, es forzoso concluir que tampoco desde esta perspectiva existe prueba que establezca la diferencia entre el ingreso esperado y el ingreso real, y determine qué parte de esa diferencia se debe a acciones u omisiones de Metro Cali y cuál a aspectos inherentes al riesgo de demanda que asumió el Concesionario. La ausencia de prueba de la afectación derivada de la *“tardía y defectuosa puesta en marcha del sistema MIO, en*

*condiciones diversas a las pactadas, que tiene como consecuencia la generación de un menor tráfico de pasajeros, afectando de manera directa la retribución esperada por el CONCESIONARIO”, se traduce en la falta de demostración de la ruptura del equilibrio contractual alegado.*

Por otra parte, respecto del argumento de la Convocante que se basa en la falta de definición de la demanda real, aún de ser cierto - puesto que no existe prueba en el proceso - *que la falta de definición de la demanda real hubiese afectado los fundamentos para la elaboración del modelo financiero del Concesionario*, para el Tribunal resulta de meridiana claridad que esa era una condición advertida e incluso explícita para los proponentes y aceptada por estos - y por la Convocante en tanto que fue proponente - al participar en la licitación ofertando y luego suscribiendo los Contratos sin reserva alguna (art. 1602 del C.C.).

En todo caso la Convocante libremente podía abstenerse de participar en la Licitación pero en lugar de ello, en ejercicio de su autónoma decisión, sobre tales bases, optó por participar y al hacerlo aceptó la totalidad de reglas y condiciones del proceso licitatorio.

De manera que no resulta jurídicamente válido en claro desconocimiento de sus propias decisiones y actos (art. 1603 del C.C.), que pretenda sustraerse a sus efectos obvios, señalando ahora que las condiciones que conoció y a sabiendas aceptó como oferente, le afectaron los supuestos en que asumió el riesgo comercial, cuando por el contrario, los términos y condiciones del Pliego no eran ocultos ni extraños y menos para un proponente capaz y profesional que como la Convocante pudo acreditar las exigencias de experiencia de la licitación y hacerse adjudicatario de la misma.

El hecho de que Metro Cali no hubiera definido la demanda real del Sistema, no impedía a los proponentes asesorarse de expertos, realizar estudios y análisis, etc. que de hecho la Convocante lo hizo (declaración del señor Carlos E. Vergara Emiliani); lo que no puede prohiar el Tribunal es que tales premisas dependientes de la voluntad de la Concesionaria se conviertan en fundamento de una demanda.

Como viene de señalarse, para el Tribunal resulta claro que la expectativa económica la asumió el Concesionario en forma libre al proponer en las condiciones que el Pliego establecía. Amén de ello, el riesgo de demanda lo asumió el Concesionario.

Los datos de demanda contenidos en los estudios anexos al Pliego se advertía que no eran vinculantes y tales condiciones las aceptó la Convocante al participar en la licitación y continúa haciéndolo al no haber deprecado su invalidez o su ineficacia.

En todo caso, tampoco se encuentra acreditado – por ninguna de las pruebas arrojadas al proceso - qué porción de la variación de la demanda esperada se deba al riesgo de demanda<sup>11</sup> y cuál pueda deberse a acciones u omisiones de Metro Cali, aspecto éste que tiene no poca importancia para la decisión adoptada por este Tribunal, en tanto que esa ausencia de prueba se traduce en ausencia de demostración de perjuicio.

*En síntesis, con independencia de la causa que se invoque como factor de desequilibrio económico y financiero del contrato estatal, dentro de los requisitos necesarios para su reconocimiento y el consecuente restablecimiento de la ecuación contractual, existen unos elementos comunes que deben acreditarse en forma concurrente tales como la imprevisibilidad, la alteración extraordinaria y fundamentalmente la demostración o prueba de una pérdida real, grave y anormal en la economía del contrato, pues no es viable inferir a priori que acontecido el hecho del príncipe o el hecho de imprevisión haya necesariamente rompimiento del equilibrio contractual y surja el deber de reparar.<sup>12</sup> (las subrayas no son del texto).*

Por lo demás, para finalizar las consideraciones sobre este punto, téngase también en cuenta que el riesgo de retorno de la inversión fue asumido por la Concesionaria.<sup>13</sup>

En cuanto al mayor tiempo que duraron las etapas de preconstrucción, construcción y reversión, que alega la Convocante como factor de mayor permanencia y desequilibrio contractual, aspectos no desligados de los que vienen de analizarse, el Tribunal estima necesario hacer las siguientes precisiones complementarias.

Punto de partida esencial para el estudio de esta pretensión son los plazos contractuales previstos para la duración de estas etapas.

Según la cláusula cuarta de ambos Contratos de Concesión, las etapas de preconstrucción, construcción y reversión, tendrían las siguientes duraciones:

- a. La etapa de preconstrucción, tendría una duración máxima de tres (3) meses;
- b. La etapa de construcción, tendría una duración de seis (6) meses;
- c. La etapa de reversión, tendría una duración de dos (2) meses.

---

<sup>11</sup> El perito Luis Carlos Valenzuela, en su dictamen inicial, afirmó en la respuesta 15 que: « (...) el porcentaje exacto de la afectación asociada al Riesgo de Demanda o Comercial y el porcentaje asociado al Riesgo de Implementación o de existencia de bien demandable, no son determinables objetivamente (...)». Afirmación que reitera en la respuesta 26 «De nuevo, el Riesgo de Demanda, entendido no como el riesgo de inexistencia del bien a demandar sino como un riesgo puramente comercial de variación en el volumen demandado, puede haberse presentado, pero no puede ser cuantificado objetivamente por las razones esgrimidas en la respuesta 13.»

<sup>12</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. (8) de febrero de dos mil doce (2012). Radicación número: 17001-23-31-000-1996-05018-01(20344).

<sup>13</sup> Cláusula 54.7 de los Contratos de Concesión 1 y 2.

En el proceso se encuentra pericial y documentalmente establecido que las etapas mencionadas tuvieron una duración mayor que la contractualmente prevista.

En efecto, el perito Nestor Llano en la respuesta 2.1 del dictamen inicial: 2.1 —respondiendo a la pregunta de si las suspensiones de los Contratos de Concesión Nos. 1 y 2 afectaron los plazos inicialmente establecidos para su desarrollo; y de qué manera resultaron afectados dichos plazos—, sostuvo lo siguiente:

*Si, las suspensiones de los contratos de Concesión afectaron los plazos inicialmente pactados, aumentándolos en la cantidad de días por los que el contrato fue suspendido.*

*Existen dos maneras de evaluar los días por los que fueron suspendidos los contratos.*

*1. Considerando los días contenidos entre las fechas del día de inicio de la primera acta de suspensión y la fecha de terminación de la última acta de suspensión, que para el caso son el 4 de enero de 2008 y el 12 de octubre de 2008, respectivamente. Los días contenidos entre esas dos fechas son 283 días calendario.*

*2. Considerando la sumatoria de los días reales de suspensión en las seis actas de suspensión, estos serían 268 días calendario.*

*En el Anexo No 1 - Cronograma Contractual, se aprecia la cronología y tiempos de las seis actas de suspensión de los contratos.*

*Dejo a consideración del honorable Tribunal de Arbitramento determinar por cuantos días fueron suspendidos los contratos de Concesión, en consideración de los dos conceptos mencionados.*

En cuanto a las demoras correspondientes a la etapa preconstrucción, según la Convocante, se debieron a la incertidumbre existente derivada de la adjudicación del SIUR y a las demoras en la aprobación de los diseños; y respecto de las demoras en la etapa de construcción aduce que se debieron a las mayores cantidades de obra ejecutadas y a las modificaciones de los diseños aprobados por la Fundación de Apoyo a la Universidad del Valle.

De particular importancia en relación con las demoras durante las etapas señaladas resulta ser lo pactado por las partes en las Actas de Suspensión y en los varios Otrosí que éstas suscribieron.

### **Actas de Suspensión**

- a. Acta de suspensión No 1. La incertidumbre en la adjudicación del operador del SIUR. *“Con el fin de mitigar el riesgo en la demora de la implantación del Sistema Mio a cargo de Metrocali y en aras de no afectar el equilibrio en la ecuación contractual como consecuencia de la carencia a la fecha de la fuente de pago del Contrato de Concesión”*.

- b. Acta de suspensión No 2. La Fundación General de Apoyo a la Universidad del Valle - entidad encargada de la Interventoría en la Etapa de Preconstrucción no ha reanudado las labores correspondientes. *“Con el fin de mitigar el riesgo en la demora de la implantación del Sistema MIO a cargo de Metro Cali S.A.”*
- c. Acta de suspensión No 3. La Fundación General de Apoyo a la Universidad del Valle entidad encargada de la Interventoría de la Etapa de Preconstrucción no ha reanudado las labores correspondientes. *“Con el fin de mitigar el riesgo en la demora de la implantación del Sistema MIO a cargo de Metro Cali S.A.”*
- d. Acta de suspensión No 4. La Fundación General de Apoyo a la Universidad del Valle entidad encargada de la Interventoría de la Etapa de Preconstrucción no ha reanudado las labores correspondientes. *“Con el fin de mitigar el riesgo en la demora de la implantación del Sistema MIO a cargo de Metro Cali S.A.”*
- e. Acta de suspensión No 5. La Fundación General de Apoyo a la Universidad del Valle entidad encargada de la Interventoría de la Etapa de Preconstrucción no ha reanudado las labores correspondientes. *“Con el fin de mitigar el riesgo en la demora de la implantación del Sistema MIO a cargo de Metro Cali S.A.”*
- f. Acta de suspensión No 6. Que el 19 de Agosto de 2008, se suscribió acta de terminación y liquidación por mutuo acuerdo entre la Fundación General de Apoyo a la Universidad del Valle y Metro Cali S.A. Que Metro Cali S.A. se encuentra adelantando las gestiones para contratar el interventor que culminará las actividades iniciadas por la Fundación General de Apoyo a la Universidad del Valle. *“Con el fin de mitigar el riesgo en la demora de la implantación del Sistema MIO a cargo de Metro Cali S.A.”*
- g. Acta de suspensión No 7. Que el 14 de Octubre de 2008, dado que el contrato de Interventoría tuvo una ampliación en el plazo de 60 días calendario en la etapa de preconstrucción. Con el fin de culminar los diseños y obtener las aprobaciones correspondientes estipuladas en los contratos de Concesión en su etapa de preconstrucción.

El Tribunal destaca que en la totalidad de las actas de suspensión mencionadas las partes convinieron en forma expresa que las suspensiones acordadas no generaban reconocimiento de costos para ninguna de las partes durante el plazo de suspensión señalado.

Si bien el término total de las suspensiones no cubre la totalidad de la mayor duración de las etapas, dado que las suspensiones convenidas tienen una extensión de 10 meses y 10 días, tales suspensiones aunadas a las prórrogas de los tiempos de ejecución de las etapas de preconstrucción, construcción y reversión y los motivos y finalidades de cada una de las prórrogas, conducen al Tribunal a concluir que no existen elementos contractuales ni probatorios

para acceder a las declaraciones de este grupo de pretensiones relacionadas con una supuesta mayor permanencia.

### **Otrosí**

Los motivos por los cuales se prorrogaron los tiempos de ejecución de los Contratos de Concesión 1 y 2 en los diferentes otrosí fueron los siguientes:

- a. En el otrosí 1 a los contratos, por la demora en la licitación y adjudicación del SIUR.
- b. En el otrosí 2 a los contratos, por la demora en la licitación y adjudicación del SIUR y por las tardías observaciones a los diseños presentadas por los Concesionarios y para que las mismas puedan ser evaluadas por Metro Cali y el interventor.
- c. En el otrosí 3 a los contratos, por las observaciones a los diseños por parte de los Concesionarios de Transporte, de Metro Cali S.A. y de la interventoría los cuales deben ser atendidos por el Concesionario con el objetivo que sean aprobados los diseños definitivos.
- d. En los otrosí 4 a los contratos, por la demora en la adjudicación del SIUR. *“Con el fin de mitigar el riesgo de implantación del Sistema a cargo de Metro Cali S.A”*.
- e. En los otrosí 6 a los contratos, por solicitud de reprogramación de la etapa de construcción por parte del Concesionario, en razón del aumento de cantidades de obra a ejecutar producto de la revisión de diseños por parte de interventoría y de unos ajustes de obra solicitados por Metro Cali.
- f. En los otrosí 7 a los contratos, para atender por parte del Concesionario el listado de acabados y arreglos por ejecutar (posterior al Acta de cierre de construcción) enviado por el Interventor, junto con el listado de arreglos de algunos aspectos técnicos y ambientales enviado por Metro Cali. En estos otrosí se prorroga la “etapa de reversión” de los contratos.

En cuanto al otrosí 5 de los contratos, el Tribunal observa que las partes acordaron sobreponer las etapas de preconstrucción y construcción *“con el fin de minimizar el riesgo de implantación del Sistema MIO y minimizar los retrasos y dilaciones para la puesta en marcha del mismo”*.

El período correspondiente a las prórrogas de los plazos de las etapas introducidas mediante los anteriores Otrosí, contrastadas con el período de las suspensiones convenidas en las Actas de Suspensión, arroja los siguientes resultados:

- Los otrosí 1 a 4 de los Contratos se suscribieron entre el 27 de junio y el 26 de octubre de 2007:

- Otrosí 1 (27 junio 2007), amplía el plazo para acreditar el cierre financiero hasta el 15 de agosto de 2007.
  - Otrosí 2 (19 julio 2007), que prorrogó la etapa de preconstrucción hasta el 28 de septiembre de 2008.
  - Otrosí 3 (18 septiembre 2007), que prorrogó la etapa de preconstrucción hasta el 29 de octubre de 2007.
  - Otrosí 4 (26 octubre 2008), que prorrogó la etapa de preconstrucción hasta el 4 de enero de 2008.
- Con posterioridad a la firma de los otrosí citados, las partes acordaron suspender la etapa de preconstrucción mediante las actas 1 a 7 entre el 26 de diciembre de 2007 y el 14 de octubre de 2008.
- Acta 1(26 diciembre 2007) – 20 hábiles desde el 4 de enero 2008
  - Acta 2 (1 febrero de 2008) – 30 calendario desde 4 de febrero 2008
  - Acta 3 (29 febrero 2008) – 30 calendario desde 4 de marzo 2008
  - Acta 4 (3 abril 2008) – 90 calendario desde 5 de abril 2008
  - Acta 5 (2 julio 2008) – 60 calendario desde 3 de julio 2008
  - Acta 6 (2 septiembre 2008) – 40 calendario desde 3 de agosto 2008
  - Acta 7 (14 octubre 2008) – reinicia 14 octubre de 2008, modifica plazo de preconstrucción 5 meses.
- Seguidamente las partes suscribieron los otrosí 5 a 7 entre el 14 de octubre de 2008 y el 30 de octubre de 2009:
- Otrosí 5: (14 octubre 2008) Sobrepone las etapas de construcción y preconstrucción. La duración máxima de la etapa de construcción será de 8 meses.
  - Otrosí 6: (3 julio 2009) Prorroga la etapa de construcción hasta el 1 de septiembre.
  - Otrosí 7 (30 octubre 2009) Ampliar hasta el 26 de diciembre el plazo de la etapa de Reversión.

Por lo tanto, lo anterior demuestra que las demoras que tuvieron como causa las vicisitudes en la adjudicación del SIUR y el cambio de Interventor, estuvieron cubiertas por Actas de Suspensión en las cuales expresamente se señala la causa para la suspensión.

En dichas Actas de Suspensión Nos. 1, 2, 3, 4, 5 y 6 en forma expresa las partes advierten que las suspensiones acordadas no generaban reconocimiento de costos para ninguna de las partes durante el plazo de suspensión señalado<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> Ing. LLANO (Dictamen inicial, respuesta 2):

Las suspensiones fueron motivadas por:

1. Acta de suspensión No 1. La incertidumbre en la adjudicación del operador del SIUR.
2. Acta de suspensión No 2. La Fundación General de Apoyo a la Universidad del Valle - entidad encargada de la Interventoría en la Etapa de Preconstrucción no ha reanudado las labores correspondientes.

De manera que a las anteriores manifestaciones de que no se generarían derechos a cobrar sobrecostos, se suma la circunstancia de que las afectaciones producidas por la adjudicación del SIUR, cuyas razones ya analizó el Tribunal, no resultaban ser imputables a la Concedente.

En este orden de ideas, no siendo tales razones imputables a la concedente, tampoco las consecuencias derivadas de tales circunstancias pueden imputarse a aquella.

Mucho menos cuando en forma explícita, en el Acta de Suspensión, No. 1 expresamente se consignó respecto de las demoras derivadas de la adjudicación del SIUR, que dicha suspensión no generaría derecho a reconocimiento económico.

En relación con las demoras ocasionadas por las demoras en las aprobaciones de los diseños, cabe señalar adicionalmente que el riesgo de diseño lo asumió el Concesionario, tal como se aprecia en la cláusula 12.1.7 y 12.2. de los Contratos de Concesión 1 y 2.

De manera que la duración de la etapa de diseño constituye un alea que corresponde al Concesionario como consecuencia de haber asumido como obligación que elaboraría los diseños de acuerdo con las indicaciones del Interventor, obligándose a introducir las modificaciones que éste efectuara, y de comprometerse a que el producto final, sin otro acotamiento, sería el aprobado por Metro Cali y el Interventor.

#### CLAUSULA 12 OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO:

12.1.7. Realizar todos los ajustes a los estudios, diseños, y construcciones a que haya lugar, de acuerdo con los análisis y observaciones presentadas por Metro Cali S.A.-El Concedente y/o el interventor con posterioridad a la aprobación de los mismos.

#### **12.2. Obligaciones relacionadas con el Diseño de los Patios y Talleres:**

12.2.1. Realizar todos los diseños y estudios solicitados en los Apéndices del contrato del Patio y Taller denominado Calima-Sameco del Sistema MIO y, si es del caso, proponer modificaciones y/o precisiones, las cuales deberán ser

---

3. Acta de suspensión No 3. La Fundación General de Apoyo a la Universidad del Valle entidad encargada de la Interventoría de la Etapa de Preconstrucción no ha reanudado las labores correspondientes.

4. Acta de suspensión No 4. La Fundación General de Apoyo a la Universidad del Valle entidad encargada de la Interventoría de la Etapa de Preconstrucción no ha reanudado las labores correspondientes.

5. Acta de suspensión No 5. La Fundación General de Apoyo a la Universidad del Valle entidad encargada de la Interventoría de la Etapa de Preconstrucción no ha reanudado las labores correspondientes.

6. Acta de suspensión No 6. Que el 19 de Agosto de 2008, se suscribió acta de terminación y liquidación por mutuo acuerdo entre la Fundación General de Apoyo a la Universidad del Valle y Metro Cali S.A. Que Metro Cali S.A. se encuentra adelantando las gestiones para contratar el interventor que culminará las actividades iniciadas por la Fundación General de Apoyo a la Universidad del Valle.



sometidas a la aprobación de Metro Cali S.A.-El Concedente o sus delegados, agentes o interventores que, en todo caso, deberán encontrarse de conformidad con los parámetros y necesidades del Sistema que para el efecto haya establecido Metro Cali S.A.-El Concedente en los Apéndices del contrato.

12.2.2. Presentar a consideración y aprobación Metro Cali S.A.-El Concedente las modificaciones o ajustes necesarios dentro de la etapa de preconstrucción.

12.2.3. Contratar el personal idóneo requerido para realizar los diseños del proyecto.

Lo anterior resulta equivalente a asumir el riesgo de diseño.

En cuanto a la mayor permanencia durante la etapa de construcción, por causa de mayores cantidades de obra ejecutada y por las modificaciones de los diseños aprobados por la Fundación de Apoyo a la Universidad del Valle, en forma complementaria y sin perjuicio de las restantes consideraciones, el Tribunal se remite a lo expresado en el acápite *“a) grupo de pretensiones relativas a mayores obras y mayores costos”* de este Laudo, como quiera que según lo allí puntualizado, no existe mérito alguno para acceder a las declaraciones de mayor permanencia ni a las condenas consecuenciales de mayores costos y de desequilibrio contractual.

En el aludido capítulo correspondiente a los mayores costos de obra se señalaron con suficiente detalle las consideraciones del Tribunal, cuyo punto de partida es la repartición de riesgos y las previsiones contenidas en la cláusula 4 de los Contratos de Concesión.

De manera concordante, elemento de juicio importante es el Acta No. 7 según la cual durante la etapa de construcción, se concedió un mayor plazo en razón a la obtención de la licencia de construcción, actividad que se encontraba contractualmente a cargo de la Concesionaria.

A este respecto, no solamente obra en contra de las argumentaciones de la Convocante la circunstancia de que el riesgo de construcción fue asumido por ella, sino que la Convocante aceptó como parámetro que la construcción de las obras – al igual que los diseños –, en sus contenidos, estarían supeditadas a las indicaciones y exigencias del interventor hasta que el interventor y Metro Cali los aprobaran.

En síntesis, teniendo en cuenta el contenido de las estipulaciones del contrato y las pruebas recaudadas en el expediente, y no habiéndose acreditado en el proceso los fundamentos fácticos y probatorios alegados por la Convocante para soportar estos grupos de pretensiones que son objeto de análisis en el presente acápite, el Tribunal concluye que no existe mérito para acceder a las pretensiones que versan sobre la mayor permanencia de la obra (pretensión primera, segunda y tercera del grupo de pretensiones I., como tampoco existe mérito para acceder a las pretensiones declarativas del grupo de pretensiones III. Pretensión Declarativa del Desequilibrio Económico o

Ruptura de la Ecuación Financiera del Contrato) lo que conducirá al Tribunal a denegar también la totalidad de las pretensiones de Condena del Grupo VI. de pretensiones.

Refuerza la conclusión que viene de expresarse, la circunstancia de que con la suscripción del Otrosí No. 7 se zanjó por las partes cualquier discusión acerca del reconocimiento económico derivado de los mayores tiempos durante las etapas previas a su suscripción, esto es, preconstrucción, construcción y reversión, tal como se concluye en el acápite “d) Pretensión relativa a la nulidad de la cláusula de no indemnización en el Otrosí 7” del presente laudo.

### **c. Pretensión declarativa de interpretación del contrato.**

El demandante sostiene que el Concesionario no está obligado a la construcción de las vías de acceso a los patios y talleres Calima-Sameco y Puerto Mallarino.

El demandado, por su parte, adujo que como el contratista debía entregar para el funcionamiento idóneo y eficiente del sistema, los patios y talleres, debidamente adecuados, ello “implicaba sus vías de acceso en las condiciones exigidas en los pliegos”.

Corresponde al juez arbitral delimitar las obligaciones del Concesionario en relación con este punto y al efecto es preciso atenerse a lo establecido en el marco contractual correspondiente.

Como lo ha indicado en reiteradas ocasiones la jurisprudencia del Consejo de Estado el contrato<sup>15</sup>, en tanto expresión de la autonomía de la voluntad, se rige por el principio “*lex contractus, pacta sunt servanda*”, (artículo 1602 del Código Civil), habida cuenta que los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales.

Ahora, también tiene definido esa Corporación que tratándose de contratos bilaterales y conmutativos -como son comúnmente los celebrados por la administración-, teniendo en cuenta la correlación de las obligaciones surgidas del contrato y la simetría o equilibrio de prestaciones e intereses que debe guardar y preservarse (arts. 1494, 1495, 1530 y ss. 1551 y ss. Código Civil), la parte que pretende exigir la responsabilidad del otro por una conducta alejada del contenido del título obligacional debe demostrar que, habiendo cumplido por su parte las obligaciones del contrato, su cocontratante no cumplió con las suyas, así como los perjuicios que haya podido sufrir.

---

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 29 de agosto de 2012, rad.050012325000199401059, Exp. 21.315, CP Danilo Rojas Betancourth.

Al respecto, cabe advertir que el Tribunal coincide con la convocante en el hecho de que en relación con el diseño de los patios y talleres tanto el contrato de concesión No. 1 como el contrato de concesión No. 2 en la cláusula 12 relativa a las obligaciones del Concesionario relacionadas con el diseño de los patios y talleres y con la construcción de los mismos, previeron:

Contrato de Concesión No. 1	Contrato de Concesión No. 2
<p>“12.2. Obligaciones relacionadas con el Diseño de los Patios y Talleres:            12.2.1 Realizar todos los diseños y estudios solicitados en los Apéndices del Contrato del Patio y Taller denominado Calima-Sameco de Sistema MIO y, si es del caso, proponer modificaciones y/o precisiones, las cuales deberán ser sometidas a la aprobación de Metro Cali S.A.-El Concedente o sus delegados, agentes o interventores que, en todo caso, deberán encontrarse de conformidad con los parámetros y necesidades del Sistema que para el efecto haya establecido Metro Cali S.A.-El Concedente en los Apéndices del contrato.            12.2.2 Presentar a consideración y aprobación Metro Cali S.A.-El Concedente las modificaciones o ajustes necesarios dentro de la etapa de preconstrucción.            12.2.3 Contratar el personal idóneo requerido para realizar los diseños del proyecto.”</p>	<p>“12.2. Obligaciones relacionadas con el Diseño de los Patios y Talleres:            12.2.1 Realizar todos los diseños y estudios solicitados en los Apéndices del Contrato del Patio y Taller denominado Puerto Mallarino del Sistema MIO y, si es del caso, proponer modificaciones y/o precisiones, las cuales deberán ser sometidas a la aprobación de Metro Cali S.A.-El Concedente o sus delegados, agentes o interventores que, en todo caso, deberán encontrarse de conformidad con los parámetros y necesidades del Sistema que para el efecto haya establecido Metro Cali S.A.-El Concedente en los Apéndices del contrato.            12.2.2 Presentar a consideración y aprobación Metro Cali S.A.-El Concedente las modificaciones o ajustes necesarios dentro de la etapa de preconstrucción.            12.2.3 Contratar el personal idóneo requerido para realizar los diseños del proyecto.”</p>

De la lectura de las estipulaciones transcritas, se tiene que el Concesionario estaba obligado a: (i) Realizar los diseños y estudios solicitados en los apéndices del contrato del Patio-Taller Calima-Sameco del sistema MIO; (ii) Si era del caso, se obligaba también a proponer modificaciones y/o precisiones, las cuales debían ser sometidas a aprobación de Metro Cali S.A. o sus delegados, agentes o interventores que, en todo caso, deberían encontrarse de conformidad con parámetros y necesidades del Sistema que para el efecto haya establecido Metro Cali en los apéndices del contrato; (iii) Presentar a consideración aprobación de Metro Cali SA las modificaciones o ajustes

necesarios durante la etapa de preconstrucción y (iii) Contratar el personal idóneo para realizar los diseños del proyecto.

De modo que no estaba prevista la obligación de construir las vías de acceso a los patios y talleres Calima-Sameco y Puerto Mallarino.

En consonancia con lo estipulado en los dos contratos, se advierte que además tampoco se revela obligación en ese sentido de lo previsto en el apéndice 4, numerales 5.3 y 5.4 del contrato-condiciones de elaboración de estudios y diseños.

En efecto, en el citado apéndice 4º, numeral 5.3 se prevé en forma diáfana el alcance del contenido obligacional en cabeza del Concesionario en relación con el punto que ahora se debate, esto es, la ejecución de las denominadas vías de acceso:

*“El objetivo general del estudio de Tránsito es el de diseñar funcional y operativamente los accesos y salidas de Los Patios y Talleres, la resolución de puntos de conflicto, proponer alternativas geométricas y evaluación de las mismas, en concordancia con las determinaciones establecidas en el diseño operacional del SITM, del Plan Vial y del Plan Ordenamiento Territorial del Municipio de Santiago de Cali, en función de las demandas de tránsito de ésta y las vías que conforman su área de influencia directa y circunvecina de manera que garantice el mejoramiento de los niveles de servicio de la red involucrada, facilite la movilidad de los usuarios y favorezca la accesibilidad a las zonas aledañas, considerando la importancia de los diferentes modos de transporte, la morfología urbana y los usos asignados a los diferentes sectores de la ciudad.”*

Del texto antes transcrito, se tiene que el objetivo general del estudio de tránsito no era otro que diseñar “funcional y operativamente los accesos y salidas de Los Patios y Talleres”, lo mismo que proponer alternativas geométricas y evaluación de las mismas, en concordancia con las determinaciones establecidas en el diseño operacional del SITM, del Plan Vial y del Plan Licitación. Asimismo se previó dentro del objeto, diseñar los accesos y salidas de Los Patios y Talleres, sobre las áreas de influencia operacional.

Como resultado de los análisis realizados, dentro del objeto del estudio se dispuso que había que proponer planes eficientes de circulación zonal en las áreas de influencia directa del proyecto involucrando las entidades que manejaran volúmenes importantes de vehículos y peatones, como las de salud y educativas.

Igualmente se previó dentro de ese objetivo general, la definición de soluciones a los pasos peatonales, localización y tipo de solución (señalización, semaforización o paso a desnivel).

En la misma línea los numerales 5.4.1, relativo al diseño geométrico vial; 5.5.1.2 referente al alcance de los estudios de suelo y geotécnicos para los diseños de estructuras de pavimentos, 5.8 concerniente a los aspectos arquitectónicos, son coincidentes en prever el alcance limitado de la obligación del Concesionario en relación con la intervención de las vías de acceso.

Obligación que se contraía a diseñar la geometría detallada del proyecto para las vías de circulación interior y las vías externas y perimetrales de los Patios y Talleres. Obligación limitada a los estudios, simulaciones y análisis de que trata el Apéndice 4.

En efecto, los mencionados numerales disponen, respectivamente, lo siguiente:

*“5.4.1 “El Concesionario debe desarrollar la investigación de la información existente, la evaluación, la verificación y elaboración de los estudios y diseños propios de las alternativas para el trazado de las vías, todo esto haciendo énfasis en la funcionalidad vial y el diseño operacional del SISTEMA INEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO. (...)”*

*El diseño geométrico definitivo de los Patios y Talleres deberá contener todos los detalles necesarios para su funcionamiento, como vías de acceso y vías internas, áreas de estacionamiento, carriles, de aceleración y desaceleración, bahías de parqueo, paraderos de buses, giros derechos e izquierdos, radios mínimos de giro que garanticen una velocidad de operación tal que no se generen represamientos de circulación, espacios para la adecuada dotación de los elementos de mantenimiento preventivo y correctivo, etc.”*

*5.5.1.2 “Los estudios de suelos y geotécnicos para el diseño de estructuras de pavimento se efectuarán para las vías de acceso, vías internas, zonas de maniobras y vías perimetrales de Los Patios y Talleres.”*

*5.8 “La solución estructural deberá concordar con el concepto arquitectónico de los elementos. Dentro del Diseño Arquitectónico de los Patios y Talleres el Concesionario deberá tener en cuenta los parámetros definidos en el Apéndice No. 7 Arquitectura y Paisajismo:*

*Los Patios y Talleres debe ser diseñada en función de su proyección al exterior, haciendo uso de materiales de excelente calidad estructural y estética, y de todos los instrumentos que lleven a un resultado de excelente calidad arquitectónica, urbanística y ambiental.*

*Las áreas funcionales de Los Patios y Talleres deberán contar con los espacios necesarios y las instalaciones eléctricas y ductos para la Implementación de Sistemas de voz, datos, video y sonido.*

*En las especificaciones de construcción se debe tener en cuenta que para todos los ítems relacionados con acabados en concreto las formaletas deben ser metálicas para que garanticen un perfecto acabado.”*

En concordancia con lo anterior, el Apéndice 2 de las Condiciones Generales, en su apartado 6º relativo a las “Especificaciones particulares”, previó en el numeral 3.6.1.1.1:

*“3.6.1.1.1 Vías de Acceso. Las vías de acceso incluyen los carriles de entrada y salida de los Patios y Talleres. Estas deberán estar diseñadas, desde el punto de vista geométrico (planimetría y altimetría) y estructural (estructura de pavimentos), e incluso en lo que concierne a las redes de servicios públicos respectivas, iluminación, drenajes y demás aspectos que se consideren.*

*La zona de acceso deberá ser diseñada de tal manera que la entrada de buses a los Patios y Talleres sea lo más eficiente posible y no entorpezca la operación del sistema ni el tráfico mixto.”*

De modo que este documento contractual ratifica que la obligación del Concesionario se limitaba a diseñar las vías de acceso desde el punto de vista geométrico y estructural.

De hecho, las obligaciones de construcción contraídas por el Concesionario se refieren exclusivamente a los Patios y Talleres y no a las vías de acceso. Conclusión que se deriva directamente del objeto de los contratos, en el cual las partes acordaron lo siguiente:

Contrato de Concesión N°1	Contrato de Concesión N°2
<p><i>Cláusula 1 “El presente contrato tiene por objeto otorgar en Concesión por parte de Metro Cali S.A.-El Concedente al CONCESIONARIO la adquisición, diseño, construcción, explotación y entrega a plena satisfacción de Metro Cali S.A.-El Concedente del Patio y Taller denominado CALIMA-SAMECO del Sistema MIO del Municipio de Santiago de Cali y su área de influencia; actividades que EL CONCESIONARIO deberá desarrollar por su cuenta y riesgo y bajo el control y vigilancia de Metro Cali S.A.-El Concedente mediante el pago de una contraprestación consistente en un valor licitado por cada uno de los viajes que constituyen pago y que son efectivamente realizados por los usuarios del Sistema MIO. Conforme a la propuesta presentada por el Concesionario.”</i></p>	<p><i>Cláusula 1 “El presente contrato tiene por objeto otorgar en Concesión por parte de Metro Cali S.A.-El Concedente al CONCESIONARIO la adquisición, diseño, construcción, explotación y entrega a plena satisfacción de Metro Cali S.A.-El Concedente del Patio y Taller denominado PUERTO MALLARINO del Sistema MIO del Municipio de Santiago de Cali y su área de influencia; actividades que EL CONCESIONARIO deberá desarrollar por su cuenta y riesgo y bajo el control y vigilancia de Metro Cali S.A.-El Concedente mediante el pago de una contraprestación consistente en un valor licitado por cada uno de los viajes que constituyen pago y que son efectivamente realizados por los usuarios del Sistema MIO. Conforme a la propuesta presentada por el Concesionario.”</i></p>

De lo anterior se deriva que las obligaciones del Concesionario estaban dirigidas específicamente a la adquisición, diseño, construcción, explotación y

entrega de los Patios y Talleres Calima-Sameco y Puerto Mallarino. Y si nos remitimos a la definición de Patio y Taller incluida en los contratos, queda claro que en ésta no se incluyen vías de acceso. En efecto, en el numeral 1.35 de los Contratos de Concesión 1 y 2, las partes acordaron que:

*“Es la infraestructura dotada de instalaciones eléctricas, hidráulicas y sanitarias y que está conformada por áreas de uso exclusivo para la flota en la cual se encuentran ubicadas las áreas de Soporte técnico, áreas de soporte tecnológico, área de parqueo y circulación de los autobuses del Sistema MIO, área para disposición de equipos de prueba y laboratorio, área para la instalación de la antena de la red inalámbrica, garitas de seguridad y las demás que sean necesarias para el adecuado funcionamiento del Patio Taller.”*

A la misma conclusión se llega según lo previsto en diferentes disposiciones del contrato a partir de las cuales queda claro que al Concesionario sólo le era exigible la ejecución de las actividades necesarias para la construcción de los Patios y Talleres.

Así, por ejemplo, frente a las obligaciones relacionadas con la Construcción de los Patios y Talleres, la cláusula 12.3.1 de los Contratos de Concesión N°1 y N°2, establece que el Concesionario deberá adelantar las Obras de Construcción de acuerdo con el diseño aprobado para el Patio y Taller Calima-Sameco del Sistema MIO, y para el Patio y Taller Puerto Mallarino del Sistema MIO, de conformidad con lo establecido en el contrato y sus anexos. Y en el numeral 1.34 de la Parte I de los Contratos de Concesión N°1 y N°2, las partes definieron “Obras de Construcción” como “aquellas requeridas para la construcción y completa adecuación de los Patios y Talleres para la operación del Sistema MIO, que se ejecutarán durante la etapa de construcción.” Luego no puede pretender la entidad Concedente que las Obras de Construcción o las obligaciones que en este aspecto asumió el Concesionario, tuvieran un alcance mayor e implícito al acordado expresamente en el contrato.

Y tampoco puede hacerlo porque la naturaleza jurídica de las vías de acceso, como bienes públicos, no les permite ser objeto de reversión, obligación que le es exigible al Concesionario y que sólo puede cumplir respecto de bienes de naturaleza privada, pues revertir un bien público a una entidad pública es una clara contradicción.

Es más, las partes identificaron plenamente los bienes que deberán ser revertidos al finalizar la Etapa de Construcción y en ellos no se incluyen las vías de acceso. Al respecto dispone la cláusula 50.1 de los Contratos N°1 y N°2 que deberán ser revertidos los bienes inmuebles que constituyan el patio y taller Calima-Sameco y aquellos que constituyan el patio y taller Puerto Mallarino, adquiridos por el Concesionario para la ejecución de las Obras de Construcción, y los bienes que se hayan incorporado a los mismos como inmuebles por adhesión y por destinación permanente.

De lo anterior se deriva que las obligaciones de construcción que asumió el Concesionario se referían específicamente a los Patios y Talleres y, en consecuencia, no puede alegarse el incumplimiento de éste con fundamento en una obligación que no le era exigible. Conclusión que se reafirma al constatar que la entidad Concedente no hizo uso del régimen sancionatorio acordado, pues nunca impuso una multa al Concesionario por un supuesto incumplimiento, como es su atribución en virtud de lo dispuesto en la cláusula 69 de los Contratos de Concesión. Así, considerando que a la entidad Concedente le corresponde verificar “el cumplimiento de la totalidad de requisitos, obligaciones y responsabilidades exigibles a EL CONCESIONARIO”, y que durante el tiempo de ejecución de los contratos nunca le impuso una sola multa, no se entiende cómo ahora pretende alegar un supuesto incumplimiento.

Por otra parte, se destaca que dentro del proceso licitatorio que dio origen a los contratos de concesión *sub lite*, uno de los proponentes el 9 de noviembre de 2006 solicitó a la futura entidad Concedente que definiera el alcance de la intervención de las vías de acceso, y esta de manera clara y contundente puso de presente que:

*“No es responsabilidad del Concesionario de Patios y Talleres intervenir vías del SITM ya que estas están incluidas en otras licitaciones paralelas a la de Concesión de Patios y Talleres. Todas las conexiones que estén por fuera de las vías S.I.T.M y sean necesarias para acceder al Patio y Taller deben ser construidas por el Concesionario del Patio y Taller. Estas deben ser incluidas en su análisis financiero si es del caso. Si se trata de una vía nacional que cumple con las especificaciones no es responsabilidad del Concesionario de Patios y Talleres realizar intervenciones sobre la misma.”*

De manera que la propia entidad licitante dejó en claro desde el mismo proceso de selección que “no era responsabilidad del Concesionario de Patios y Talleres intervenir vías del SITM” y además adujo como razón el que estas vías estaban “incluidas en otras licitaciones paralelas a la Concesión de Patios y Talleres”. En adición también puso de presente ese 9 de noviembre de 2006 que “[s]i se trata de una vía nacional que cumple con las especificaciones no es responsabilidad del Concesionario (...) realizar intervenciones sobre la misma”. De modo que desde el proceso mismo de selección de Concesionario la entidad estatal excluyó la intervención de vías nacionales a cargo del Concesionario.

Ahora, en relación con el cabal cumplimiento de la obligación a cargo del Concesionario de proponer alternativas y soluciones, la entidad Concedente en comunicación DT-E-001-08 afirmó de manera contundente que:

*“Las obligaciones de proponer alternativas y soluciones, han sido cumplidas cabalmente por el Concesionario y fueron debidamente presentadas haciendo las recomendaciones técnicas y de construcción”.*



Las cuatro alternativas presentadas por el Concesionario, esto es, (i) incorporar a la autopista mediante un semáforo, (ii) incorporación a la autopista mediante un cruce semaforizado, (iii) ingreso a desnivel y (iv) incorporación protegida a la vía, aparecen consignadas en el oficio CCM-E-422-2008 de 10 de enero de 2008 suscrito por el Representante Legal del Concesionario.

De modo que el contrato y sus antecedentes delimitaron el alcance de la obligación del Concesionario en punto de la ejecución de las llamadas vías de acceso de los patios (entradas y salidas de los mismos) y su alcance no puede extenderse a las vías que hagan parte del sistema nacional o municipal y fue delimitado expresamente a la sola elaboración del diseño por parte del Concesionario.

En otros términos, de conformidad con lo previsto en el pliego, en el contrato y las otras piezas contractuales (en particular los anexos citados) se tiene que el Concesionario cumplió a cabalidad con la obligación de diseñar las vías de acceso a su cargo, así como su obligación de proponer alternativas y soluciones. Interpretar que el Concesionario debía intervenir vías del orden nacional o local no explícitamente definidas por Metro Cali, supone desconocer no sólo lo estipulado en los contratos de concesión N° 1 y 2, sino también lo previsto en los pliegos y en lo definido en las audiencias aclaratorias correspondientes dentro del proceso de selección, todo lo cual riñe con la fuerza obligatoria de lo acordado, principal efecto de los contratos.

En efecto, si todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, como expresa el citado artículo 1602 del C.C., esto es, que mediante su celebración las partes, como advierte el profesor Ricardo Uribe Holguín, crean su propia ley que regirá sus relaciones recíprocas en un determinado negocio jurídico, esta ley, que ha de interpretarse en consonancia con lo previsto en la misma línea en los pliegos y los anexos ya referidos, “no puede ser abolida sino por mutuo disenso, esto es, por el concurso de las voluntades que se crearon”, circunstancia que no se configura en el caso que se debate.

Y por ello, el intérprete, en este caso en sede judicial arbitral, debe encontrar la significación y el alcance de las normas que en él se contienen, a fin de dar al acuerdo toda la eficacia que sea capaz de tener, sin contrariar ni alterar la voluntad de las partes<sup>16</sup>. Intención de los contratantes (art. 1618 C.C.), que se revela no sólo de la expresión objetiva contenida en el texto del acuerdo, sino de su intención subjetiva que revelan las otras piezas contractuales enunciadas.

---

<sup>16</sup> Uribe Holguín, Ricardo, *De las obligaciones y del contrato en general*, Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1980, pp. 327 y 340.

De ahí que no pueda ampliarse o extenderse, sin infringir lo acordado por las partes y lo que se determinó en los pliegos y los anexos, obligación alguna en cabeza del Concesionario para que éste realice intervenciones en vías del orden nacional o local, que no hayan sido expresamente definidas por la entidad Concedente.

Es claro, entonces, que la conducta desplegada por el Concesionario se sujetó no sólo a lo exigido en los contratos correspondientes sino que además se ajustó en un todo a lo previsto en los pliegos de condiciones.

No es menester adelantar complejos ejercicios hermenéuticos sino que basta con ajustarse a los documentos arriba referidos para desentrañar el sentido de los mismos, ya que como recientemente señaló el Consejo de Estado, “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”<sup>17</sup>.

Y si bien, como advierte esa Corporación, el artículo 1618 del C.C. establece que la intención de los contratantes prevalece sobre el sentido gramatical, no es menos cierto 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 claramente y que se acredite en el proceso judicial, que su intención era diferente a la que aparece en el texto”.

No se trata, en modo alguno de limitarse a una lectura textual que agote el proceso hermenéutico en el texto, pero sí con este proceder se reivindica como el proceso interpretativo no puede tampoco alejarse de lo que las palabras revelan. Sentido que, por cierto, refleja la intención final de las partes, que a juicio del Tribunal en este aspecto resulta suficiente. En el *sub examine* se tiene que, en materias de vías de acceso, tanto los pliegos como los contratos mismos siempre aludieron a “diseño”.

Además, acudiendo a una interpretación sistemática o coherente, esto es, que ponga en correlación los distintos documentos contractuales antes referidos como manifestación de la intención de las partes y su referencia común a un mismo sentir, permite llegar a la misma conclusión. En efecto, correlacionando el significado del todo con las partes (Contratos, pliegos de condiciones y sus respectivas aclaraciones)<sup>18</sup> e interpretados correlativamente sin aislarlos o separarlos del conjunto, desemboca en la

---

<sup>17</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 29 de agosto de 2012, rad. 25000232600019970380801 01, exp. 21077, CP Danilo Rojas Betancourth.

<sup>18</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de febrero de 2012, expediente n.º 40.124, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

misma inferencia interpretativa a la que se llega de su lectura meramente textual.

De manera que no pudiendo el fallador desapegarse de la claridad de todos y cada uno de los documentos negociales, en especial de las mismas razones esbozadas en el proceso de confección del negocio jurídico por la propia entidad Concedente, es lógico concluir que la obligación del Concesionario se limitaba tan solo al diseño y no puede hacerse extensiva, aunque puedan esgrimirse razones “lógicas” a su correspondiente construcción.

O lo que es igual, ni los pliegos, ni los demás documentos contractuales incluyeron obligación alguna por parte del Concesionario en punto de construir intersecciones vehiculares, sino tan sólo la obligación de diseñar las intersecciones vehiculares. Y no puede afirmarse, como lo indicó el accionado que como el contratista debía entregar para el funcionamiento idóneo y eficiente del sistema, los patios y talleres, debidamente adecuados, ello “implicaba sus vías de acceso en las condiciones exigidas en los pliegos”. Lo que da tanto como afirmar que el Concesionario cumplía, como en efecto lo hizo, lo pactado al diseñar y no construir las vías de acceso.

De modo que si bien varios testigos (Juan Carlos Orobio, 27 de septiembre de 2011, acta No.9, p. 5; Enrique Villota, 29 de octubre de 2012, p. 2 y 3; Diana Mercedes Holguín Palacios, 28 de septiembre de 2011, p. 10; Ingeniero Javier Flechas, 27 de septiembre de 2011, Acta No. 9, p. 14) dan a entender que hubo incumplimiento en este punto, lo cierto es que sus conclusiones no aportan mayor elemento de juicio al fallador para determinar si ello tuvo lugar o no, pues se centran en la interpretación del clausulado obligacional, asunto que compete definir a este Tribunal de manera exclusiva.

Ahora, si bien el artículo 1603 del CC, aplicable por remisión expresa de los artículos 13, 23 y 40 de la Ley 80 a la contratación estatal<sup>19</sup>, dispone que los contratos deben ser ejecutados 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 ley le pertenecen a ella sin cláusula especial, no puede afirmarse que justamente de la naturaleza del contenido obligacional se desprenda, como pretende el convocado y demandante en reconvención, que las obligaciones del Concesionario iban

---

<sup>19</sup> De conformidad con la cláusula 2 de los Contratos de Concesión N°1 y 2, la relación contractual establecida entre Metro Cali S.A.-El Concedente y el Concesionario estará sometida “a las disposiciones, reglas y principios que rigen los contratos celebrados por entidades públicas, particularmente en aquellos aspectos que se encuentran expresamente regulados por la Ley 80 de 1993 aplicables al Contrato de Concesión, y las demás normas que la sustituyan, desarrollan o reglamenten. En los demás aspectos se regirá por las normas del derecho privado en los términos previstos en le (sic) Artículo 13 de la Ley 80 de 1993.” (Se subraya). En el mismo sentido, en la cláusula 8 de los Contratos de Concesión N°1 y 2, se acordó que el mismo “se regirá por lo regulado en la Ley 80 de 1993, las normas y decretos que la adicionen, la modifiquen o reformen o disposiciones que hagan sus veces y por lo previsto en las demás normas concordantes que resulten aplicables y en lo no previsto, por las normas comerciales y civiles vigentes en la República de Colombia.” (Se subraya).

más allá del diseño y la formulación de alternativas para desembocar en su efectiva construcción. Una interpretación en este sentido, repetimos, contradice la intención de las partes que aparece nítidamente revelada en las piezas contractuales ya aludidas.

En tal virtud, se advierte que el Concesionario cumplió con el objeto contractual, teniendo en cuenta que la administración recibió el trabajo en la oportunidad debida y que no hizo requerimiento alguno, ni tampoco manifestación de inconformidad en relación con la pretendida construcción del intercambio semafórico, necesario para el acceso al patio correspondiente.

Se accederá, en este sentido, a lo pretendido por la parte convocante.

**d) Pretensión relativa a la nulidad de la cláusula de no indemnización en el Otrosí 7.**

La disposición contractual demandada es la cláusula segunda de los Otrosí 7 a los Contratos de Concesión No. 1 y 2 firmados el 30 de octubre de 2009 en la ciudad Santiago de Cali. La cláusula en cuestión modificó la cláusula 48 — denominada “Etapa de Reversión de los Bienes”— de los contratos de Concesión 1 y 2. Allí se dispuso textualmente lo siguiente:

*«Al finalizar la Etapa de Construcción, y hasta el 26 de diciembre de 2009 el CONCESIONARIO deberá revertir a Metro Cali S.A.—El Concedente el Patio Taller por el adquirido adscrito a la concesión y construido en virtud del presente contrato, incluyendo los inmuebles por adhesión o por destinación permanente, sin lugar o derecho alguno a indemnización o compensación por este concepto, adicional o diferente de la contraprestación establecida en este contrato.» (la subraya es ajena al texto)*

En la demanda se formuló la siguiente pretensión principal:

*«DECLARAR que el aparte “sin lugar o derecho alguno a indemnización o compensación por este concepto, adicional o diferente de la contraprestación establecida en este contrato” de la CLAUSULA SEGUNDA del Otrosí 7 de los Contratos de Concesión No. 1 y 2 es ilegal e inconstitucional y por tanto abusiva por cuanto Metro Cali S.A. generó la renuncia de los derechos económicos del Concesionario.»*

Así mismo, como pretensión subsidiaria se solicitó:

*«DECLARAR la nulidad absoluta» del aparte subrayado de la cláusula».*

Para respaldar sus pretensiones el actor, en escrito de Reforma a la Demanda Arbitral, sostiene, sobre la base del numeral 2º del art. 44 de Ley 80 de 1993, que la cláusula demandada desconoce el mandato de la “igualdad de la ecuación contractual” del art. 27 Ley 80 citada y la buena fe del art. 1603 del

Código Civil. En este orden sostiene que la disposición acusada es el resultado del ejercicio de un “abuso de posición dominante contractual”, materializado en la imposición de una “cláusula abusiva” que fuerza al concesionario a la renuncia de sus derechos económicos contractuales, toda vez que desconoce los sobrecostos administrativos y financieros en que incurrió el concesionario en la etapa de reversión. Todo lo anterior, afirma constriñe al concesionario a la renuncia de un derecho de carácter legal contractual, cual es el reconocimiento de una compensación económica e indemnización durante la etapa de reversión del contrato.

Para complementar su argumentación, en los alegatos de conclusión el demandante afirma que la cláusula en cuestión vulnera la indemnización integral —prevista en los artículos 1613 y 1614 del Código Civil y el art. 16 de la Ley 446 de 1998— y los principios de acceso a la justicia y el debido proceso. Además manifiesta que el principio de equilibrio económico (de los arts. 4, 5 y 27 de la Ley 80 de 1993) es fundamental en la contratación administrativa, y por ello irrenunciable. Finaliza diciendo que la cláusula en cuestión fue fijada de forma unilateral por Metro Cali S.A. en la minuta del contrato, y que el hecho que Cali Mio la suscribiera no significa en forma alguna una aceptación tácita de esa disposición contractual, máxime cuando ello contraría los principios y reglas básicas del derecho en Colombia.

Por su parte el demandado se “opone” a la pretensión declarativa de nulidad de la cláusula de los Otrosí 7, sobre el entendido que la misma se ajusta a la ley y no genera renuncia alguna a los derechos económicos del concesionario, toda vez que la cláusula es el resultado de un libre acuerdo de voluntades en donde se hace una simple precisión de la remuneración pactada en los contratos. Además precisa que la gratuidad en la reversión de los contratos de concesión hace parte de la esencia de este tipo contractual.

En los alegatos de conclusión el demandado complementa su defensa a la legalidad de la cláusula sobre los siguientes argumentos. Como primera medida, el actor no precisa con claridad cuál fue la expresa prohibición legal que resultó desconocida por la incorporación de la cláusula, y además de ello, pasa por alto que el art. 27 de la Ley 80 de 1993 no consagra expresamente prohibición alguna, desconociendo de esta manera los requisitos fijados por el Consejo de Estado para hacer aplicable el art. 44.2 de la Ley 80 de 1993. En segunda instancia, según el actor la cláusula esta viciada de nulidad absoluta por la presencia de fuerza, no obstante, el vicio de la voluntad invocado no genera “per se” nulidad absoluta, sino relativa, la cual ha debido ser objeto de petición especial de parte. Seguidamente el actor recurre a la figura del abuso de la posición dominante contractual, pero pese a sus esfuerzos por citar jurisprudencia y doctrina sobre la materia, lo cierto es que no consigue explicar cuál es el nexo causal entre el abuso de la posición dominante y la violación al régimen legal y constitucional de prohibiciones. Por último, el demandado pone de presente que la gratuidad

en la reversión, tal y como se pacto en la cláusula, no es más que la aplicación del art. 19 de la Ley 80 de 1993, norma que se encuentra ajustada a la Constitución.

Observa el Tribunal que el actor cuestiona la validez de la disposición contractual por considerar que es una cláusula abusiva que fuerza al demandante a la renuncia de sus derechos económicos, y además, viola una disposición normativa de carácter superior. Este Tribunal pasará a examinar cada uno de los elementos mencionados, no sin antes advertir y recordar que es el demandante quién tiene la carga de la prueba de sus pretensiones y afirmaciones (art. 117 del C.P.C.).

Con fundamento en los argumentos expuestos por las partes, y las pruebas aportadas al proceso, el Tribunal no encuentra demostrado la presencia de algún vicio de la voluntad —error, fuerza o dolo—, lesión enorme, objeto o causa ilícita, falta de plenitud en alguna forma solemne o incapacidad alguna al momento de suscribir el Otrosí 7 de los contratos. De la misma manera, el Tribunal encuentra que la cláusula bajo examen no contraviene prohibición constitucional o legal alguna, ni tipifica una cláusula que pueda calificarse como abusiva.

De una lectura conjunta de las declaraciones y acuerdos de las partes en los otrosí en cuestión, se evidencia que, a diferencia de lo que sostiene el actor, el acuerdo de voluntades está libre de cualquier presión física o moral ejercida sobre el concesionario para prestar su consentimiento. Más aún, se encuentra que el concesionario al momento de firmar los Otrosí (el 30 de octubre de 2009), que refrendaba lo ya pactado en los contratos originales respecto a la no indemnización en la etapa de reversión del contrato, estaba en mejores condiciones de conocer los costos finales y reales de la reversión de los patio-talleres construidos. Y además, encuentra también relevante para esta decisión el hecho que Cali Mio no hubiere expresado su inconformidad con la cláusula cuestionada sino hasta la demanda.

Así mismo, este Tribunal considera que al demandado le asiste la razón cuando afirma que la disposición contractual demandada no contraviene prohibición constitucional o legal alguna en la medida que el art. 27 de la Ley 80 de 1993 (norma invocada por el actor) no consagra expresamente una prohibición legal.

No se estima tampoco que la cláusula demandada contraríe la buena fe<sup>20</sup>, ni cobije una situación que pueda encuadrarse dentro del abuso del derecho<sup>21</sup>,

---

<sup>20</sup> Toda cláusula que pueda calificarse como abusiva debe revisarse a la luz de la buena fe, pues es a partir de este postulado que será posible mantener el equilibrio contractual y controlar el poder efectivo de una de las partes. (Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 27 de marzo de 1998, M.P.: José Fernando Ramírez Gómez.

en la medida que no es una disposición contractual que conduzca a un desequilibrio manifiesto entre los derechos y las obligaciones de las partes, tal y como se precisará en seguida, de allí que la cláusula no se puede enmarcar dentro de las denominadas cláusulas abusivas.

Por todo lo anterior el Tribunal desestima la pretensión del actor y confirma la validez de la cláusula demandada.

Consiguientemente con la conclusión expuesta, que ratifica la validez de la cláusula segunda de los Otrosí 7 a los Contratos de Concesión No. 1 y 2, el Tribunal considera necesario abordar desde la perspectiva de sus alcances jurídicos la cláusula segunda de los Otrosí 7 de los contratos, con el fin de determinar si la misma comporta o no una “renuncia” que revista el carácter de transacción de los derechos económicos contractuales del concesionario en la etapa de reversión de los contratos, tal y como lo ha sostenido en la reforma de la demanda la misma parte demandante.

Sobre el particular, este Tribunal encuentra que según el texto de la cláusula segunda del Otrosí 7, las partes acordaron al momento de suscribirlo que la reversión o entrega a la entidad Contratante del objeto contratado, cumplidas las prestaciones por parte del Contratista, se hará sin que éste último tenga derecho a compensación o indemnización o derechos adicionales a la remuneración originalmente pactada en los Contratos 1 y 2 de concesión.

Por consiguiente, es del texto de las Cláusulas citadas de los Otrosí y del momento en que los mismos son suscritos, que surge la necesidad para el Tribunal de preguntarse si el mismo contiene una renuncia del Contratista a reclamar.

A efectos de resolver esta inquietud, el Tribunal observa que para el 30 de octubre de 2009, fecha en que se suscribe la cláusula en estudio, las actividades propias de la etapa de pre-construcción habían concluido como quiera que se encuentra probado que finalizaron el 17 de junio de 2009<sup>22</sup>. Así mismo, para esa fecha las actividades de construcción se encontraban en proceso de terminación. De manera que para el tiempo de la firma del Otrosí

---

<sup>21</sup> El régimen jurídico del abuso del derecho puede ser extraído de normas como el art. 95 de la Constitución Política —cuando sostiene que son deberes de la persona y del ciudadano “respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”—, y el art. 830 del Código de Comercio —“el que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”—. En función de estas normas y del desarrollo jurisprudencial de la materia, una reconocida opinión doctrinal en nuestro país sostiene que habrá abuso de un derecho cuando éste sea contrario a un principio general del derecho, o mejor aún, contrario a los valores y principios constitucionales, tales como la buena fe y la solidaridad, independientemente de la presencia de culpa o negligencia. (Cfr. RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante. Segunda edición, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pp. 75-77). Una aplicación específica de esta interpretación puede verse en: Corte Constitucional. Sentencia T-411 del 4 de junio de 1999, M.P. Fabio Morón Díaz.

<sup>22</sup> Como se puede verificar de las Actas de Cierre de la Etapa de Preconstrucción firmado entre las partes el 17 de junio de 2009 para los Contratos 1 y 2, debidamente verificadas en el expediente.

7 de los contratos, dado el estado de ambas etapas, los sobrecostos por mayor permanencia en la etapa de pre-construcción y los sobrecostos por mayores cantidades de obra realizada en la etapa de construcción alegados en este proceso por la parte demandante, debían ser ya conocidos por ésta.

Igual acontece con la reclamación por desequilibrio económico del contrato por causa de la alegada demora en la entrada en operación del sistema SIUR y del Sistema de Transporte Masivo MIO, puesto que para la fecha de firma del Otrosí, era ya conocido el momento de entrada en funcionamiento del sistema en su fase 1 (fecha) y era posible conocer el estado de avance de las obras necesarias para la implementación del sistema completo (fase 2), y no obstante todo ello, el Contratista suscribe el texto en cuestión, sin hacer reserva alguna.

Debe recordarse que los requisitos para que una renuncia o manifestación proceda válidamente (art. 2469 C.C. y Ley 80 de 1993, art. 25, num. 5, último inciso) se requiere bien que al Contratista no le asistan razones o motivos para reclamar compensaciones o indemnizaciones, y que así lo exprese en el texto que constituiría la manifestación de “renuncia”, caso en el cual la renuncia se asimila a una manifestación de paz y salvo; o la otra posibilidad es que existiendo los motivos para reclamar compensaciones o indemnizaciones, y estando estos determinados, sean objeto de transacción, entendida como la mutua concesión de las partes contratantes para zanjar o precaver un litigio.

*«(...) la transacción es un arreglo amigable de un conflicto surgido entre las partes, que esté pendiente de decisión judicial o que no haya sido sometido aún a ella, por medio de concesiones recíprocas, pues no hay transacción si una de las partes se limita a renunciar sus derechos y la otra a imponer los suyos. Por eso, puede ser definida la transacción como un negocio jurídico por el cual las partes terminan una contienda nacida o previenen una por nacer, haciéndose concesiones recíprocas.»*

*«(...) el Consejo de Estado, con base en la normativa civil, ha considerado que la transacción es un contrato y no ha dudado en la procedencia de las transacciones bajo el imperio de las normas civiles por parte de entidades estatales, con la sola diferencia de que en materia de contratación estatal el contrato es solemne y no consensual, lo que implica que la ausencia del documento escrito conlleva a que se miren como no celebrados; además debe ser suscrito por quien tenga la representación legal de la entidad, quien es el único que tiene la competencia para vincularla contractualmente y debe cumplir con las formalidades previstas en la ley para su procedencia, entre ellas la autorizaciones de ley.»<sup>23</sup>*

Así, de conformidad con las disposiciones del Título XXXIX del Código Civil y las precisiones que al respecto ha hecho el Consejo de Estado en tratándose

---

<sup>23</sup> Sentencia del 28 de febrero de 2011, Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio, Radicación número: 25000-23-26-000-2003-00349-01(28281).



de contratos estatales, para que la transacción proceda es menester que: haya capacidad de obligarse o transigir, que integre todos los demás elementos de un negocio jurídico válidamente celebrado (objeto y causa lícitos, consentimiento exento de vicios -arts. 2476 a 2479 C.C.-, no contrariar las normas imperativas o el orden público o las buenas costumbres), que la materia sea susceptible de ser transigida, que verse sobre derechos e intereses de contenido particular, crediticio o personal, con una proyección patrimonial o económica, que sobre lo que recae sea un perjuicio ocurrido y conocido (no futuro) definido de forma clara y precisa, y que sea por escrito.<sup>24</sup>

El Tribunal observa que todos los requisitos antes mencionados se encuentran presentes en la cláusula bajo examen.

En razón de lo anterior este Tribunal encuentra que al convenir esta cláusula en el momento en que la misma es suscrita, la parte Convocante transigió las reclamaciones de contenido económico derivadas de la reversión del bien contratado, esto es, de acuerdo con las estipulaciones contractuales correspondientes, todas aquellas que tenían origen en las etapas antecedentes (preconstrucción, construcción y reversión) y confirmó la transacción de aquellas que mediante las Actas de Suspensión Nos. 1, 2, 3, 4, 5 y 6, había manifestado que no causaban derechos económicos.

Tales son los efectos de la cláusula segunda de los Otrosí 7 a los Contratos de Concesión No. 1 y 2 firmados el 30 de octubre de 2009 en la ciudad Santiago de Cali Otrosí No. 7, y así habrá declararlo para efectos de fallar las pretensiones de la demanda que revisten un contenido económico.

Enseguida pasa el Tribunal, teniendo como base las consideraciones que hasta aquí se han realizado, a analizar, las Pretensiones de Condena, que la Convocante agrupa bajo el numeral VI. *Pretensiones de Condena*.

#### **e. Grupo de Pretensiones de Condena.**

Las “*pretensiones de condena*” vinculadas directa o indirectamente con el equilibrio económico del contrato son las siguientes:

«*PRIMERA. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, ORDENAR a METRO CALI S.A. el restablecimiento de la ecuación económica y financiera del Contrato a favor de la CONCESIONARIA CALI MIO S.A., en la suma que se establecerá durante el trámite arbitral.*»

«*SEGUNDA. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, ORDENAR a METRO CALI S.A.*

---

<sup>24</sup> *Ibídem.*

1. *Tomar medidas adecuadas y suficientes para el mantenimiento presente y futuro de la ecuación económica y financiera de LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN No. 1 y 2, mediante una fórmula que cuantifique el desfase anual de los ingresos del concesionario durante la etapa de explotación de los contratos, y su forma de pago a cargo de METRO CALI S.A.»*

*«TERCERA. Como consecuencia de las anteriores declaraciones ORDENAR a METRO CALI S.A. indemnizar al contratista en los términos establecidos en los artículos 868, 870, 871, 884 y demás disposiciones concordantes con el Código de Comercio y del Código Civil, en la suma que se establecerá durante el trámite arbitral.»*

Para el reclamo de la indemnización de perjuicios en función del desequilibrio económico de los contratos, la parte Convocante, Cali Mio, sostiene que Metro Cali *“debió garantizar al contratista la ejecución del contrato en una situación de no pérdida”*, hecho que no se configuró por la mayor permanencia y la mayor cantidad de obra, y por *“la afectación en el flujo de caja previsto en el modelo financiero del Contrato de Concesión 1 y 2”*.

Para respaldar esta posición la convocante cita el 27 de la Ley 80 de 1993 y jurisprudencia arbitral, de lo cual extrae la obligación del concedente de no colocar al concesionario en situación de pérdida. Así, sostiene que Metro Cali *“debe asumir el daño antijurídico ocasionado al Concesionario y materializado en la ruptura de la ecuación contractual para la ejecución de los Contratos de concesión No. 1 y 2 en situación de pérdida”*.

Para el reclamo de la indemnización de perjuicios la actora recurre a los arts. 13 de la Ley 80 de 1993, 1613 del C.C. y 16 de la Ley 446 de 1998, y jurisprudencia del Consejo de Estado. Sobre esa base solicita el daño emergente y el lucro cesante con fundamento en los sobrecostos que dice incurrió el Concesionario en la ejecución de los contratos, *“como consecuencia del incumplimiento de Metro Cali S.A. derivado de su actuación culpable y antijurídica”*.

Como bien se ha señalado en varios apartes de este Laudo, para que opere el restablecimiento del equilibrio contractual se requiere que se acrediten por quien lo alega, la concurrencia de varios requisitos que en el presente caso, no se encuentran acreditados, en particular el perjuicio, que en tratándose de una acción con los fundamentos de esta, equivale a decir, la prueba de la ruptura o del desequilibrio.

Pero además de no haber acreditado el supuesto básico para que pudieran prosperar las pretensiones, la concesionaria firmó sucesivamente varias Actas de Suspensión en las que dejó en claro que las suspensiones no generaban reconocimiento de costos por el plazo de suspensión que estaban pactando, y suscribió también, antes de revertir los bienes, el Otrosí 7 en el

que se declaró que la única remuneración que recibiría era la contractualmente pactada.

Por las consideraciones expuestas en los capítulos precedentes, el Tribunal no accederá a ninguna de las pretensiones de condena deprecadas por la parte Convocante.

## **B. CONSIDERACIONES SOBRE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCION.**

La entidad convocada presentó demanda de reconvención contra la convocante, en la que solicitó que se declarara que Cali Mío S.A. incumplió los contratos de concesión No.1 y 2 “al no cumplir con sus obligaciones o cumplirlas tardíamente o defectuosamente”. Igualmente pretende que se declare que la convocante incumplió el contrato de concesión, “al no cumplir con la construcción del intercambio semafórico, necesario para el acceso al patrio Calima Sameco”.

Al contestar la demanda de reconvención, Cali Mío S.A. señaló que no es cierto que contractualmente en la concesionaria recaía la obligación de construir las vías de acceso del subnumeral 3.6.1.1. del apéndice 2. Insistió que su labor se limitaba al “diseño” de las vías de acceso y que no “existen obligaciones constructivas en cabeza del Concesionario”, toda vez que ni en los pliegos licitatorios, ni en los demás documentos contractuales se incluyó la obligación de construir intersecciones o cruces viales. Agregó que según el apéndice 2 de los pliegos licitatorios no se hace mención a intersecciones o cruces viales y por lo tanto no se puede argumentar que éstas hacen parte de las vías de acceso.

De conformidad con lo anterior le corresponde a este Tribunal determinar si, según lo alegado en la demanda de reconvención, Cali Mío S.A., incumplió las obligaciones que le eran exigibles en virtud de lo dispuesto en los contratos de concesión N° 1 y N° 2, y para el efecto deben hacerse las siguientes consideraciones.

Tal y como indicó recientemente el Consejo de Estado<sup>25</sup>, es principio general el que los contratos se celebran para ser cumplidos y, como consecuencia de su fuerza obligatoria, el que las partes deban ejecutar las prestaciones que emanan de él en forma íntegra, efectiva y oportuna, de suerte que el incumplimiento de las mismas, por falta de ejecución o ejecución tardía o defectuosa, es sancionada por el orden jurídico a título de responsabilidad subjetiva y por culpa, que sólo admite exoneración, en principio, por causas que justifiquen la conducta no imputables al contratante fallido (fuerza

---

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 29 de agosto de 2012, rad.050012325000199401059, Exp. 21.315, CP Danilo Rojas Betancourth.

mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa del cocontratante, según el caso y los términos del contrato).

Al descender estas premisas al caso que se estudia, está acreditado que el 1 de septiembre de 2009 Disconsultoria S.A. e Interdiseños S.A. como Interventoría del proyecto, Metro Cali S.A.-el Concedente y la Concesionaria Cali Mío S.A. suscribieron el Acta de Verificación de Obras de Construcción y de Cierre de la etapa de construcción, según da cuenta el documento correspondiente (folio 110 y ss. del cuaderno 5 del Expediente). Dicho documento en su considerando No. 8 da cuenta que:

*“Una vez efectuada la visita al patio taller por parte de la Interventoría y de los representantes de Metrocali S.A. para la verificación de las obras, se determinó que las obras de la etapa de construcción estaban terminadas habiendo cumplido el Concesionario estrictamente con sus obligaciones correspondientes a dicha etapa; así mismo, se realizaron algunas observaciones y solicitudes a las obras, que deberán ser corregidas y adelantadas por la Concesionaria durante la Etapa de Reversión, en los términos que para tal efecto defina la Interventoría.” (Se subraya)*

En relación con las actas parciales recientemente la Sección Tercera del Consejo de Estado puso de relieve que en ese tipo de actas se hace un registro de verificación del cumplimiento de las prestaciones a cargo de los contratantes en tanto se trata de cortes parciales de la ejecución del objeto contractual:

*“21. A lo largo de la ejecución de los contratos celebrados por las entidades estatales, suelen presentarse diversas situaciones cuya documentación se lleva a cabo a través de actas suscritas por las partes. Es así como se levanta acta de cada reunión que se lleva a cabo con la intervención de los representantes de la entidad y el contratista, con la participación o no de otros funcionarios y el interventor; también se registran en acta los nuevos acuerdos surgidos entre las partes y relacionados con diversos aspectos de la ejecución contractual – como la suspensión temporal de la ejecución del contrato, la realización de mayores cantidades de obra, etc.-, así como la verificación del cumplimiento de las prestaciones a cargo de los contratantes, entre otros asuntos. Entre las que se suelen levantar durante la ejecución de los contratos, se hallan i) las actas parciales de avance, que se suscriben periódicamente para registrar en ellas el progreso en la ejecución de las prestaciones y ii) el acta de recibo final.*

*22. Es usual que en contratos de tracto sucesivo, en los que se pactan entregas periódicas de obras, bienes o servicios, se acuerde la elaboración de actas parciales de recibo cada cierto tiempo, que servirán como soporte para la elaboración de las respectivas cuentas de cobro y por lo tanto, constituyen uno de los requisitos acordados para su presentación, de tal manera que, dichas actas, representan cortes parciales de la ejecución del objeto contractual, que va avanzando conforme transcurre el plazo acordado y su finalidad básicamente es la de permitir el cálculo del avance de la ejecución en relación*

*con lo pactado así como el valor de lo que se ejecutó en ese periodo de tiempo, para efectos de realizar el respectivo cobro parcial<sup>26</sup>.*

Igualmente se encuentra demostrado en el proceso que la entidad Concedente al recibir la obra en forma definitiva no dejó constancia alguna expresa del hoy alegado incumplimiento del Concesionario. En efecto el 10 de diciembre de 2009, los representantes legales de la entidad Concedente y de la sociedad concesionaria suscribieron el Acta de entrega y recibo final con pendientes de las obras construidas en desarrollo del contrato de concesión No. 1 para la adquisición del predio, diseño y construcción del patio y taller denominado Calima-Sameco del Sistema Integrado de Transporte Masivo-Mío. En el considerando 24, se indicó:

*“Que de conformidad con el recorrido a la obra entre CONCESIONARIO, INTERVENTORÍA, CONCESIONARIO DE LA OPERACIÓN Y CONCEDENTE-METRO CALI S.A., para verificar los detalles pendientes, se determinó que a la fecha se encuentra pendiente:*

- Definir de conformidad con la cláusula de Controversias Contractuales (Amigable Compondedor), lo relativo a la intersección semafórica en la Autopista Cali-umbo del taller Calima-Sameco, trámite del cual ya se ha agotado la Etapa de Arreglo Directo de la cláusula 72 del contrato de Concesión de acuerdo con el oficio de Metro VCalí S.A. No. 5.2829.2009 del 27 de noviembre de 2009 procedimiento que se deberá continuar de acuerdo con lo señalado en el contrato, el valor estimado por la Concesionaria Cali MIO S.A., de esta obra es de \$507.000.000.*
- Respecto a la empradización, Metro Cali S.A.; recibe las zonas verdes internas del patio y taller, no obstante la Concesionaria Cali MIO s.a., se compromete a realizar las adecuaciones resultantes de la visita técnica que se llevará a cabo el 10 de diciembre de 2009.*
- Lo concerniente a la parte externa del jarillón, la Concesionaria Cali MIO S.A., continuará con el mantenimiento del mismo por un periodo de dos (2) meses, y una vez se cumpla dicho plazo, Metro Cali S.A., verificará el recibo a satisfacción del mismo, el valor estimado por la Concesionaria Calo Mio S.A., de esta obra es de \$16.000.000*
- Presentar el plan de mantenimiento con su respectivo cronograma, sobre las 438 especies arbóreas, que incluya el tratamiento durante seis (6) meses contados a partir de la siembra que se finalizó el 30 de noviembre de 2009, el valor estimado por la Concesionaria Cali MIO .S.A., de esta obra es de \$12.000.000.” (Se subraya)*

De ahí que entre los “detalles pendientes” las partes encontraron, entre otros aspectos, lo relativo a la intersección semafórica en la Autopista Cali-Yumbo del patio taller Calima-Sameco.

Igualmente, de la lectura del considerando 27 el Tribunal infiere que la entidad Concedente no dijo que hubiese incumplimiento del Concesionario. En efecto dice dicho considerando:

---

<sup>26</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 28 de febrero de 2013, rad. 25000-23-26-000-2001-02118-01(25199), C.P. Danilo Rojas Betancourth.

*“Que de conformidad a lo estipulado en la cláusula 48 del contrato de concesión No. 1 y referida al periodo de reversión de los bienes, encontrándonos dentro del periodo de reversión, la CONCESIONARIA CALIMIO S.A., debe hacer entrega y transferencia de dominio a METRO CALI S.A., de los inmuebles por adhesión o destinación así como del predio que constituye y donde está construido el patio taller; obligación que se consolidará una vez quede registrada la Escritura Pública de cesión a título gratuito en la Oficina de Instrumentos Públicos de Cali.” (Se subraya)*

Se dejó constancia que la entidad concesionaria debía hacer entrega y transferencia de dominio a Metro Cali S.A. de los inmuebles por adhesión o destinación lo mismo que del predio donde está construido el patio taller “obligación que se consolidará una vez quede registrada la Escritura Pública de cesión a título gratuito en la Oficina de Instrumentos Públicos”.

Esta declaración conjunta de las partes debe guiar la interpretación en esta sede arbitral del negocio jurídico *sub lite* y debe hacerse de manera armónica con el artículo 1627 del Código Civil (aplicable a este tipo de contratos por expresa remisión del contrato y de los artículos 13 y 40 de la Ley 80), precepto con arreglo al cual el acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba. Se entiende que si la declaración libre y voluntaria, exenta de vicios, de la entidad Concedente allí vertida entraña que el pago se hizo bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación acordada, no puede ahora la Concedente entrar a cuestionarlo.

Esta estipulación resulta armónica con lo acordado en el artículo primero del citado documento, con arreglo al cual se hizo entrega “en perfecto estado de conservación y uso” al interventor y al Concedente de las obras y equipos de que trata el Contrato de Concesión No. 1, “quedando pendiente” para lo que interesa definir en este punto, definir lo relativo a la “intersección semafórica” en la autopista Cali-Yumbo del patio taller Calima-Sameco.

En consonancia con ello, en el artículo 2º del citado texto, el interventor y el Concedente recibieron las obras y bienes “contenidos en esta acta de recibo y entrega, en perfecto estado de conservación y uso”. (Se subraya)

Por fin, en el artículo 5º *ibidem* se dice expresamente que el Concesionario “*ha dado cumplimiento a sus obligaciones contractuales de construcción y reversión, en los términos consignados en la presente acta*”.

No hay que perder de vista que las actas de recibo final son un medio de verificación de la ejecución del objeto contractual y sirven para determinar si el mismo se efectuó cabalmente, de suerte que a través de ellas se constata tanto el cumplimiento cuantitativo como cualitativo del negocio jurídico. Así lo puso de presente la Sección Tercera del Consejo de Estado en pronunciamiento de este año al señalar:

*“En relación con el acta de recibo final –sobre la cual versa el problema jurídico a resolver en el sub-lite-, la ley, como en el caso de las actas parciales, tampoco regula concretamente esta clase de elemento accidental del contrato, que se deja al libre acuerdo de voluntades de las partes contratantes. Pero la doctrina se refiere a ellas al analizar el tema de la terminación de los contratos por cumplimiento del objeto contractual, caso en el cual<sup>27</sup>, las partes suscriben un acta en la que conste la recepción provisional o definitiva de los bienes, servicios o trabajos realizados, por cuanto “Tanto la recepción provisional como definitiva deben instrumentalizarse con intervención del cocontratante, expidiéndose por los funcionarios responsables de aquellas los certificados correspondientes de recepción para su pago (...)”<sup>28</sup>.*

*24. Es decir que dicha acta de recibo final es concebida como un medio de verificación de la ejecución del objeto contractual, para determinar si el mismo se efectuó cabalmente y de acuerdo con las especificaciones pactadas en el contrato, lo que significa que dicha acta constituye un elemento anterior y útil para la liquidación de los contratos, puesto que a través de ella se constata cualitativa y cuantitativamente el cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista como paso previo para efectuar el respectivo corte de cuentas que implica la liquidación del contrato -aunque en algunas ocasiones, las partes de hecho liquidan el contrato en la que denominan acta de recibo final.”<sup>29</sup>*

En los mismos términos, según consta en el numeral 1.12 de la Parte I de ambos contratos, las partes definieron el concepto “Acta de Verificación” así “Son las actas suscritas por Metro Cali S.A.-El Concedente, el Interventor y EL CONCESIONARIO, en las cuales se consigna la terminación de cada una de las Obras de Construcción así como su conformidad con lo establecido en el presente Contrato de Concesión y en el Catálogo de Especificaciones Técnicas.” (Se subraya)

Y si las partes de común acuerdo tanto en las actas de recibo parcial como en el acta de recibo definitivo dejan una constancia de la ejecución del contrato, luego no puede una de las partes, sin contradecir el principio de la buena fe como se explicará adelante, desconocer lo allí consignado.

Ahora bien, la intención de las partes aparece claramente exteriorizada del propio texto del contrato (art. 1618 CC), lo mismo que de la lectura coordinada y armónica de éste con las estipulaciones contenidas en los pliegos y los anexos y por ello hay que darles a cada una el sentido que mejor convenga a la relación negocial en su totalidad (art. 1622 CC, inc. 1º), y a la misma conclusión se llega, aún admitiendo que no hay claridad respecto de la

---

<sup>27</sup> Escola, Héctor Jorge, *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, Vol. II, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 285 y ss.; Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III-B, *Contratos Administrativos*, 3ª ed., editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 571 y ss.

<sup>28</sup> Bercaitz, Miguel Ángel, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, 2ª ed., Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1980, p. 484.

<sup>29</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 28 de febrero de 2013, rad. 25000-23-26-000-2001-02118-01(25199), C.P. Danilo Rojas Betancourth.

obligación de construir el cruce semafórico. Además, de las pruebas que obran en el expediente se evidencia la forma en que las partes aplicaron las disposiciones contractuales, lo que le otorga al Tribunal un elemento adicional para interpretar el contrato (art. 1622 CC, inc. 3º).

En efecto, está acreditado en el plenario que en el pliego de condiciones se solicitaba al Concesionario la adquisición de unos inmuebles, los cuales tenían que estar ubicados de tal forma que el recorrido muerto, esto es, sin pasajeros, no superara los seis (6) kilómetros para el caso del recorrido entre la Estación Terminal Calima y el Patio Taller y cuatro (4) kilómetros para el caso de la Estación Sameco y el Patio Taller, de acuerdo con lo previsto al respecto en el numeral 4.2 del Anexo 16 del Pliego de Condiciones y la modificación que introdujo el numeral 9 de la Adenda 4, en donde se revaluó los requerimientos de ubicación del lote, en orden a flexibilizar las distancias de recorrido en vacío en el trayecto de ingreso al Patio, como de salida para las Estaciones.

Y si bien tanto el ingeniero Henry Sánchez<sup>30</sup>, como los peritos Néstor Llano<sup>31</sup>, concluyen que no se construyó en la distancia prevista en el pliego, tampoco se puede perder de vista que (i) el lote Calima-Sameco estaba indicado en el pliego y (ii) la distancia del “recorrido muerto” era una condición y no una obligación.

De modo que aunque pudiera alegarse que en el pliego hay cláusulas ambiguas (como aquella que ordena una distancia de construcción mínima en abierta oposición con otras estipulaciones), habría que aplicar en este caso la regla contenida en el artículo 1624 *eiusdem*, que prevé la interpretación contra estipulante. Norma, que, como señala la doctrina civilista, “no es sino la aplicación al contrato del principio de derecho

---

<sup>30</sup> Al respecto afirmó que para acceder al Patio Taller, desde la Estación Terminal Sameco, los buses hacen un recorrido aproximado de 2.7 km, y para ingresar de nuevo a la Estación Terminal Sameco desde el Patio Taller, los buses hacen un recorrido aproximado de 1.9 km. Así, indicó que la longitud de recorrido en vacío en condición actual para la flota asignada a la Estación Terminal Sameco, corresponde a la suma de las dos longitudes, y es de 4.6 km. De igual forma, señaló que para acceder al Patio Taller, desde la Estación Terminal Calima, los buses hacen un recorrido aproximado de 3.9 Km, y para llegar de nuevo a la Estación Terminal Calima desde el Patio Taller, los buses hacen un recorrido aproximado de 4.8 km. Así, explicó que la longitud de recorrido en vacío en condición operativa real para la flota asignada a la Estación Terminal Calima, corresponde a la suma de las dos longitudes, que sería 9.0 km. En resumen la longitud neta de recorrido en vacío, que realmente incurre la flota para las dos Estaciones Terminales sería: Estación Terminal Sameco: 4.6 Km, y Estación Terminal Calima: 9.0 Km

A partir de lo anterior, y después de relacionar lo dispuesto sobre la materia en los pliegos de condiciones y sus Adendas, y de explicar qué debe entenderse por “recorrido muerto” concluyó que “el lote definido por el Concesionario no cumple el limitante para el recorrido en vacío máximo especificado por METRO CALI S.A, en los documentos contractuales.

<sup>31</sup> En cuanto a los kilómetros que existen en el recorrido muerto hecho por los vehículos entre el patio Calima-Sameco y la terminal, el perito respondió: “Las distancias en los recorridos muertos entre el patio taller Calima-Sameco y las terminales son:

Patio taller Calima-Sameco y Terminal Sameco 1.92 km, y Terminal Sameco y Patio Taller Calima-Sameco 2.64 km. Total recorrido muerto 4.56 km.

Patio taller Calima-Sameco y Terminal Calima 4.91 km, y Terminal Calima y Patio taller Calima-Sameco 4.13 km. Total recorrido muero 9.04 km.



procesal *in dubio pro reo*” y por ello la estipulación ambigua, debe ser interpretada a favor del contratante que con ella se grava.<sup>32</sup> Criterio hermenéutico que supone que en caso de duda habrá de resolverse a favor del contratista, toda vez que, como enseña la jurisprudencia, el pliego es un acto unilateral predispuesto, respecto del cual se deben aplicar las reglas de interpretación decantadas por la doctrina, toda vez que “dicho acto jurídico prenegocial se asimila en cuanto a su contenido a los denominados contratos predispuestos o de condiciones generales.”<sup>33</sup>

En virtud de lo anterior, no puede la entidad contratante alegar en sede arbitral un supuesto incumplimiento cuya existencia nunca puso de presente, ni respecto del cual no adoptó las medidas contractuales y legales que tenía a su disposición para evitar o mitigar sus efectos.

Alegar ahora el pretendido incumplimiento, es abiertamente contradictorio y por ello no resulta admisible desconocer lo pactado, pues riñe con la buena fe: “Exigencia de *fides* prevista en el artículo 83 Constitucional que retoma los artículos 1603 del Código Civil y 835 del Código de Comercio y postulado que debe presidir la interpretación de las reglas de contratación pública, al tenor de lo prescrito por el artículo 28 de la Ley 80 de 1993”. En este sentido, la conducta de la entidad Concedente merece reproche a partir de la doctrina de los actos propios. En efecto, si (i) la propia entidad indicó el lote en los pliegos correspondientes; (ii) recibió a satisfacción la construcción; (iii) se obligó a intervenir vías nacionales (autopista Yumbo-Cali); (iv) recibió los diseños alternativos tal y como estaba pactado y (v) dijo que se trataba de una “situación ajena” al Concesionario, no es lícito ahora invocar incumplimiento cuando de su conducta contractual se desprende por el contrario su total aquiescencia.

La jurisprudencia tiene determinado que en el tráfico jurídico el ordenamiento es reprochable “no mantener la palabra dada, el alejarse a la lealtad de lo acordado y por ello es preciso impedir *venire contra factum proprium*, esto es, no es lícito ni tolerable hacer valer un derecho en contradicción con una conducta anterior”. Y ello impide demandar en sede arbitral posteriormente pretendidos derechos contractuales que no fueron discutidos en su debida oportunidad.<sup>34</sup>

Más aún cuando, según consta en la cláusula 11.3 del Contrato de Concesión, las partes acordaron como derecho del Concesionario, entre otros, “el derecho a obtener la colaboración de Metro Cali S.A.-El Concedente para el buen desarrollo de la Concesión”.

---

<sup>32</sup> Uribe Holguín, *op. cit.* p. 343.

<sup>33</sup> Consejo de Estado, sentencia de 3 de mayo de 1999.

<sup>34</sup> Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 28 de febrero de 2013, Rad. 200012331000200101305 01, Exp. 24.106, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

Al respecto es importante tener en cuenta que, según se ha advertido en jurisprudencia arbitral, el deber de colaboración se deriva del principio de buena fe y en consecuencia debe guiar la ejecución de las obligaciones dentro de toda relación contractual. En este sentido se ha señalado que<sup>35</sup>:

*“el deber de colaboración mutua subyace en todo contrato, así no se haya expresado de manera formal por las partes en el clausulado contractual. Ello, por tratarse de una aplicación del principio de buena fe en la ejecución de los contratos, que supone la plena disposición de las partes para el logro de los objetivos pactados, incluyendo la colaboración, en lo que a cada una de ellas compete y sea exigible, para la realización de las obligaciones a cargo de su contraparte contractual; no debe pasarse por alto que las partes en un contrato, en principio y con miras al objetivo común, deben observar entre sí la máxima disposición y conducta necesaria para el logro del objetivo pactado, lo que de suyo excluye todo comportamiento que implique dejar a su contraparte librada a su suerte, cuando ello depende de conductas de diligencia que debe observar dicha contraparte contractual.*

(...)

En este orden de ideas, quien pretenda el reconocimiento de daños causados en ejecución de un contrato alegando razones imputables a su contraparte, debe haber observado una conducta no de mero cumplimiento formal de sus obligaciones, sino de cabal colaboración y disposición; en efecto, no son de recibo conductas omisivas o que demuestren indiferencia o desidia ante los pedidos o necesidades de colaboración de su contraparte, máxime cuando la colaboración de una parte resulte importante o determinante para que ésta pueda lograr el cumplimiento de sus obligaciones.

Así mismo, es claro que tampoco se hallaría legitimada la petición de indemnizaciones cuando ha sido la conducta de esa misma parte la que ha provocado el agravamiento de un riesgo de la otra parte o ha dificultado, obstaculizado o hecho nugatoria la realización de las tareas u obligaciones contractuales a cargo de ésta, máxime cuando se trata de decisiones o conductas en las que la parte cuyo incumplimiento se predica, no tuvo intervención alguna.

A este respecto cabe recordar que desde hace ya baste tiempo la doctrina ha insistido en el deber de colaboración en la ejecución de los contratos como una manifestación del deber de obrar de buena fe. En este sentido señalaba Betti que la buena fe *“es esencialmente una actitud de cooperación encaminada a cumplir de modo positivo la expectativa de la otra parte”* y, en particular, como función de integración *“la buena fe lleva a imponer a quien debe la prestación a hacer todo cuanto sea necesario – se haya dicho o no para asegurar a la otra parte el resultado útil de la prestación misma”*.<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> Laudo Arbitral. Tribunal de Arbitramento Transportadora de Gas del Interior S.A. E.S.P. –TGI S.A. E.S.P. contra Empresa Colombiana de Gas ECOGAS. Bogotá, septiembre dos (2) de dos mil nueve (2009).

<sup>36</sup> Betti, Emilio. *Teoría General de las Obligaciones*, Tomo I, páginas 102 y 103, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.

Así mismo, el autor Juan Carlos Rezzónico señala lo siguiente:

*“Mientras en las relaciones propias de los derechos reales la buena fe impone no ocupar o dañar la cosa ajena, y, por tanto, es condición de un comportamiento correcto, en las relaciones obligacionales se requiere un comportamiento positivo de cooperación y la bona fides consiste en observar una conducta que conduzca al cumplimiento positivo de la expectativa de la contraparte.”<sup>37</sup> (Negritas y subrayas fuera de texto)*

En este mismo sentido Massimo Bianca<sup>38</sup> señala que la buena fe se expresa en una exigencia de solidaridad contractual, y expresa que en *“la ejecución del contrato y de la relación obligatoria la buena fe se especifica en un segundo canon como una obligación de salvaguarda; en este caso la buena fe impone a cada una de las partes obrar de manera tal de preservar los intereses de la otra con independencia de las obligaciones contractuales y del deber extracontractual de *neminem laedere*. Este compromiso de solidaridad que se proyecta más allá del contenido de la obligación y de los deberes de respeto del otro, encuentra su límite en el interés propio del sujeto, pues este tiene que velar por el interés del otro, pero no hasta el punto de sufrir un sacrificio apreciable, personal o económico.”* Agrega que este deber de solidaridad con el vínculo contractual y la obligación de salvaguarda impone ejecutar prestaciones no previstas, cambiar el propio comportamiento en la ejecución del contrato, permitir modificaciones a la prestación de la otra parte, avisar cualquier circunstancia relevante para la ejecución del contrato y ejercer los poderes discrecionales que confiere el contrato en forma compatible con la salvaguarda de la utilidad de la otra parte.

En igual sentido, el doctrinante Jorge Suescún Melo en su obra *“Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo”* respecto al deber de colaboración, manifestó lo siguiente:

*“El principio de buen fe obliga a los contratantes a actuar con lealtad y con real intención de que, a través del cumplimiento de la prestación, se logren las finalidades económicas, jurídicas y sociales perseguidas con la celebración del acto. [...]”*

De tal manera, el deber de colaboración impone una obligación positiva para las partes de encaminar sus actuaciones al cumplimiento de las finalidades económicas, jurídicas y sociales por las cuales las partes celebraron el contrato; en palabras del autor Rezzónico, *“en las relaciones obligacionales se requiere un comportamiento positivo de cooperación y la bona fides consiste en observar una conducta que conduzca al cumplimiento positivo de la expectativa de la contraparte.”<sup>39</sup>*

<sup>37</sup> Rezzónico, Juan Carlos. *Principios fundamentales de los contratos*, Op. cit, p. 482.

<sup>38</sup> Bianca, Massimo. *Derecho Civil. El Contrato*. ed Externado de Colombia. Bogotá, 2007, páginas 526 a 531.

<sup>39</sup> Op. Cit. 17.

De conformidad con lo expuesto en el aparte transcrito, es claro que, en aplicación del principio de buena fe, el Concesionario tenía el derecho de obtener la colaboración de la entidad Concedente quién debía cumplir sus obligaciones de forma diligente, permitiendo la consecución del fin perseguido con el contrato. Más aún cuando se previó de manera expresa en el mismo como un derecho expreso del Concesionario.

De hecho, no puede perderse de vista que la entidad Concedente admitió en documento contractual por ella suscrito que la no construcción del intercambio semafórico y la intervención de una vía nacional era una situación ajena a su contraparte. En efecto, las partes el 30 de octubre de 2009, suscribieron el Otrosí No. 7, en cuyo considerando No. 12 se lee: “Que a la fecha el Instituto Nacional de Concesiones-INCO no ha otorgado el permiso de intervención temporal a Metro Cali S.A. para la construcción de la Red Externa del SIUR del patio taller Calima Sameco sobre la Autopista Yumbo-Cali, situación ajena a la Concesionaria Cali Mio S.A.” (se subraya).

Siendo, por supuesto, éste un contrato bilateral (arts. 1494, 1495, 1530 y ss. 1551 y ss. Código Civil), por cuya virtud cada contratante acude a prestar su consentimiento en la confianza en que la otra ejecutará las obligaciones recíprocas acordadas al tenor del contrato y en el tiempo debido, no puede, pues, una de ellas, en este caso la entidad Concedente, demandar el cumplimiento cuando ella misma admite que la otra parte no se ha sustraído de sus compromisos.

Si la entidad contratante reconoce que la otra no cumplió sus obligaciones en punto de los permisos de intervención por situaciones “ajenas” a ella, admite que la frustración de la obligación no resulta imputable a ésta y por lo mismo no puede ser sancionada por el orden jurídico.

De manera que la declaración contenida en el citado Considerando No. 12, por cuya virtud el INCO no había otorgado el permiso de intervención para la construcción de la red externa del SIUR del patio taller y que dicha circunstancia era “ajena a la Concesionaria Cali Mío S.A.”, da lugar a la aplicación de lo previsto por el artículo 1609 del C.C. Norma que, como ha señalado la jurisprudencia, además de regular la mora en los contratos bilaterales consagra la *exceptio non adimpleti contractus*, medio de defensa que puede invocar una de las partes del contrato cuando no ha cumplido porque la otra tampoco lo ha hecho (o no ha prestado la colaboración respectiva para que la otra pueda liberarse de su obligación), caso en el cual su conducta no es tomada como antijurídica.<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 23 de febrero de 2012, Rad. 05001-23-25-000-1992-0584-01(21.317), CP Ruth Stella Correa Palacio.

Ahora, también tiene definido esa Corporación que tratándose de contratos bilaterales y conmutativos -como son comúnmente los celebrados por la administración-, teniendo en cuenta la correlación de las obligaciones surgidas del contrato y la simetría o equilibrio de prestaciones e intereses que debe guardar y preservarse (arts. 1494, 1495, 1530 y ss. 1551 y ss. Código Civil), la parte que pretende exigir la responsabilidad del otro por una conducta alejada del contenido del título obligacional debe demostrar que, habiendo cumplido por su parte las obligaciones del contrato, su cocontratante no cumplió con las suyas, así como los perjuicios que haya podido sufrir<sup>41</sup>.

Si la responsabilidad contractual se configura únicamente cuando una de las partes deja de ejecutar por su culpa el contrato y haya causado un perjuicio al acreedor, resulta claro que en el caso que se examina no se estructuró, pues mal puede hablarse de violación de la ley del contrato, cuando la entidad Concedente admite que se trata de una “situación ajena a la Concesionaria Cali Mío S.A.”<sup>42</sup>.

En ese orden de ideas, y teniendo en cuenta los argumentos anteriormente expuestos, la pretensión objeto de estudio de la demanda de reconvención no está llamada a ser acogida y, por tanto, será negada, como negadas serán también en cuanto son consecuenciales de la primera, las pretensiones segunda, tercera, cuarta y quinta de la demanda de reconvención.

## C. EXCEPCIONES

### a) Excepciones de la Convocada frente a las Pretensiones de la Demanda reformada.

#### 1. Excepción primera: “Absorción de todos los costos por la concesión”:

Para fundamentar la excepción planteada, la parte convocada sostiene que la inversión de Cali Mio cubre los costos necesarios para que la obra sea duradera, toda vez que la concesión es por 15 años de uso de los patios y

---

<sup>41</sup> Esta regla de equidad de los contratos propia del régimen de derecho común resulta aplicable al ámbito de la contratación estatal por virtud de lo prescrito en las cláusulas 2 y 8 de los Contratos de Concesión No 1 y 2 y en los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, “pero que, en aras de armonizar la prevalencia del interés público o la continuidad del servicio público con el interés jurídico del particular, no tiene el alcance amplio de que goza en la contratación entre particulares, sino que en el contencioso administrativo contractual está limitada únicamente a aquellos eventos en que el incumplimiento imputable a la entidad pública sea grave, serio, determinante, trascendente y de gran significación, de manera que sitúe al contratista en una razonable imposibilidad de cumplir sus obligaciones”. *Ibid.*

<sup>42</sup> A este respecto es pertinente traer a colación los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales (edición de 2004), los cuales hacen referencia al deber de cooperación y al deber de obrar de buena fe. A tal efecto, el artículo 7.1.2 dispone que: “Una parte no podrá ampararse en el incumplimiento de la otra parte en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de la primera o por cualquier otro acontecimiento por el que ésta haya asumido el riesgo”.

talleres. Argumenta que durante el tiempo de la concesión, el concesionario recibirá una remuneración que le absorberá todo el costo de la inversión, más las utilidades que pretende obtener. Por lo anterior, concluye el demandado, el concesionario no tiene más costos que los necesarios para que la obra que realice esté en condiciones de permanecer durante el tiempo de la concesión.

En oposición a la excepción planteada, la convocante estima que la excepción es improcedente por cuanto lo reclamado por Cali Mio no es el retorno de los costos concesionales sino los sobrecostos (pasados, presentes y futuros) ocasionados durante la ejecución de los contratos por razones imprevistas, irresistibles y no imputables al concesionario. Además considera que es impreciso e incorrecto afirmar que la mayor permanencia en la obra no existe.

La excepción como tal no prosperará por las razones que se exponen en el acápite en que se deciden las pretensiones de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, y porque el Tribunal considera que, como bien lo señala la Convocante, lo reclamado por Cali Mio no es el retorno de los costos concesionales sino los sobrecostos ocasionados durante la ejecución de los contratos.

## **2. Excepción segunda: “Irrelevancia de los mayores costos en que incurrió el contratista”:**

El demandado sostiene que en un contrato de concesión los gastos en que incurre el contratista para construir y entregar la obra son su contraprestación por tener el derecho de gozar de los ingresos de la concesión. La inversión del contratista será recuperada en un plazo de 15 años, tiempo en el cual se conocerá si el monto recibido por el concesionario supera o no sus previsiones. Además sostiene que los eventuales mayores gastos del contratista por las prórrogas del contrato son gastos o costos indirectos resultado de los incumplimientos atribuibles al concesionario. En cualquier caso estos costos son irrelevantes *“por cuanto son aleas propias del contratista para entregar un producto terminado”*, y por tanto, no son indemnizables.

En oposición a la excepción planteada, afirma la convocante que la reclamación por el restablecimiento de la ecuación económica contractual se refiere a asuntos imputados a Metro Cali que constituyen un *“alea o contingencia extraordinaria que no tiene relación de causalidad alguna con la gestión contractual”* y no a la configuración de *“aleas propias del contratista”*. Además afirma aclara que *la suscripción de común acuerdo de las actas de suspensión y la regulación de las consecuencias económicas de las mismas, no invalida a concesionario para presentar reclamación formal por los sobrecostos*. Para finalizar clarifica que *“una cosa son los costos asociados*

*a la ejecución del contrato, otra los sobrecostos originados en situaciones imputables a Metrocali; y otra, distinta, la contraprestación económica del concesionario (participación tarifaria)”*.

Sobre la excepción el Tribunal considera que la irrelevancia del sobrecosto, si se entiende como la magnitud del mismo, vista en relación con los ingresos del Concesionario, no constituye jurídicamente argumento para descartar o aceptar un perjuicio. Siempre que se pruebe la existencia del perjuicio o del desequilibrio contractual y su antijuridicidad, habrá lugar a la indemnización, independientemente de su magnitud.

### **3. Excepción tercera: “Inexistencia de la mayor permanencia”.**

Alega el representante del demandado que la mayor permanencia no es sinónimo de mayor plazo en la ejecución del contrato, menos aún si se tiene presente que *“Las prórrogas y suspensiones del contrato fueron pactadas de mutuo acuerdo y solo para lograr la coordinación de los distintos frentes y contratos que actuaban en el sistema integrado de transporte, del cual los patios y talleres, son una parte”*. Si el contratista permaneció un mayor tiempo en la ejecución de la obra, ello obedeció a su incumplimiento o cumplimiento tardío de sus obligaciones (culpa del concesionario). *“No existen presupuestos fácticos ni jurídicos que configuren responsabilidad contractual a cargo de la convocada”*. Continúa el demandado diciendo que las extensiones de plazo se orientaron a permitir que el concesionario terminara los diseños conforme a las observaciones del interventor y obtuviera los permisos necesarios para las obras, en razón de lo cual, fue necesario anticipar el inicio de la fase de construcción, sobreponiéndola a la de preconstrucción.

Frente a la excepción planteada, la convocante reitera que lo reclamado es el *“daño sufrido por el Concesionario derivado de la directa relación causal entre la suspensión de la ejecución contractual la consecuente mayor permanencia por parte del Concesionario y la afectación de la programación de obra”*. Además aduce que de las pruebas aportadas al proceso se identifican todos los elementos de responsabilidad contractual. Así mismo, la parte actora afirma que con las actas de suspensión se encuentra plenamente probada la mayor permanencia, y que la demora en la licitación del SIUR es un hecho notorio y un riesgo a cargo de Metro Cali. Por ello concluye que la ejecución de los contratos se afectó con ocasión de demoras en actividades administrativas a cargo de Metrocali.

Frente al cargo planteado el Tribunal considera que la excepción habrá de prosperar en forma parcial acorde con las consideraciones expuestas en el acápite *“b) grupo de pretensiones correspondientes a mayor permanencia en obra (...)”* del laudo.

#### **4. Excepción cuarta: “Improcedencia de la interpretación judicial”.**

Afirma la parte convocada que *“No puede el tribunal de arbitramento hacer la interpretación de una disposición contractual, cuyo alcance no esta en discusión”* por las siguientes razones: i) el contratista no ha cumplido con su obligación de entregar las vías de acceso a los patios y talleres de forma eficiente, razón por la cual se ha generado un enorme perjuicio a Metro Cali; y ii) Si existiera duda en la interpretación de la cláusula demandada, Metro Cali habría hecho uso de su facultad unilateral de interpretar.

En oposición a la excepción citada, afirma la convocante que *“el alcance de la obligación de intervención en vías de acceso no fue determinado con claridad en el proceso licitatorio”*. Además aduce que no sólo procede la interpretación judicial por disposición de la cláusula compromisoria, sino que así lo pactaron las partes. Además aclara que la interpretación unilateral del contrato, conforme a la normativa vigente, sólo se puede realizar cuando se esté ejecutando la etapa de construcción o rehabilitación, etapas que ya se encuentran culminadas.

Sobre la excepción planteada el Tribunal considera que resulta fuera de lugar en tanto que la labor interpretativa es propia e indispensable de todo operador jurídico. Resulta descabellado pretender vedar al Tribunal que dentro del ejercicio de sus competencias y para los fines para los cuales fue integrado, pueda interpretar cualquiera de las cláusulas o estipulaciones contractuales. Por consiguiente, la excepción no habrá de prosperar.

#### **5. Excepción quinta: “Excepción de contrato no cumplido”.**

Sobre esta excepción el representante del demandado sostiene que el contratista no cumplió con las etapas del contrato de forma lineal, con lo cual se incumplió también con las obligaciones a su cargo de diligencia, forma y tiempos debidos, en razón de lo cual invoca la aplicación del art. 1609 C.C. Así mismo, resalta el convocado la demora en la etapa de preconstrucción (8 meses después de iniciar la etapa de construcción) y la entrega defectuosa de los diseños. Por lo anterior alega, no puede imputarse mora o perjuicios a cargo de Metro Cali.

La convocante afirma que no está debidamente motivado, ni es cierto, el supuesto incumplimiento de Cali Mio, lo que justifica por el hecho que Metro Cali *“nunca inició procedimiento de multa alguna, ni sugirió terminación anticipada del contrato, ni hubo por parte de la interventoría algún requerimiento sobre esta supuesta obligación”*. Además aduce que Metro Cali no cumplió a cabalidad con las obligaciones que tenía a cargo.

Las aseveraciones en el sentido que el contratista no cumplió con las etapas de del contrato (preconstrucción y construcción) de forma lineal, ni en forma



y tiempos debidos, carecen de sustento probatorio, y por otra parte, existen las Actas y los Otrosí suscritos por mutuo acuerdo en los que se expresan las razones de los retrasos, de las paralizaciones y de los aplazamientos, en los que ambas partes consignaron causas y motivos bien distintos al incumplimiento del Concesionario Cali Mio. No está demás advertir que con excepción del Otrosí 7, cláusula segunda, ninguna de las demás actas y Otrosí ha sido objeto de cuestionamiento de las partes.

Por consiguiente, el Tribunal no encuentra probada ni fundada esta excepción, por lo que habrá de despacharla negativamente.

**6. Excepción sexta: “Responsabilidad de Cali Mio S.A. en el mayor plazo”.**

Afirma el demandado que el mayor tiempo en la etapa de preconstrucción y construcción fue el resultado de las ampliaciones y suspensiones que las partes suscribieron de mutuo acuerdo, pero también el resultado de que el contratista no había cumplido con las obligaciones a su cargo. El incumplimiento de Cali Mio obedeció a las siguientes razones: demora en acometer las observaciones que se le hicieron a los diseños presentados y demora en la ejecución de las obras a su cargo, por cuanto no consiguió las licencias y autorizaciones requeridas. Por lo anterior, aduce la parte convocada que Metro Cali tuvo que iniciar la etapa de construcción antes de terminar de la preconstrucción.

La parte actora, en oposición a la excepción, sostiene que el inicio anticipado de la etapa de construcción es atribuible a Metro Cali quién adjudicó tardíamente el SIUR y por los cambios y exigencias en la Interventoría. Dice además que no hay un nexo de causalidad entre la ejecución contractual y la ampliación de los plazos contractuales de la forma que lo presenta el demandado. Finaliza afirmando que la excepción desconoce los documentos contractuales.

Frente a esta excepción el Tribunal considera que afirmar que las Actas y los Otrosí suscritos por mutuo acuerdo en los que ambas partes en forma libre y voluntaria consignaron causas y motivos para los retrasos, de las paralizaciones y de los aplazamientos, bien distintos al incumplimiento del Concesionario Cali Mio, constituyen suficiente prueba de que no se presentaron incumplimiento de parte de la Concesionaria Cali Mío. Además de que contraviene sus propias actuaciones sostener ahora convenientemente lo contrario, resulta audaz hacerlo porque supondría que entonces, esto es, cuando se suscribieron dichas actas y Otrosí, las partes y particularmente Metro Cali estaba faltando a la verdad en documento público.

Por tales razones, el tribunal prefiere desestimar la excepción antes que suponer la falsedad que pregona el apoderado de Metro Cali y que tendrá en cuenta a la hora de determinar la condena en costas.

#### **7. Excepción séptima: “Ocurrencia de hechos no imputables a la entidad”.**

Argumenta la parte convocada que la suspensión de los contratos se debió a hechos no imputables a Metro Cali. Los trámites relativos a la licitación del SIUR se cumplió con acatamiento de las normas legales. Más adelante sostiene que todo proceso de adjudicación es complejo y el concesionario lo sabía, ahora bien *«En el presente caso hubo inconvenientes de adjudicación lo que llevó a la deserción y hubo dificultades con al oferta única, pues no existe claridad sobre la posibilidad de adjudicar a esa única propuesta, so pretexto de que no hay como escoger por parte de la entidad. Por orden de juez de tutela se adjudicó a la propuesta única, previa la evaluación»*. Para finalizar, el demandado reitera que Cali Mio tuvo incidencia en el mayor plazo por las mismas razones expuestas en las excepciones precedentes, y además porque realizó las actividades a su cargo con niveles bajos de ejecución y rendimiento.

La convocante, para controvertir la excepción, afirma que la adjudicación tardía del SIUR es imputable a la entidad y que Metro Cali incumplió el principio de planeación. Además precisa que la afectación de los plazos no es atribuible a los concesionarios *“ya que tiene causa directa en el actuar negligente y descuidado de METROCALI S.A.”* y que no hay ningún soporte fáctico ni jurídico para sostener que la demora obedeció a los ajustes de diseños.

Sobre la excepción planteada el Tribunal considera que asiste parcialmente razón a la Convocada conforme ha sido consignado en el acápite correspondiente cuando ha analizado los cargos relativos al restablecimiento del equilibrio económico del contrato. Pero en la medida en que la pretensión se estimó improcedente no resulta necesario pronunciarse sobre la excepción dirigida a enervarla.

#### **b) Excepciones de la convocante frente a las pretensiones de la demanda de reconvención**

Respecto de las excepciones que denomina de Cumplimiento y de Proporcionalidad de la Cláusula Penal, planteadas por la Convocante frente a las Pretensiones de la demanda de Reconvención, cabe señalar que las pretensiones de la Demanda de Reconvención no prosperan por razones distintas a las expuestas en estas excepciones.

#### **D. OBJECIONES POR ERROR GRAVE A LOS DICTÁMENES PERICIALES**

## 1. Fundamentación Jurídica:

De conformidad con lo previsto en el artículo 238 del C. de P. C., la jurisprudencia tiene señalado que sólo se considera error grave aquel que *“peca contra la lógica, o es por su magnitud fuente de conclusiones equivocadas.”* o el que *“tiene la característica de ir contra la naturaleza de las cosas, o la esencia de sus atribuciones, como cuando se afirma que un objeto o una persona tiene determinada peculiaridad y resulta que tal cualidad no existe, o en tener por blanco lo que es negro o rosado”* (Apartes de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que aparecen citados en el libro de Jaime Azula Camacho, titulado *“Manual de Derecho Probatorio”*. Editorial Temis S.A. Bogotá – Colombia, 1998. Página 256).

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que cuando se objeta un experticio por error grave los reproches de las partes *‘... no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada. Cuando la tacha por error grave se proyecta sobre el proceso intelectual del perito para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando ni aplicando correctamente la norma legal y por lo mismo es inadmisibles para el juzgador, que al considerarla entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que inevitablemente lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva ...’ (...)*”(las negrillas no hacen parte del texto original) (Providencia del 8 de septiembre de 1993.)

Con base en lo anterior, para el estudio de las objeciones graves presentadas durante el proceso, el Tribunal sólo estimará como error grave la descripción de hechos o conclusiones de los peritos que: no se ajusten al común entender de la lógica, sean manifiestamente equivocadas, contraríen la naturaleza de las cosas analizadas o afecten la esencia de sus atribuciones como perito. En sentido inverso, el Tribunal no estimará como error grave la labor del perito: cuando aquél considere recta y cabalmente la cosa examinada, cuando la tacha a su labor se proyecte sobre su proceso intelectual para refutar simplemente sus razonamientos y conclusiones, o cuando de considerarse la objeción implique entrar en un balance o contraposición de criterios, razonamientos o tesis.

En el desarrollo de esta labor se tendrá además en cuenta la firmeza, precisión y calidad de los fundamentos del perito, la competencia del mismo y los demás elementos probatorios que obren en el proceso. De igual forma, se valorará la claridad y precisión de sus exámenes e investigaciones, así

como los fundamentos técnicos o científicos de sus conclusiones, todo ello con miras a verificar los hechos que interesan en el proceso.<sup>43</sup>

## 2. Objeción al Dictamen de Luis Carlos Valenzuela:

La convocante objeta por error grave parcial este dictamen toda vez que, a su juicio, el perito realiza asunciones, se niega a contestar preguntas y presume hechos que no debería presumir para negarse a contestar de forma clara y concreta el cuestionario. La convocante apoya su objeción de error grave en los siguientes fundamentos:

- a. El experticio parte de un supuesto equivocado al considerar que los documentos Conpes 3504 de 2007, 3166 de 2002 y 3369 de 2005 y el Documento Técnico de Revisión de Parámetros Operacionales del Mio 2006, no son contractualmente vinculantes.
- b. El experticio parte de un supuesto equivocado al señalar que no existe una fecha exacta de inicio de la operación del sistema y por lo tanto no se compromete con ninguno de los cálculos realizados por dicha supuesta indeterminación. Para sustentar su afirmación cita un dictamen técnico.
- c. El perito desconoce de manera tajante los deberes de los auxiliares de la justicia, pues él no está facultado para emitir conceptos jurídicos (como lo es el carácter vinculante de un documento), sus afirmaciones no están debidamente soportadas y no cumple con los requerimientos exigidos por los artículos 236 a 241 del C. de P. C.

Con respecto al primero de los fundamentos de la convocante el Tribunal no estima como error grave la conclusión del perito cuando considera que los documentos Conpes y el documento técnico GGT no tienen un carácter contractual, pues su afirmación se ajusta enteramente a los criterios señalados por la Jurisprudencia y la legislación, y además porque la determinación del carácter contractualmente vinculante de los documentos es un asunto cuya definición tiene un alcance estrictamente jurídico (en derecho — art. 236.1 del C. de P. C.), en razón de lo cual, esa es una competencia de éste Tribunal y no del perito financiero. Adicional a ello, el Tribunal encuentra, tal y como se evidencia con amplitud en el estudio de los cargos de este Laudo, que en efecto los documentos citados no tienen un carácter contractualmente vinculante.

Frente al segundo fundamento, el Tribunal encuentra que contractualmente no existe una fecha de inicio del sistema, tal y como se analiza con detalle en el estudio de los cargos, y por tanto, se estima que la conclusión del doctor Luis Carlos Valenzuela a este respecto es precisa y ajustada a los documentos

---

<sup>43</sup> Arts. 233, 237 y 241 del C. de P. C.

contractuales aportados al proceso. Adicional a ello, el dictamen técnico citado por la parte convocante plantea unas conclusiones que, a juicio del Tribunal, implica entrar en un balance o contraposición de criterios, sin que además se hubiere aportado elementos de juicio diferentes a los ya conocidos por el Tribunal, y por ello debe también desestimarse este argumento.

Al analizar el tercer fundamento, el Tribunal encuentra que, al contrario de lo defendido por la parte actora, las afirmaciones del doctor Luis Carlos Valenzuela cuentan con la firmeza, precisión y calidad esperada de un dictamen técnico de esta naturaleza, y que la tacha que se le esgrime apunta más bien a controvertir su proceso intelectual para refutar simplemente sus razonamientos y conclusiones. Adicional a ello, debe precisarse que el perito Valenzuela justamente evita pronunciarse de forma definitiva sobre el alcance vinculante de los documentos Conpes,<sup>44</sup> y por ello, no es dable admitir los argumentos defendidos por la parte convocante.

Por último, conviene precisar que de una lectura juiciosa de las respuestas entregadas en el dictamen emitido por el perito Jaime Maldonado Fischer, junto con sus aclaraciones, así como también las respuestas del doctor Enrique Villota en el interrogatorio de parte y las demás pruebas practicadas durante el proceso a efectos de determinar el aparente error grave del perito, el Tribunal encuentra necesario ratificar las consideraciones y decisiones arriba expuestas.

### 3. Objeción al Dictamen de Nestor Llano:

A juicio de la convocante el perito estaba habilitado para pronunciarse sobre el fondo de todos los temas, pero no lo hizo, además realiza asunciones, se negó a contestar algunas preguntas y no valoró la totalidad de los documentos que reposan en el expediente. Adicional a ello, la apoderada de la parte demandante apoya su objeción grave parcial sobre los siguientes fundamentos:

- a. El experticio dejó de contestar varias de las aclaraciones y complementaciones al dictamen bajo la premisa que no contaba con información suficiente. La parte convocante estima que el documento de aclaraciones y complementaciones del Perito Llano demuestran un desconocimiento del contenido de los documentos que se encuentran incorporados en el expediente y falta de diligencia del perito de solicitar la información complementaria para responder a las preguntas que se le habían planteado. A partir de la citación del material que le fue suministrado al perito, la convocante pretende desvirtuar la falta de

---

<sup>44</sup> En el documento de aclaración al dictamen de agosto de 2012, cuando el perito emite su respuesta bajo el numeral 2.1. dice textualmente: «(...) *El valor contractual del documento Conpes que implícitamente establece la pregunta, al darle carácter de acuerdo, es asunto a determinar por el Honorable Tribunal.*»

información alegada por el perito para poder ofrecer varias de las respuestas requeridas. Por lo anterior, considera que las conclusiones del perito son erróneas, toda vez que no se encuentran soportadas en las pruebas obradas en el expediente, sino en simples suposiciones carentes de soporte probatorio.

- b. El experticio no estableció de manera clara y concreta a cargo de quién se encontraba las obligaciones de construcción del cruce semafórico. Para desarrollar su argumento la convocada sostiene que en los documentos contractuales y precontractuales, de los cuales cita algunos, sí existía información suficiente para que el perito estableciera conclusiones relativas a la obligación de construir el cruce semafórico.
- c. El experticio parte de un supuesto erróneo al afirmar que no es posible determinar cómo ejecutó el Concesionario la obligación de alternativas durante la etapa de diseños, dado que no contaba con la información. De la misma manera que en cargos anteriores, la convocante sostiene que el perito sí disponía de la información suficiente para dilucidar este particular y para ello cita documentación contractual y complementaria.
- d. El experticio no establece de manera adecuada el recorrido promedio de la distancia en vacío consagrada en el apéndice 16. El dictamen sólo se limita a establecer kilómetros del recorrido, sin sacar los promedios de tales distancias, cuando sí estaba en la capacidad técnica de realizar la medición solicitada.
- e. El experticio incurre en error al establecer que no es posible determinar las diferencias que existen entre los valores de las obras según los diseños aprobados por la FGAUV y los diseños finales aprobados por el CID o planos “as built”, toda vez que no existían planos aprobados.
- f. Por último la convocante sostiene que el perito desconoce de manera tajante los deberes de los auxiliares de la justicia.

El convocado por su parte, se opone a la objeción grave presentada por la demandante por considerar que la objeción se basa en interpretaciones puramente subjetivas sobre aspectos jurídicos que no son del resorte de un experticio técnico. En particular se opone a todos los argumentos planteados en objeción grave así:

- a. Frente al primer argumento, la demandante solo expone consideraciones subjetivas que no constituyen ningún error grave susceptible de ser enmendado. Cuando el perito técnico no emite de fondo una conclusión, no puede considerarse ello como un pronunciamiento equivocado o falso que pueda atacarse por la vía del error grave. En fin, no existe en el

trabajo del perito ningún yerro abrupto que modifique o altere la realidad procesal.

- b. En torno al segundo argumento, debe decirse que lo discutido es un punto en derecho sobre el cual no se puede basar una objeción, y además el dictamen sólo puede ser objetado por el contenido de su respuesta y no por lo omitido por el experto. La conclusión de la convocante es puramente subjetiva.
- c. Frente al tercer argumento, reitera el demandado que el dictamen pericial sólo puede ser objetado respecto de aquellos conceptos técnicos que supongan un verdadero pronunciamiento sobre el objeto del experticio y que sea desproporcionado o abrupto. La falta de contestación de preguntas o la respuesta simplemente formal no suponen error grave.
- d. Frente al cuarto argumento, el representante de la parte convocada estima que no hay error grave por omisión de la medida, y recuerda que para que la objeción grave sea procedente, es requisito indispensable probar la existencia de una falta tan abrupta que cause conclusiones totalmente equivocadas que alteren el objeto de la investigación. Además afirma que se está interpretando erróneamente la expresión “recorrido muerto en promedio”, ya que se le está dando un alcance diferente al que previeron los pliegos.
- e. Frente al quinto argumento, sostiene de forma central el demandado que *“A pesar del esfuerzo que hace la Concesionaria para justificar la objeción, de su razonamiento no se desprende ningún error que ponga de manifiesto la existencia de gravísimas incoherencias que alteren o modifiquen los supuestos fácticos que rodean este asunto, por el contrario, de su redacción sólo se desprenden afirmaciones dirigidas a defender la tesis de su demanda.”*
- f. Frente al sexto argumento, el demandado considera que el argumento de la demandante es una valoración individual sobre la cual el Tribunal no debe pronunciarse, pues allí cuestiona una falta disciplinaria del perito que debe determinarse ante otras instancias.

El Tribunal pasa a estudiar los argumentos de la convocante de la siguiente manera:

Con respecto al primer argumento, el Tribunal considera que el dictamen del doctor Nestor Llano analizó correcta y cabalmente los documentos que le fueron proporcionados para la elaboración de su peritazgo, todo ello con miras a verificar los hechos que interesaban en el proceso. Por lo anterior, la objeción sobre este particular no está llamada a prosperar.

Frente al segundo argumento, el Tribunal considera que de los documentos depositados en el expediente no emerge de forma clara para un perito técnico la existencia o no de la obligación de construir el cruce semafórico, razón por la cual el Tribunal no considera que su afirmación sea manifiestamente equivocada ni contraria a naturaleza de las cosas analizadas. La determinación de la obligatoriedad de construcción de la obra cuestionada, con fundamento en la documentación depositada en el expediente, es una labor de contenido jurídico que es analizada con amplitud por el Tribunal en el estudio de los cargos de la demanda.

Con respecto al tercer argumento, el Tribunal debe reiterar que el perito cumplió cabalmente con las obligaciones que le atribuye la ley para el desarrollo de sus funciones, y que de la documentación que le fue entregada no podía extraer con claridad una conclusión sobre la obligación de alternativas planteada.

Frente al cuarto argumento, el Tribunal encuentra que la medición realizada por el perito no afectan la esencia de sus atribuciones, toda vez que la respuesta ofrecida es suficiente para verificar los hechos que interesan en el proceso.

Con respecto al quinto argumento, el Tribunal encuentra que la respuesta ofrecida por el perito ostenta la claridad y precisión esperada y que su análisis y conclusiones tienen suficientes fundamentos técnicos para sostener que no existían planos aprobados a los efectos que interesan en el proceso.

Frente al último argumento, el Tribunal encuentra sin fundamento la afirmación de la Convocante; es más, la tacha que se le esgrime apunta más bien a controvertir su proceso intelectual para refutar simplemente sus razonamientos y conclusiones, motivo por el cual su objeción no está llamada a prosperar.

Por último, el Tribunal, luego de valorar los experticios técnicos de parte de Alfredo Malagón y Henry Sánchez, así como de las demás pruebas aportadas, decide confirmar su decisión de que no hay lugar a que prospere la solicitud de objeción grave parcial del dictamen presentado por el Perito Néstor Llano Torres.

#### 4. Objeción al dictamen de Manuel H. Ortiz:

La parte convocada objeta por error grave el dictamen pericial de parte del doctor Manuel H. Ortiz aportado por la parte convocante, por considerar que las respuestas dadas por el perito son confusas, evaden su obligación como perito y no es imparcial en la rendición de su dictamen. Además de ello, mediante la citación de un importante número de respuestas del perito en el



escrito de aclaraciones, la parte convocada sostiene que el perito no responde a la pregunta formuladas, o no responde de fondo ni de manera concreta las observaciones hechas.

La parte convocante se opone a la objeción por error grave del experticio técnico de parte argumentando de manera amplia y detallada que el perito sí respondió a las preguntas formuladas, y además sus afirmaciones son basadas en los documentos contractuales. Además sostiene que el trabajo realizado por el ingeniero Ortiz no evade las respuestas y cumple con los lineamientos del art. 237 del C. de P. C. sobre precisión, claridad y grado de detalle. Así mismo afirma que no existe contradicción alguna en las respuestas y para ello cita varios apartados de las respuestas entregadas por el perito en desarrollo de su labor, y por ello sostiene que existe es un error de apreciación de la convocada. En fin, la convocante afirma que la oposición de Metro Cali se basa en simples apreciaciones sin soporte técnico y jurídico.

Sobre esta objeción el Tribunal estima que no hay merito para considerar probado el error grave en el dictamen pericial que nos ocupa, toda vez que de conformidad con la jurisprudencia y la ley las diferencias de opinión y los reproches de carácter metodológico no constituyen errores graves que puedan considerar una objeción al mismo.

##### 5. Objeción al dictamen de Enrique Villota:

La parte convocada objeta por error grave el dictamen pericial de parte del doctor Enrique Villota aportado por la convocante por incurrir en varias contradicciones respecto de diversos acápite del dictamen. Además considera un error que el perito tome como fechas de inicio del sistema el documento Conpes de 2007, pues éste no se existía al tiempo de la estructuración de los modelos financieros. Por último, considera un error que el perito estime que la modificación a las diferentes etapas obedeció a causas no imputables al Concesionario, pues con ello se esta desconociendo las diferentes solicitudes de suspensión que se encuentran en el expediente.

La parte convocante se opone a la objeción por error grave argumentando que en los diferentes documentos contractuales y de referencia sí se establecía una fecha de inicio del sistema. Agrega que no es posible probar o alegar una objeción sobre argumentaciones jurídicas y que el experticio no se fundamentó sobre bases equivocadas, ni cambió las cualidades propias del objeto examinado, así como tampoco evidencia errores de carácter metodológico. Por último, afirma que el no contestar de fondo una pregunta no es una situación que pruebe un error en la pericia.

Sobre esta objeción el Tribunal no encuentra en el dictamen analizado controversias de carácter jurídico que no tienen entidad suficiente para ser considerados como un yerro que de merito a descartar el dictamen. Así

mismo, se reitera que las diferencias de opinión y los reproches de carácter metodológico no constituyen errores graves que puedan considerar una objeción al mismo.

## **E. TACHA DE TESTIGOS**

En el caso presente, el apoderado de METRO CALI formuló tacha contra los testigos HUMBERTO VIDAL e ISABEL CRISTINA BURBANO, tachas que fueron sustentadas en los siguientes términos:

Respecto del señor Vidal manifestó:

“Señor Presidente, en este estado de la declaración me permito expresar una tacha de sospechoso al testigo, porque manejó un contrato de interventoría inicial en el cual se terminó con conflicto entre la interventoría y Metrocali. Eso lo hace que sea una persona, que sea sospechoso en sus declaraciones lo cual pues obvio se estudiará al momento de la sentencia, y en el interrogatorio que le voy a hacer a continuación trataremos de fijar esos criterios.”

Respecto de la señora Burbano manifestó:

"Gracias, señor presidente. Soy Juan Ángel Palacio, apoderado de la convocada. Lo primero, señor Presidente, y con todo respeto para la declarante y su apoderada, quiero manifestar que tacho de sospechoso el testimonio toda vez que en el desarrollo de la diligencia la abogada ha manifestado en primer lugar que está vinculada a la empresa que tiene directo interés en el resultado del negocio y que además participó en la elaboración de la demanda; esto para que conforme a las normas procesales sea analizado al momento al momento de proferir el respectivo fallo.”

De conformidad con el artículo 217 del Código de Procedimiento Civil, son sospechosos para declarar “las personas que en concepto del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación a las partes o a sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.”

Corresponde al Tribunal estimar si concurre alguna de las razones u otras distintas a las señaladas en la ley que hagan sospechar de la veracidad de los dichos de los testigos Humberto Vidal e Isabel Cristina Burbano.

A juicio de este Tribunal, que una persona tenga o haya tenido vínculos laborales o contractuales como en el presente caso con alguna de las partes en asuntos relacionados con el objeto materia del debate arbitral, no le resta *per se* credibilidad a su declaración si además de la información suministrada por los testigos, ésta se encuentra también respaldada en otras pruebas

como testimoniales, documentales, dictámenes periciales más aún cuando guardan relación con esos otros medios probatorios. Cabe aclarar que las apreciaciones, interpretaciones y opiniones que hayan expresado los testigos no constituyen *per se* prueba alguna.

Finalmente, en el expediente no existe ninguna prueba sobre la parcialidad o sesgo de los testigos que induzcan a error al fallador, por lo que este Tribunal no encuentra razón para quitarle eficacia probatoria a las declaraciones de los testigos, y procederá a apreciarlos en conjunto con las demás pruebas que obran en el expediente.

## **F. ALEGATOS PRESENTADOS POR EL MINISTERIO PÚBLICO**

### **Petición en sentido estricto:**

Por las razones expuestas, los Agentes del Ministerio Público, solicitan de manera respetuosa a los Árbitros, al problema No. 1. no acceder a las pretensiones; al problema No 2. acceder las mismas teniendo en cuenta en que ítems incurrió el concesionario CALI MIO S.A. en un mayor costo; Al problema No. 3 acceder en lo referente al cambio semafórico y la construcción de las vías de acceso a los patio y taller Puerto Mallarino; Al problema No. 4 exclusivamente se accede al incumplimiento de la ruta la vacío o muerta y se niegan las demás pretensiones; y al problema No. 5 negar las pretensiones de acuerdo con lo expuesto.

## **G. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO**

Para efectos de la liquidación de costas y agencias en derecho, el Tribunal tiene en cuenta lo siguiente:

### **1.- Costas:**

Mediante Auto N° 11, proferido en la audiencia del 20 de junio de 2.011, se establecieron los honorarios y gastos del proceso en relación con la demanda presentada por Cali Mío y con la demanda de reconvención instaurada por Metro Cali contra la primera, fijándose los honorarios de los árbitros y de la secretaria; los gastos de funcionamiento y administración del Centro de Arbitraje y Otros Gastos en la suma total de Un Mil Ochenta y Cuatro Millones Novecientos Treinta y Tres Mil Pesos \$1.084.933.000.00, suma ésta que fue cubierta en su totalidad por Cali Mío, toda vez que Metro Cali no depositó la suma a su cargo dentro del término establecido por el Tribunal. No obstante, Metro Cali procedió a reembolsar a favor de Cali Mío la suma de Cuatrocientos Cuarenta y Un Millones Setecientos Setenta y Tres Mil Pesos (\$441.773.000.00) pagados por esta con ocasión de las mencionadas partidas, lo cual realizó mediante consignación del mes de septiembre 2011.

En el curso del proceso se practicaron dos dictámenes periciales, cuyos costos fueron asumidos en su totalidad por Cali Mío quien solicitó las pruebas así:

El Tribunal decretó como honorarios por el peritazgo Financiero a favor de Luis Carlos Valenzuela, la suma de Ochenta Millones de Pesos (\$80.000.000.00); y como honorarios por el peritazgo rendido por Jaime Maldonado Fischer para probar la objeción del anterior, la suma de Cuarenta Millones de Pesos (\$40.000.000.00).

Como honorarios por el peritazgo Técnico a favor de Néstor Llano, la suma de Ochenta Millones de Pesos (\$80.000.000.00)

Los gastos totales para la elaboración de los dictámenes periciales, netos de devolución de saldos, según las cuentas aprobadas de los respectivos peritos, ascendieron a Cinco Millones Trescientos Noventa y Cinco Mil Pesos (\$5.395.000.00), de los cuales Cali Mio sufragó la totalidad.

En desarrollo del Tribunal se realizaron otros gastos de los cuales se rendirá cuentas una vez quede en firme el presente laudo.

En consideración a las decisiones que habrá de adoptar el Tribunal en la parte resolutive respecto de la demanda de Cali Mío y de la demanda de Reconvención de Metro Cali contra Cali Mío, como también desde el punto de vista de las consideraciones jurídicas y de las consecuencias económicas, el Tribunal considera que no hay lugar a condena en costas.

En relación con los pagos para la partida denominada "Otros Gastos", una vez se liquiden los gastos efectivamente incurridos, los saldos se reembolsarán a las partes.

2.- Agencias en derecho:

Por las mismas razones expuestas en cuanto a las costas del proceso, el Tribunal se abstendrá de hacer fijación por concepto de agencias en derecho.

## **H. PARTE RESOLUTIVA**

En mérito de lo expuesto, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, el Tribunal de Arbitramento,

**RESUELVE:**

**Primero.** Por las consideraciones expuestas en la parte motiva, no proceden las objeciones por error grave formuladas por Cali Mio frente al dictamen pericial rendido en este proceso por los peritos Luis Carlos Valenzuela Delgado y Néstor Llano, ni las objeciones que formuló Metro Cali frente a los dictámenes de parte de Manuel H. Ortiz y Enrique Villota allegados por Cali Mío. No proceden las tachas formuladas por Metro Cali contra los testigos Isabel Burbano y Humberto Vidal.

**Segundo.** Por las razones enunciadas en la parte motiva, el Tribunal rechaza las Pretensiones Primera, Segunda, Tercera y Cuarta del acápite I. Pretensión Declarativa de la Mayor Permanencia de la Obra de la Demanda Reformada de la Convocante.

**Tercero.** Por las razones enunciadas en la parte motiva, el Tribunal rechaza las Pretensiones Primera, Segunda y Tercera del acápite II. Pretensiones Declarativas de Mayores Obras y Mayores Costos de la Demanda Reformada de la Convocante.

**Cuarto.** Por las razones enunciadas en la parte motiva, el Tribunal rechaza las Pretensiones Primera y Segunda del acápite III. Pretensión Declarativa del Desequilibrio o Ruptura de la Ecuación Financiera del Contrato de la Demanda Reformada de la Convocante.

**Quinto.** Por las razones enunciadas en la parte motiva, el Tribunal acepta la Pretensión Primera del acápite IV. Pretensión Declarativa de Interpretación del Contrato de la Demanda Reformada de la Convocante.

**Sexto.** Por las razones enunciadas en la parte motiva, el Tribunal rechaza las Pretensiones Primera y Segunda del acápite V. Pretensión Declarativa de Nulidad de la Demanda Reformada de la Convocante.

**Séptimo.** Como consecuencia de las declaraciones anteriores, el Tribunal rechaza las Pretensiones Primera, Segunda, Tercera, Cuarta y Quinta del acápite VI. Pretensiones de Condena de la Demanda Reformada de la Convocante.

**Octavo.** Por las razones expuestas en la parte motiva, el Tribunal rechaza las Pretensiones Declarativas Primera y Segunda, las Pretensiones

Consecuenciales Tercera y Cuarta y las Pretensiones de Condena Cuarta y Quinta de la Demanda de Reconvención.

**Noveno.** Por las razones expuestas en la parte motiva, el Tribunal se declara inhabilitado para hacer declaraciones en relación con el Consorcio Diconsultoría S.A. Interdiseños Ltda.

**Décimo.** En relación con las excepciones de mérito propuestas por Metro Cali contra las pretensiones de la demanda reformada de Cali Mío, no habiendo prosperado ninguna de las pretensiones de la demanda frente a las cuales se opusieron, el Tribunal se abstiene en esta parte resolutive de pronunciarse sobre las mismas.

**Undécimo.** En relación con las excepciones de mérito propuestas por Cali Mío contra las pretensiones de la demanda de reconvención de Metro Cali, no habiendo prosperado ninguna de las pretensiones de la demanda frente a las cuales se opusieron, el Tribunal se abstiene en esta parte resolutive de pronunciarse sobre las mismas.

**Duodécimo.** De conformidad con lo expuesto por el Tribunal en la parte motiva, no se profiere condena en costas ni agencias en derecho.

**Decimotercero.** Protocolícese el expediente en una de las notarías del Círculo de Cali.

**NOTIFÍQUESE.**

El Laudo fue notificado en audiencia a los señores apoderados de las partes, a quienes por Secretaría les fue entregada copia auténtica.

**JORGE EDUARDO CHEMAS J. ALEJANDRO LINARES CANTILLO**  
**Presidente Árbitro**

**MARTÍN BERMUDEZ MUÑOZ MARIA FERNANDA CARDONA**  
**Árbitro Secretaria**