

RV: ENVIO 4 - ANEXOS A LA CONTESTACION DEMANDA - RADICACIÓN No. 2020-000263 (11001 3343 062 2020 00263 00) - DEMANDANTES: REPARACIONES D.T.E. HIJOS S.A.S. (NIT.900.813.243-0).

Correspondencia Sede Judicial CAN - Bogotá - Bogotá D.C. <correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Miércoles 25/08/2021 16:42

Para: Juzgado 62 Administrativo Seccion Tercera - Bogotá - Bogotá D.C. <jadmin62bta@notificacionesrj.gov.co>

📎 16 archivos adjuntos (22 MB)

Resolución 657 de 2019.pdf; Resolución 031 de 2019.pdf; Resolución 157 de 2019.pdf; 2019-ER-4329.pdf; 2019-ER-05449.pdf; 2019-ER-5449.pdf; 2020-EE-12494.pdf; 2020-ER-26282.pdf; 2017EE1526.pdf; 2017ER09135.pdf; 2019-EE-04863 (Rta. 2019-ER-04329).pdf; 2019-EE-04901.pdf; 2019-EE-05085.pdf; 2019-ER-0382.pdf; 2019-ER-03282.pdf; 2019-ER-04329.pdf;

Cordial saludo,

De manera atenta informamos que ha sido radicado el presente correo como memorial para el proceso relacionado en el mismo, dentro del registro en el aplicativo siglo XXI podrá confirmar los datos del mensaje como Asunto, fecha y hora de recibo.

Atentamente,

Grupo de Correspondencia
Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos
Sede Judicial CAN
CAMS

De: Javier Alfonso Gnecco Campo <javier.gnecco@transmilenio.gov.co>

Enviado: miércoles, 25 de agosto de 2021 3:40 p. m.

Para: Correspondencia Sede Judicial CAN - Bogotá - Bogotá D.C. <correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Juzgado 62 Administrativo Seccion Tercera - Bogotá - Bogotá D.C. <jadmin62bt@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: JOHN WILLIAM ESPINOSA ROMERO <notificacionesjudiciales@secretariajuridica.gov.co>; Alejandro Revollo Rueda <alejandro.revollo@gmail.com>; Procesos Judiciales - Oficina Juridica <procesosjudiciales@procuraduria.gov.co>; procesosnacionales@defensajuridica.gov.co <procesosnacionales@defensajuridica.gov.co>

Asunto: ENVIO 4 - ANEXOS A LA CONTESTACION DEMANDA - RADICACIÓN No. 2020-000263 (11001 3343 062 2020 00263 00) - DEMANDANTES: REPARACIONES D.T.E. HIJOS S.A.S. (NIT.900.813.243-0).

Bogotá D.C., agosto del 2021.

Doctora:

MARÍA DEL TRÁNSITO HIGUERA GUÍO.

JUEZ 62 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SECCIÓN TERCERA.

Correo electrónico correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C.




**Asunto: ANEXOS DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA.
MEDIO DE CONTROL REPARACIÓN DIRECTA
RADICACIÓN No. 2020-000263 (11001 3343 062 2020 00263 00)**














DEMANDANTES: REPARACIONES D.T.E. HIJOS S.A.S. (NIT.900.813.243-0).

DEMANDADOS: BOGOTÁ, DISTRITO CAPITAL y la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO (TRANSMILENIO S.A.).

JAVIER ALFONSO GNECCO CAMPO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 73.114143 expedida en Cartagena (bol.) y portador de la tarjeta profesional No. 78.385 del Consejo Superior de la Judicatura, en ejercicio del poder que se me ha conferido por parte de la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.**, encontrándome dentro de la oportunidad legal, procedo a enviar documentos anexos de la **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA** de la referencia.

ANEXOS:

Nombre	Fecha de modificación	Tipo	Tamaño
 Resolución 031 de 2019	16/06/2021 3:53 p. m.	Adobe Acrobat D...	4.589 KB
 Resolución 157 de 2019	16/06/2021 3:53 p. m.	Adobe Acrobat D...	12.826 KB
 Resolución 657 de 2019	16/06/2021 3:53 p. m.	Adobe Acrobat D...	777 KB

Nombre	Fecha de modificación	Tipo	Tamaño
 2017EE1526	29/06/2021 11:31 a. m.	Adobe Acrobat D...	152 KB
 2017ER09135	29/06/2021 11:31 a. m.	Adobe Acrobat D...	114 KB
 2019-EE-04863 (Rta. 2019-ER-04329)	16/06/2021 3:53 p. m.	Adobe Acrobat D...	532 KB
 2019-EE-04901	16/06/2021 3:53 p. m.	Adobe Acrobat D...	137 KB
 2019-EE-05085	16/06/2021 3:53 p. m.	Adobe Acrobat D...	776 KB
 2019-ER-0382	29/06/2021 11:28 a. m.	Adobe Acrobat D...	192 KB
 2019-ER-03282	16/06/2021 3:53 p. m.	Adobe Acrobat D...	192 KB
 2019-ER-04329	16/06/2021 3:53 p. m.	Adobe Acrobat D...	485 KB
 2019-ER-4329	29/06/2021 11:39 a. m.	Adobe Acrobat D...	485 KB
 2019-ER-05449	16/06/2021 3:53 p. m.	Adobe Acrobat D...	366 KB
 2019-ER-5449	29/06/2021 11:39 a. m.	Adobe Acrobat D...	366 KB
 2020-EE-12494	29/06/2021 11:39 a. m.	Adobe Acrobat D...	575 KB
 2020-ER-26282	29/06/2021 11:39 a. m.	Adobe Acrobat D...	430 KB

NOTIFICACIONES:**Parte demandada:**

Bogotá, Distrito Capital: notificacionesjudiciales@secretariajuridica.gov.co.

La Entidad y el suscrito abogado que la representa como su apoderado recibiremos notificaciones personales en los términos de ley a través del correo electrónico exclusivo para notificaciones judiciales notificacionesjudiciales@transmilenio.gov.co.

Igualmente recibo las demás notificaciones en el buzón de correo electrónico institucional como funcionario de la entidad javier.gnecco@transmilenio.gov.co y en mi correo personal gneccocja@yahoo.com.

La dirección de la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.** ubicada en la Avenida El Dorado No. 69-76, Edificio Elemento, Torre 1, piso 5, Bogotá – Colombia, Horario: 7:00 a.m. a 4:30 p.m. El actor en la dirección anotada en la demanda principal.

Parte demandante: En la dirección Calle 29 BIS SUR No. 29-67 de la ciudad d Bogotá D.C. y en el buzón de correo electrónico: alejandro.revollo@gmail.com. La apoderada de la parte demandante elianasanchez63@hotmail.com. Dirección Calle 7 No. 15ª-38.

A Ministerio público en el correo electrónico: procesosjudiciales@procuraduria.gov.co.

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica: procesosnacionales@defensajuridica.gov.co

Del H. Juez, con el acostumbrado respeto y la debida consideración.



Cordialmente,

JAVIER ALFONSO GNECCO CAMPO

C.C. 73.114.143 de Cartagena (Bol.).

T.P. 78.385 del C. S. de la Judicatura.

Apoderado TRANSMILENIO S.A.

Javier Alfonso Gnecco Campo

Profesional Especializado G6 Defensa Judicial

Subgerencia Jurídica – Transmilenio S.A.

javier.gnecco@transmilenio.gov.co

Tel. 2203000 Extensión 1402.



 *Piense en el Medio Ambiente antes de imprimir este documento.*

NOTA CONFIDENCIAL: Este mensaje (Incluyendo cualquier anexo) contiene información confidencial y se encuentra protegido por la Ley. Sólo puede ser utilizada por la persona o compañía a la cual este dirigido. Si usted no es el receptor autorizado, o por error recibe este mensaje, favor borrarlo inmediatamente. Cualquier retención, difusión, distribución, copia o toma cualquier acción basado en ella, se encuentra estrictamente prohibido.

This message (including any attachments) contains confidential information intended for a specific individual and purpose, and is protected by law. If you are not the intended recipient, you should delete this message. Any disclosure, copying, or distribution of this message, or the taking of any action based on it, is strictly prohibited.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DISTRITAL DE MOVILIDAD
TRANSMILENIO S.A.

TRANSMILENIO S.A. 02-02-2017 11:50:38

Al Contestar Cite Este Nr.:2017EE1526 O 1 Fol:2 Anex:0

ORIGEN: : GERENCIA GENERAL./ROJAS LOPERA ALEXANDRA
DESTINO: TRANZIT S.A.S./EDNA PIEDAD CUBILLOS CAICEDO
ASUNTO: RAD. 2017ER2723
OBS: MELBA P

Bogotá,

Doctora
EDNA PIEDAD CUBILLOS CAICEDO
Gerente General
TRANZIT S.A.S.
Calle 6 Sur No. 15^a-24
Bogotá

ASUNTO: Oficio Radicado Transmilenio S.A, con número: 2017ER2723 del 01 de febrero de 2017.

Apreciada doctora Cubillos:

Acuso recibo de su comunicación con radicado del asunto, en el que manifiesta que: *"el día de ayer, 31 de enero **TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S -TRANZIT SAS.-** presentó ante la Superintendencia de Sociedades solicitud para ser admitida a proceso de reorganización empresarial".* Al respecto, me permito recordarle que no obstante lo anterior, todas las obligaciones contractuales con esta entidad, derivadas del contrato de concesión No 11 de 2010, se mantienen.

Esto en cumplimiento de lo establecido en el artículo 21 de la Ley 1116 de 2006, que ordena:

***"Artículo 21. Continuidad de contratos.** Por el hecho del inicio del proceso de reorganización no podrá decretarse al deudor la terminación unilateral de ningún contrato, incluidos los contratos de fiducia mercantil y encargos fiduciarios con fines diferentes a los de garantía. Tampoco podrá decretarse la caducidad administrativa, a no ser que el proceso de declaratoria de dicha caducidad haya sido iniciado con anterioridad a esa fecha.*

Los incumplimientos de obligaciones contractuales causadas con posterioridad al inicio del proceso de reorganización, o las distintas al incumplimiento de obligaciones objeto de dicho trámite, podrán alegarse para exigir su terminación, independientemente de cuando hayan ocurrido dichas causales. (...)"

En igual sentido, la Corte Constitucional ha dejado en claro que:



"(...) "3.7.2. Artículo 21 de la ley 1116 de 2006.

El artículo 21 de la Ley 1116 de 2006 consagra en Colombia el principio de **continuidad de los contratos** y señala una premisa general que establece que "por el hecho del inicio del proceso de reorganización no podrá decretarse al deudor la terminación unilateral de ningún contrato".

(...) Por consiguiente, si por alguna razón el empresario incumple de forma grave e injustificada obligaciones derivadas del contrato posteriores a la fecha de iniciación de la negociación se hará responsable frente a la entidad contratante y la administración podrá hacer uso de la potestad que le otorga el artículo 18 de la ley 80 de 1993 y decretar la caducidad del respectivo contrato" (negrilla y subrayado fuera de texto). (...)¹

De otra parte, y atendiendo las exigencias del artículo 17 de la ley 1116 de 2007², si la sociedad que usted representa radicó ante la Superintendencia de Sociedades una solicitud para ser admitida en un proceso de reorganización, lo cual no ha sido acreditado, es claro que ello produce una serie de efectos jurídicos que sólo atañen a su empresa y en ello a sus administradores y no involucran a esta entidad.

Será cuando se surta el respectivo trámite ante la Superintendencia de Sociedades y su empresa acredite los supuestos legales del caso en que eventualmente se dará inicio al proceso de reorganización, momento en el cual, los terceros que tengamos relaciones

¹ Corte Constitucional Sentencia C-620 de 2012.

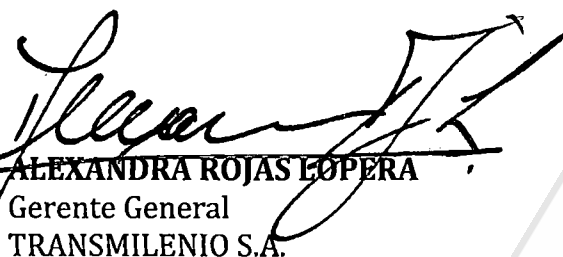
² "Artículo 17. Efectos de la presentación de la solicitud de admisión al proceso de reorganización con respecto al deudor. A partir de la fecha de presentación de la solicitud, se prohíbe a los administradores la adopción de reformas estatutarias; la constitución y ejecución de garantías o cauciones que recaigan sobre bienes propios del deudor, incluyendo fiducias mercantiles o encargos fiduciarios que tengan dicha finalidad; efectuar compensaciones, pagos, arreglos, desistimientos, allanamientos, terminaciones unilaterales o de mutuo acuerdo de procesos en curso; conciliaciones o transacciones de ninguna clase de obligaciones a su cargo; ni efectuarse enajenaciones de bienes u operaciones que no correspondan al giro ordinario de los negocios del deudor o que se lleven a cabo sin sujeción a las limitaciones estatutarias aplicables, incluyendo las fiducias mercantiles y los encargos fiduciarios que tengan esa finalidad o encomienden o faculden al fiduciario en tal sentido; salvo que exista autorización previa, expresa y precisa del juez del concurso..." (El subrayado es nuestro)




contractuales o comerciales con su empresa estaríamos involucrados. (Artículo 18. Ley 1116 de 2006).

Así las cosas, quedamos atentos a la decisión que tome la Superintendencia de Sociedades, y requerimos de TRANZIT en calidad de contratista concesionario el cabal cumplimiento de las obligaciones contractuales, siendo la más importante y fundamental, la prestación del servicio público a los usuarios del sistema TransMilenio.

Cordialmente,


ALEXANDRA ROJAS LOPERA
Gerente General
TRANSMILENIO S.A.

Elaboró: Melba Perez Tuta
Subgerente Jurídica 

C.C. Archivo



Bogotá D.C., 22 Marzo de 2017

Señores

TRANSMILENIO SA

AV EL DORADO 66 63

Ciudad

TRANSMILENIO S.A09135

TRANSMILENIO S.A09135

MAR 31 '17 PM 2:05

En nuestra condición de Promotora del acuerdo y de representante legal de **TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO SAS –TRANZIT SAS-**, en cumplimiento de lo dispuesto por el numeral 9 del artículo 19 de la ley 1116 de 2006, informamos a Ud. que mediante auto número 400-005940 de fecha marzo 13 de 2017, la Superintendencia de Sociedades decretó la apertura del proceso de reorganización de la sociedad.

Al ordenar la apertura del proceso, la Superintendencia de Sociedades fijo en sus dependencias el siguiente,


AVISO REORGANIZACIÓN

LA COORDINADORA DEL GRUPO DE APOYO JUDICIAL DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, DE CONFORMIDAD CON LO DISPUESTO EN EL NUMERAL 11 DEL ARTÍCULO 19 DE LA LEY 1116 DEL 27 DE DICIEMBRE DE 2006 Y EN CUMPLIMIENTO DEL AUTO No. 400-005940 DEL 13 DE MARZO DE 2017.

AVISA:

1. Que por **Auto No. 400-005940 del 13 de marzo de 2017**, se admitió al proceso de reorganización a la sociedad **TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S – TRANZIT S.A.S. EN REORGANIZACIÓN**, identificada con **NIT. 900.394.177**, con **domicilio en la ciudad de Bogotá**, en los términos y con las formalidades establecidas en la Ley 1116 de 2006, reformada por la Ley 1429 de 2010.

2. Que según lo establecido en el citado Auto de apertura, fue designada como promotora la Doctora **CONSUELO ARANGO GALVIS**, identificada con C.C. 35.456.600



3. Que los acreedores pueden comunicarse, si lo consideran pertinente, con la promotora de la sociedad en cuestión, para efectos del proyecto de calificación y graduación de créditos y determinación de derechos de voto en la: **Calle 127 B No. 46- 62, en la ciudad de Bogotá, Teléfono Fijo: 2-74-16-60, Celular: 313-424-32-79, correo electrónico: consultorarangogalvis@gmail.com.**

4. Que se ordenará la inscripción del Auto de apertura en la Cámara de Comercio, conforme lo señala el artículo 19 numeral 2º de la Ley 1116 de 2006.

5. Que de conformidad con lo establecido en el numeral 11º del artículo 19 de la Ley 1116 de 2006, la deudora sin autorización del juez del concurso, no podrá realizar enajenaciones que no estén comprendidas en el giro ordinario de sus negocios, ni constituir cauciones sobre bienes del deudor, ni hacer pagos, ni arreglos relacionados con sus obligaciones, ni adoptar 2/2 AVISO REORGANIZACION Y CONCORDATO 2017-01-120569 TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S A S SIGLA TRANZIT S A S reformas estatutarias tratándose de personas jurídicas, y en general deberá dar cumplimiento al artículo 17 de la citada ley.

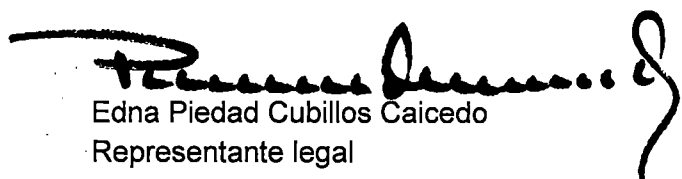
6. Que el presente aviso **SE FIJA** en un lugar público del Grupo de Apoyo Judicial de esta Superintendencia, por el término de cinco (5) días hábiles a partir del día **22 de marzo de 2017**, a las **8:00 a.m.** y **SE DESFIJA** el día **28 de marzo de 2017**, a las **5:00 p.m.**

En los libros de la empresa Ud. aparece como titular de una acreencia por valor de \$834.380.071,08 cuyo monto le solicitamos nos confirme o en caso contrario nos comuniquemos cualquier diferencia

Atentamente


Consuelo Arango Galvis
Promotora

Email: consultoraaangogalvis@gmail.com


Edna Piedad Cubillos Caicedo
Representante legal

Email: edna.cubillos@tranzit.com.co

Bogotá D.C.,

Doctora
SUGEY ANDREA RODRÍGUEZ BERNAL
Representante Legal
TRANZIT S.A.S.
Calle 6 Sur No. 15ª – 24
Tel: 7455700
Bogotá D.C.

Asunto: Respuesta comunicación con radicado 2019ER4329

Respetada Doctora:

En atención al radicado del asunto, nos permitimos dar respuesta a sus solicitudes en los siguientes términos.

1. ANTECEDENTES

En primer lugar, manifestamos que actualmente la entidad se encuentra resolviendo los recursos de reposición interpuestos por TRANZIT S.A.S. y sus garantes en contra de la Resolución 031 de 2019.

Al respecto, la entidad se permite informar que solicitó concepto sobre la procedencia de la figura de la compensación ordenada por la Resolución 031 a la Superintendencia de Sociedades – oficio con radicado 2019EE3879 de 4 de marzo de 2019 – y expedirá el acto administrativo pertinente en cuanto se tenga la respectiva respuesta.

R-DA-005 Enero de 2016

Sin perjuicio de lo anterior, se recuerda que la entidad cuenta con 2 meses para resolver los recursos contados desde su interposición – 4 de febrero de 2019 –, de conformidad con el artículo 86 del CPACA.

En cuanto a la orden proferida por el laudo arbitral de 30 de noviembre de 2018 al Ente Gestor de pagar \$14.577.952.515 COP, suma que se ordenó compensar mediante la Resolución 031, se manifiesta que, en cualquier caso, la entidad cuenta con un plazo de 10 meses para pagar la obligación – sin que se generen intereses de mora – de conformidad con el tenor del artículo 299 del CPACA.

2. SOLICITUDES DE RESTABLECIMIENTO DE EQUILIBRIO ECONÓMICO

TRANZIT S.A.S. solicita que TRANSMILENIO S.A. le reconozca valores en razón del desequilibrio económico del contrato entre el 1 de julio de 2017 y el 31 de enero de 2019, por los siguientes conceptos:

2.1. Kilómetros en vacío:

Al respecto, debe resaltarse que, entre la fecha de la presentación de la demanda y la fecha en la que se profirió el laudo arbitral NO HAY LUGAR AL RECONOCIMIENTO DE KILÓMETROS EN VACÍO.

Para los efectos, resulta necesario dirigirse a la página 198 del laudo arbitral donde se lee:

"Por las mismas razones, la pretensión centésima cuarta no prosperará.

Ahora bien, en relación con la pretensión centésima quinta, por virtud de la cual se pretende el pago de los mismos rubros contemplados en las pretensiones anteriores, que se causen desde la fecha de la ejecutoria del laudo hasta la entrega de los patios definitivos, no puede prosperar en los rubros correspondientes a arrendamientos e inversiones y adecuaciones por las razones antes anotadas.

De otra parte, esta pretensión tampoco prospera en lo que respecta a los valores correspondientes a kilómetros en vacío que se llegaron a causar con posterioridad al laudo, puesto que se trata de "consecuencias económicas"

R-DA-005 Enero de 2016

que no han ocurrido y respecto de las cuales el Tribunal no puede adoptar disposición diferente, en la medida en que se refiere a costos en los que no ha incurrido TRANZIT.

En el caso que nos ocupa, el concesionario tiene la posibilidad de proponer modificaciones a las rutas para evitar que se cause un mayor número de kilómetros en vacío, tal como se expresó en el Anexo Explicativo de la matriz de riesgos en los siguientes términos:

"(...) el contrato permite al concesionario – con fundamento en un estudio técnico que lo justifique – proponer las modificaciones a las rutas que considere necesarias para garantizar el servicio, lo que naturalmente incluye la modificación de los recorridos hasta las terminales zonales en caso de que no sea posible la consecución de suelo en alguna o algunas de las zonas concesionadas. En este evento, TRANSMILENIO S.A. analizará la solicitud y de ser pertinente autorizará la modificación de la ruta hasta el terminal zonal aprobado al concesionario"

Por lo anterior, la causación de un mayor valor por kilómetros en vacío derivado de la ubicación de las terminales con posterioridad a la fecha de esta providencia termina siendo incierta, circunstancia que conduce a concluir que la pretensión en análisis no prospera.

Corresponde entonces referirse a la pretensión subsidiaria, a través de la cual se pretende que, a título de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, se reconozcan los valores correspondientes a los rubros anotados, a partir de la fecha del laudo.

Para el Tribunal esta pretensión subsidiaria no prospera, puesto que no se cumplen los requisitos necesarios para que haya lugar a ordenar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, señalados de manera reiterada a lo largo de este laudo."

Es decir, el Tribunal concluyó que no se había probado el daño desde el 30 de junio de 2017 en adelante, motivo por el cual no era posible proferir una condena por este concepto.

Lo anterior, como es evidente, constituye cosa juzgada y, en este sentido, TRANSMILENIO S.A. no reconocerá el pago de los kilómetros en vacío entre el momento de la presentación de la demanda y la fecha del laudo.

Ahora bien, respecto del reconocimiento de este rubro desde la fecha del laudo en adelante, sin perjuicio del aparte del laudo ya citado, deben hacerse las siguientes precisiones:

En primer lugar, como es de su conocimiento, actualmente se está adelantando la negociación de un otrosí estructural a los contratos de concesión celebrados por TRANSMILENIO S.A. con los concesionarios de la Fase III del SITP. Lo anterior en el marco de la noción de sostenibilidad de los Sistemas de Transporte introducida por el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 *"Todos por un nuevo país"* expedido por medio de la Ley 1753 de 2015 y que también se encuentra contenida en el proyecto de Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 *"Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad"*.

A continuación, se resumen los hitos más importantes de esta negociación de la cual ustedes han sido parte

- El 30 de septiembre de 2016 el Ministerio de Transporte, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Superintendencia de Puertos y Transporte, la Procuraduría General de la Nación y el Departamento Nacional de Planeación, expidieron una circular denominada "Circular Conjunta – Sostenibilidad de los Sistemas de Transporte Masivo, Integrado y Estratégico núm. 2016010404321" a los alcaldes municipales y a los entes gestores de dichos sistemas, por medio de la cual promulgaron una serie de directrices que tienen como norte la "continuidad", "sostenibilidad", "acceso y calidad del servicio público de transporte terrestre de pasajeros" brindado por estos sistemas.
- En dicha Circular Conjunta se ordenó el inicio de unas mesas extraordinarias e inmediatas para garantizar el acceso y calidad del servicio público de transporte terrestre de pasajeros. Así mismo, se instó a las autoridades municipales, a las autoridades de tránsito y transporte y a los entes gestores de los sistemas de transporte, a llevar a cabo una evaluación detallada del servicio actual, un plan de choque que garantice la atención de la demanda insatisfecha de pasajeros, y un plan de mejoramiento que permita mejorar la calidad del servicio y que garantice la sostenibilidad de la operación. Así mismo, en dicha circular se estableció que para el efecto, y de ser necesario,

R-DA-005 Enero de 2016

las entidades territoriales deben reestructurar técnica, legal y financieramente los sistemas de transporte, "estableciendo políticas, metas y/o acciones que mitiguen las condiciones actuales de los sistemas y mejoren el panorama de la sostenibilidad y del servicio al usuario que proveen dichos sistemas".

- En atención a lo ordenado mediante Circular Conjunta, el 29 de enero de 2018 TRANSMILENIO S.A. presentó el plan de coque a los Concesionarios de la Fase III del SITP.
- Por otro lado y siguiendo lo establecido en la Circular Conjunta, la Procuraduría General de la Nación convocó a una mesa de trabajo el día 20 de noviembre de 2018, así:

"Por expresa disposición del señor Procurador General de la Nación tenemos el gusto de convocarlos a una reunión con el fin de generar un espacio para que Transmilenio S.A. y los operadores del Sistema Integrado de Transporte Público- SITP, encuentren soluciones concertadas para la sostenibilidad del sistema."

- Estas mesas de trabajo se adelantaron los días 20 de noviembre de 2018, 5 de diciembre de 2018 y 11 de diciembre de 2018 con la presencia del Procurador General de la Nación, el Contralor General de la República, el Vicecontralor General de la República, los Procuradores Delegados para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública, para la Conciliación Administrativa, para la Vigilancia Administrativa y Judicial, los representantes de los Concesionarios del SITP y funcionarios de TRANSMILENIO S.A.
- Como resultado de estas mesas de trabajo, los CONCESIONARIOS y TRANSMILENIO S.A. suscribieron un Memorando de Entendimiento de fecha catorce (14) de diciembre de 2018, en el cual se pactó, entre otros:

"PRIMERO. Continuar trabajando en la definición de soluciones técnicas, legales y financieras que garanticen la prestación del servicio de transporte en la ciudad de Bogotá D.C.

SEGUNDO. Acordar modificaciones contractuales que sean viables técnica, jurídica y financieramente en el marco de los contratos de concesión derivados de la licitación pública No. 004 de 2009 y la Circular Conjunta referida en los considerandos del presente memorando de entendimiento.

R-DA-005 Enero de 2016

TERCERO. Propender por la adopción de modificaciones operacionales que tengan como base una prestación de servicio más eficiente y de mejor calidad para el usuario. (...)

OCTAVO. Determinar a la mayor brevedad la materialización de un modificadorio contractual que garantice la sostenibilidad del sistema y la continuidad en la prestación del servicio del Sistema Integrado de Transporte Público-SITP"

- Así mismo, el 7 de febrero de 2019 se adelantó una nueva mesa de trabajo ante la Procuraduría General de la Nación denominada "Mesa para Verificar Avance".
- El 18 de febrero de 2019 mediante radicado 2019EE2793 el Gerente General (E) de TRANSMILENIO S.A. solicitó a la Procuraduría General de la Nación ejercer vigilancia preventiva sobre el SITP en los siguientes términos:

"Como es de su conocimiento, Transmilenio S.A. ha venido adelantando una pluralidad de mesas de trabajo con los concesionarios de la Fase III de TransMilenio encaminadas a buscar una solución estructural a los problemas que actualmente aquejan este componente del Sistema de Transporte. Por esta razón y en concordancia con el artículo 277 de la Constitución Política, los numerales 1, 2, 3 y 12 del artículo 24 del decreto 262 de 2000, y el artículo 5 de la Resolución 456 de 2010 de la Procuraduría General de la Nación solicito que se inicie vigilancia preventiva sobre el proceso de negociación y los resultados que del mismo se deriven con los concesionarios del Fase III de Transmilenio."

- Mediante Auto No. 0047-2019 del 19 de febrero de 2019 la Contraloría General de la República asumió control fiscal excepcional sobre el SITP en los siguientes términos:

"ARTÍCULO PRIMERO: ADMINISTRAR Y AUTORIZAR el control excepcional solicitado por el señor Alcalde Mayor de Bogotá, Dr. Enrique Peñalosa Londoño, sobre los recursos de carácter público destinados al servicio público de transporte, en el componente zonal del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá- SITP, los cuales se administran y ejecutan a través de los contratos de concesión suscritos en el marco de la Licitación Pública TMSA-LP-004-, identificados así:

R-DA-005 Enero de 2016

Contrato de Concesión No. 001 de 2010 suscrito entre Transmilenio S.A. y la sociedad Este es Mi Bus S.A.S.

Contrato de Concesión No. 002 de 2010 suscrito entre Transmilenio S.A. y la sociedad Este es Mi Bus S.A.S.

Contrato de Concesión No. 003 de 2010 suscrito entre Transmilenio S.A. y la Sociedad Empresa de Transporte Integrado de Bogotá S.A.S.

Contrato de Concesión No. 004 de 2010 suscrito entre Transmilenio S.A. y la sociedad Gmóvil S.A.S.

Contrato de Concesión No. 006 de 2010 suscrito entre Transmilenio S.A. y la sociedad Masivo Capital S.A.S.

Contrato de Concesión No. 007 de 2010 suscrito entre Transmilenio S.A. y la sociedad Masivo Capital S.A.S.

Contrato de Concesión No. 008 de 2010 suscrito entre Transmilenio S.A. y la sociedad Consorcio Express S.A.S.

Contrato de Concesión No. 009 de 2010 suscrito entre Transmilenio S.A. y la sociedad Consorcio Express S.A.S.

Contrato de Concesión No. 010 de 2010 suscrito entre Transmilenio S.A. y la sociedad Organización Suma S.A.S.

Contrato de Concesión No. 011 de 2010 suscrito entre Transmilenio S.A. y la sociedad Tranzit S.A.S."

ARTICULO SEGUNDO: COMISIONAR a la Contraloría Delegada para el Sector Infraestructura Física, Telecomunicaciones, Comercio Exterior y Desarrollo Regional, para la realización del presente control excepcional, a través de la actuación fiscal que estime conveniente de conformidad con la normatividad que rige la materia, y así mismo para que conozca, tramite y decida las indagaciones preliminares derivadas del presente control excepcional, respecto de los actos relacionados en el artículo primero del presente Auto, si hay lugar a ellas. (...)"

Asimismo, se están adelantando mesas de trabajo por parte de TRANSMILENIO S.A. exclusivas con TRANZIT S.A.S. en las cuales se está analizando la posibilidad de traslado de cabeceras a patios de las rutas del Concesionario, teniendo en cuenta que, de las 26 rutas operativas, 18 cabeceras aún no coinciden con los patios.

Sobre este punto se adelantaron las mesas de 28 de febrero y 6 de marzo de 2019 en el cual se presentó la propuesta de recorrido de cabecera a patios con el cambio de tablas, información complementada el día 12 de marzo de 2019 y que TRANSMILENIO S.A. se encuentra analizando.

R-DA-005 Enero de 2016

En este mismo sentido, el 4 de marzo de 2019 se realizó una reunión con el objetivo de revisar la metodología para cuantificar los kilómetros en vacío causados con posterioridad al laudo para precisar la cantidad ejecutada entre diciembre de 2018 y enero de 2019 y el Ente Gestor se encuentra revisando lo allí discutido.

Esta revisión se da sin perjuicio del hecho que en el marco de la negociación del otrosí estructural, TRANSMILENIO S.A. ha manifestado que no cuenta con recursos en el marco fiscal de mediano plazo que permitan el pago de Kilómetros en Vacío, ni tampoco la entrega de patios definitivos a los concesionarios de la Fase III del Sistema.

2.2. Terminación de contratos de COOBUS S.A.S. y EGOBUS S.A.S. y el retraso en la implementación de la fase II del SITP:

En este punto, el Tribunal de Arbitramento determinó que sí había habido una materialización de riesgos imprevisibles, por lo que la ecuación financiera del contrato se había desequilibrado y, en consecuencia, condenó a TRANSMILENIO S.A. a pagar \$7.847.199.484 COP por COOBUS S.A.S. y EGOBUS S.A.S., y \$1.683.952.903 COP por el retraso en la implementación, cifras que hacen parte de la condena total impuesta a TRANSMILENIO S.A. correspondiente a \$14.577.952.515 COP.

Por el contrario, el laudo arbitral no profirió ninguna orden de restablecer por este concepto hacia el futuro, como se pasa a exponer:

*"no existe prueba en el expediente de la suma necesaria para restablecer el equilibrio del contrato con posterioridad al 1º de julio de 2017, ni mucho menos "a partir de la ejecutoria" del laudo, no prosperan la pretensión subsidiaria a la pretensión 107, ni la pretensión subsidiaria a la 108."*¹

En consecuencia, sobre este punto TRANSMILENIO S.A. solamente está obligada al pago de la condena proferida por el laudo y no accederá al pago de ningún otro concepto.

2.3. Evasión

¹ Laudo Arbitral de TRANZIT S.A.S. contra TRANSMILENIO S.A. P. 230.
R-DA-005 Enero de 2016

Respecto de este rubro, es importante advertir al Concesionario que el laudo arbitral NO EFECTUÓ CONDENA ALGUNA:

"A este respecto se tiene que la parte demandante no presentó prueba para establecer la evasión en el componente zonal, se refirió exclusivamente a la cuantificación en el componente de alimentación.

*En tales circunstancias, no quedó acreditado el desequilibrio financiero del contrato que pudiera derivarse de la evasión en la operación zonal, razón por la cual la pretensión subsidiaria a la cuadragésima octava no prospera."*²

Por lo que tampoco es procedente la reclamación sobre este aspecto.

3. CONCLUSIÓN

En los términos expuestos, TRANSMILENIO S.A. resolverá los recursos de reposición interpuestos en contra de la Resolución 031 de 2019 en cuanto tenga respuesta de la Superintendencia de Sociedades sobre la procedencia de la compensación, término que, en cualquier caso, puede ampliarse hasta el 4 de abril de 2019, según lo dispuesto en el artículo 86 del CPACA.

Con la respectiva decisión en firme, el Ente Gestor procederá, en consecuencia, ya sea a compensar las sumas a que haya lugar o, por el contrario, a pagar la condena proferida por el laudo arbitral, dejando claro que, de cualquier manera, cuenta con plazo hasta el 11 de octubre de 2019 para los efectos, de acuerdo con el artículo 299 del CPACA.

Adicionalmente, se deja formalmente sentada la posición de que no se reconocerán las sumas solicitadas por el Concesionario por evasión, toda vez que el laudo no profirió condena alguna por este rubro; por COOBUS S.A.S. y EGOBUS S.A.S., y retraso en la implementación de la Fase II por fuera o en adición a la condena proferida por el laudo arbitral; ni por kilómetros en vacío desde la fecha de la presentación de la demanda hasta la expedición del laudo, toda vez que el laudo concluyó que éstos no se habían probado en el proceso y, en ese sentido, se configura la cosa juzgada.

² Laudo Arbitral de TRANZIT S.A.S. contra TRANSMILENIO S.A. P. 313.
R-DA-005 Enero de 2016



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.



SECRETARÍA DISTRITAL DE MOVILIDAD
TRANSMILENIO S.A.

Finalmente, se insiste, respecto de los kilómetros en vacío causados con posterioridad a la expedición del laudo, que las partes contractuales han venido sosteniendo mesas de negociación para determinar las obligaciones causadas por este concepto. Reiterando, no obstante que la propuesta de modificación estructural que se ha venido trabajando con los concesionarios no contempla reconocimiento alguno por este concepto.

Atentamente,



JULIA REY BONILLA
SUBGERENTE JURÍDICA

Proyectó: Ana María Herrera Pineda – Contratista Subgerencia Jurídica 
Revisó: Salwa María Manotas – Contratista Subgerencia General 
Código: 802

R-DA-005 Enero de 2016

Avenida Eldorado No. 69 - 76
Edificio Elemento - Torre 1 Piso 5
PBX: (57) 2203000
FAX: (57) 3249870-80
Código postal: 111071
www.transmilenio.gov.co
Información: línea 4823304



BOGOTÁ
MEJOR
PARA TODOS



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DISTRITAL DE MOVILIDAD
TRANSMILENIO S.A.

TRANSMILENIO S.A. 13-03-2019 04:27:37

Al Contestar Cite Este Nr.:2019EE4901 O 1 Fol:2 Anex:0

ORIGEN: Sd:625 - SUBGERENCIA JURIDICA./REY BONILLA JULIA
DESTINO: TRANZIT S.A.S./SUGEY ANDREA RODRIGUEZ BERNAL
ASUNTO: RESPUESTA RAD. 2019ER8187
OBS: ANA H.

Bogotá D.C.,

Doctora

SUGEY ANDREA RODRÍGUEZ BERNAL

Representante Legal

TRANZIT S.A.S.

Calle 6 Sur No. 15ª – 24

Tel: 7455700

Bogotá D.C.

Asunto: Respuesta comunicación con radicado 2019ER8187

Respetada Doctora:

Por medio de la presente, TRANSMILENIO S.A. se permite dar respuesta al comunicado del asunto en el que TRANZIT S.A.S. pone de presente unas situaciones que, en su concepto, exponen al Concesionario a un nivel grave de incertidumbre ante la falta de acción de la entidad.

En primer lugar, los procedimientos sancionatorios están a cargo de la entidad contratante por expresa disposición legal y, en ese sentido, ésta puede conducirlos siempre y cuando respete los plazos de ley.

En efecto, para el caso que nos ocupa – se reitera lo manifestado en múltiples comunicaciones – actualmente TRANSMILENIO S.A. se encuentra resolviendo los recursos de reposición interpuestos en contra de la Resolución 031 de 2019, para lo cual, en los términos del artículo 86 del CPACA, cuenta con dos meses que vencen el 4 de abril de 2019.

R-DA-005 Enero de 2016

Avenida Eldorado No. 69 - 76
Edificio Elemento - Torre 1 Piso 5
PBX: (57) 2203000
FAX: (57) 3249870-80
Código postal: 111071
www.transmilenio.gov.co
Información: línea 4823304



**BOGOTÁ
MEJOR
PARA TODOS**

Por otra parte, la decisión contenida en la Resolución 031 de 2019 de compensar las obligaciones recíprocas, no fue “una decisión inexplicable” o sorpresiva para el Concesionario, toda vez que los garantes repetitivamente presentaron dicha solicitud en el desarrollo del proceso sancionatorio No. 3 de 2018, sin que TRANZIT S.A.S. se manifestara al respecto en los descargos o en los alegatos de conclusión.

Adicionalmente, debe resaltarse que, como quiera que gran parte de los recursos presentados por el Concesionario y sus garantes tendieron a cuestionar o soportar la procedencia de la compensación, se hizo necesario elevar la respectiva solicitud de concepto, cuya respuesta por parte de la Superintendencia de Sociedades deviene necesaria para resolver los recursos de fondo.

Asimismo, respecto del momento en el que se elevó la consulta, en primer lugar debe manifestarse que ésta es una decisión potestativa de TRANSMILENIO S.A. que, por lo demás, pretende brindar las mayores garantías al Concesionario en sede de un procedimiento administrativo y que se está dando dentro de los términos de ley.

En cualquier caso, llama la atención que TRANZIT S.A.S. manifieste esta preocupación cuando, de hecho, también elevó la misma consulta ante la Superintendencia de Sociedades el día 8 de marzo de 2019 – radicado 2019-01-054575.

En cuanto a la inasistencia a las reuniones citadas por TRANZIT S.A.S. para “socializar los términos de la fórmula del acuerdo con los acreedores”, debe recordarse que TRANSMILENIO S.A. sólo ha sido citado a una reunión de esta naturaleza, a la cual no pudo asistir como se manifestó por escrito en su momento. No obstante, la Subgerente Económica de la entidad adelantó con Usted mesas de trabajo para comprender y discutir la propuesta de proyecto de reorganización y sus anexos.

Respecto de este mismo tema, se itera que la versión actualizada del proyecto de reorganización fue allegada por TRANZIT S.A.S. a la entidad por correo electrónico el 11 de marzo a las 6:22pm.

De cualquier manera, TRANSMILENIO S.A. radicó el día de hoy ante la Superintendencia de Sociedades los comentarios y observaciones al acuerdo, mediante oficio con radicado 2019EE4885.


Ahora bien, respecto de la ausencia de respuesta por parte de la entidad sobre el restablecimiento del equilibrio económico del contrato debe manifestarse que, a la

R-DA-005 Enero de 2016

fecha, TRANSMILENIO S.A. ha dado respuesta a la totalidad de comunicaciones enviadas por TRANZIT S.A.S. para el efecto.

Finalmente, el Ente Gestor manifiesta que no ha postergado la firma del Otrosí Estructural. Por el contrario, desde el inicio de las negociaciones, se acordó con los Concesionarios que la materialización del otrosí estaría sujeta a una condición suspensiva, consistente en encontrar la viabilidad jurídica que soporte la modificación contractual.

Atentamente,


JULIA REY BONILLA
SUBGERENTE JURÍDICA

Proyectó: Ana María Herrera Pineda – Contratista Subgerencia Jurídica
Código: 000

R-DA-005 Enero de 2016

Avenida Eldorado No. 69 - 76
Edificio Elemento - Torre 1 Piso 5
PBX (57) 2203000
FAX: (57) 3249870-80
Código postal: 111071
www.transmilenio.gov.co
Información: línea 4823304



**BOGOTÁ
MEJOR
PARA TODOS**

TRANSMILENIO S.A. 15-03-2019 03:14:19

Al Contestar Cite Este Nr.:2019EE5085 O 1 Fol:1 Anex:5

ORIGEN: Sd:635 - SUBGERENCIA JURIDICA/REY BONILLA JULIA
DESTINO: TRANZIT S.A.S./SUGEY ANDREA RODRIGUEZ BERNAL
ASUNTO: RESPUESTA RAD. 209ER8474
OBS: ANA H.

Bogotá D.C.,

Doctora
SUGEY ANDREA RODRÍGUEZ BERNAL
Representante Legal
TRANZIT S.A.S. – En reorganización
Calle 6 Sur No. 15 A – 24
Teléfono: 7455700
Bogotá D.C.

Asunto: Respuesta Derecho de Petición – radicado 2019ER8474

Respetada Doctora,

En atención al radicado del asunto en el que se solicita que la Entidad dé respuesta a la solicitud con radicado 2019ER4329, informamos que la respuesta fue proferida por la Subgerencia Jurídica con radicado 2019EE4863 de 13 de marzo de 2019.

En cualquier caso, anexamos la mencionada respuesta.

Atentamente,


JULIA REY BONILLA
SUBGERENTE JURÍDICA

Anexos: (5) folios

Proyectó: Ana María Herrera Pineda – Contratista Subgerencia Jurídica
Código: 805

R-DA-005 Enero de 2016

TRANSMILENIO S.A. 13-03-2019 02:26:38

Al Contestar Cite Este Nr.:2019EE4863 O 1 Fol:5 Anex:0

ORIGEN: Sd:621 - SUBGERENCIA JURIDICA/REY BONILLA JULIA
DESTINO: TRANZIT S.A.S./SUGEY ANDREA RODRIGUEZ BERNAL
ASUNTO: RESPUESTA RAD. 2019ER4329
OBS: ANA H.

Bogotá D.C.,

Doctora
SUGEY ANDREA RODRÍGUEZ BERNAL
Representante Legal
TRANZIT S.A.S.
Calle 6 Sur No. 15ª – 24
Tel: 7455700
Bogotá D.C.

Asunto: Respuesta comunicación con radicado 2019ER4329

Respetada Doctora:

En atención al radicado del asunto, nos permitimos dar respuesta a sus solicitudes en los siguientes términos.

1. ANTECEDENTES

En primer lugar, manifestamos que actualmente la entidad se encuentra resolviendo los recursos de reposición interpuestos por TRANZIT S.A.S. y sus garantes en contra de la Resolución 031 de 2019.

Al respecto, la entidad se permite informar que solicitó concepto sobre la procedencia de la figura de la compensación ordenada por la Resolución 031 a la Superintendencia de Sociedades – oficio con radicado 2019EE3879 de 4 de marzo de 2019 – y expedirá el acto administrativo pertinente en cuanto se tenga la respectiva respuesta.

R-DA-005 Enero de 2016

Sin perjuicio de lo anterior, se recuerda que la entidad cuenta con 2 meses para resolver los recursos contados desde su interposición – 4 de febrero de 2019 –, de conformidad con el artículo 86 del CPACA.

En cuanto a la orden proferida por el laudo arbitral de 30 de noviembre de 2018 al Ente Gestor de pagar \$14.577.952.515 COP, suma que se ordenó compensar mediante la Resolución 031, se manifiesta que, en cualquier caso, la entidad cuenta con un plazo de 10 meses para pagar la obligación – sin que se generen intereses de mora – de conformidad con el tenor del artículo 299 del CPACA.

2. SOLICITUDES DE RESTABLECIMIENTO DE EQUILIBRIO ECONÓMICO

TRANZIT S.A.S. solicita que TRANSMILENIO S.A. le reconozca valores en razón del desequilibrio económico del contrato entre el 1 de julio de 2017 y el 31 de enero de 2019, por los siguientes conceptos:

2.1. Kilómetros en vacío:

Al respecto, debe resaltarse que, entre la fecha de la presentación de la demanda y la fecha en la que se profirió el laudo arbitral NO HAY LUGAR AL RECONOCIMIENTO DE KILÓMETROS EN VACÍO.

Para los efectos, resulta necesario dirigirse a la página 198 del laudo arbitral donde se lee:

"Por las mismas razones, la pretensión centésima cuarta no prosperará.

Ahora bien, en relación con la pretensión centésima quinta, por virtud de la cual se pretende el pago de los mismos rubros contemplados en las pretensiones anteriores, que se causen desde la fecha de la ejecutoria del laudo hasta la entrega de los patios definitivos, no puede prosperar en los rubros correspondientes a arrendamientos e inversiones y adecuaciones por las razones antes anotadas.

De otra parte, esta pretensión tampoco prospera en lo que respecta a los valores correspondientes a kilómetros en vacío que se llegaron a causar con posterioridad al laudo, puesto que se trata de "consecuencias económicas"

R-DA-005 Enero de 2016

que no han ocurrido y respecto de las cuales el Tribunal no puede adoptar disposición diferente, en la medida en que se refiere a costos en los que no ha incurrido TRANZIT.

En el caso que nos ocupa, el concesionario tiene la posibilidad de proponer modificaciones a las rutas para evitar que se cause un mayor número de kilómetros en vacío, tal como se expresó en el Anexo Explicativo de la matriz de riesgos en los siguientes términos:

"(...) el contrato permite al concesionario – con fundamento en un estudio técnico que lo justifique – proponer las modificaciones a las rutas que considere necesarias para garantizar el servicio, lo que naturalmente incluye la modificación de los recorridos hasta las terminales zonales en caso de que no sea posible la consecución de suelo en alguna o algunas de las zonas concesionadas. En este evento, TRANSMILENIO S.A. analizará la solicitud y de ser pertinente autorizará la modificación de la ruta hasta el terminal zonal aprobado al concesionario"

Por lo anterior, la causación de un mayor valor por kilómetros en vacío derivado de la ubicación de las terminales con posterioridad a la fecha de esta providencia termina siendo incierta, circunstancia que conduce a concluir que la pretensión en análisis no prospera.

Corresponde entonces referirse a la pretensión subsidiaria, a través de la cual se pretende que, a título de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, se reconozcan los valores correspondientes a los rubros anotados, a partir de la fecha del laudo.

Para el Tribunal esta pretensión subsidiaria no prospera, puesto que no se cumplen los requisitos necesarios para que haya lugar a ordenar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, señalados de manera reiterada a lo largo de este laudo."

Es decir, el Tribunal concluyó que no se había probado el daño desde el 30 de junio de 2017 en adelante, motivo por el cual no era posible proferir una condena por este concepto.

R-DA-005 Enero de 2016

Lo anterior, como es evidente, constituye cosa juzgada y, en este sentido, TRANSMILENIO S.A. no reconocerá el pago de los kilómetros en vacío entre el momento de la presentación de la demanda y la fecha del laudo.

Ahora bien, respecto del reconocimiento de este rubro desde la fecha del laudo en adelante, sin perjuicio del aparte del laudo ya citado, deben hacerse las siguientes precisiones:

En primer lugar, como es de su conocimiento, actualmente se está adelantando la negociación de un otrosí estructural a los contratos de concesión celebrados por TRANSMILENIO S.A. con los concesionarios de la Fase III del SITP. Lo anterior en el marco de la noción de sostenibilidad de los Sistemas de Transporte introducida por el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 *"Todos por un nuevo país"* expedido por medio de la Ley 1753 de 2015 y que también se encuentra contenida en el proyecto de Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 *"Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad"*.

A continuación, se resumen los hitos más importantes de esta negociación de la cual ustedes han sido parte

- El 30 de septiembre de 2016 el Ministerio de Transporte, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Superintendencia de Puertos y Transporte, la Procuraduría General de la Nación y el Departamento Nacional de Planeación, expidieron una circular denominada "Circular Conjunta – Sostenibilidad de los Sistemas de Transporte Masivo, Integrado y Estratégico núm. 2016010404321" a los alcaldes municipales y a los entes gestores de dichos sistemas, por medio de la cual promulgaron una serie de directrices que tienen como norte la "continuidad", "sostenibilidad", "acceso y calidad del servicio público de transporte terrestre de pasajeros" brindado por estos sistemas.
- En dicha Circular Conjunta se ordenó el inicio de unas mesas extraordinarias e inmediatas para garantizar el acceso y calidad del servicio público de transporte terrestre de pasajeros. Así mismo, se instó a las autoridades municipales, a las autoridades de tránsito y transporte y a los entes gestores de los sistemas de transporte, a llevar a cabo una evaluación detallada del servicio actual, un plan de choque que garantice la atención de la demanda insatisfecha de pasajeros, y un plan de mejoramiento que permita mejorar la calidad del servicio y que garantice la sostenibilidad de la operación. Así mismo, en dicha circular se estableció que para el efecto, y de ser necesario,

R-DA-005 Enero de 2016

las entidades territoriales deben reestructurar técnica, legal y financieramente los sistemas de transporte, "estableciendo políticas, metas y/o acciones que mitiguen las condiciones actuales de los sistemas y mejoren el panorama de la sostenibilidad y del servicio al usuario que proveen dichos sistemas".

- En atención a lo ordenado mediante Circular Conjunta, el 29 de enero de 2018 TRANSMILENIO S.A. presentó el plan de coque a los Concesionarios de la Fase III del SITP.
- Por otro lado y siguiendo lo establecido en la Circular Conjunta, la Procuraduría General de la Nación convocó a una mesa de trabajo el día 20 de noviembre de 2018, así:

"Por expresa disposición del señor Procurador General de la Nación tenemos el gusto de convocarlos a una reunión con el fin de generar un espacio para que Transmilenio S.A. y los operadores del Sistema Integrado de Transporte Público- SITP, encuentren soluciones concertadas para la sostenibilidad del sistema."

- Estas mesas de trabajo se adelantaron los días 20 de noviembre de 2018, 5 de diciembre de 2018 y 11 de diciembre de 2018 con la presencia del Procurador General de la Nación, el Contralor General de la República, el Vicecontralor General de la República, los Procuradores Delegados para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública, para la Conciliación Administrativa, para la Vigilancia Administrativa y Judicial, los representantes de los Concesionarios del SITP y funcionarios de TRANSMILENIO S.A.
- Como resultado de estas mesas de trabajo, los CONCESIONARIOS y TRANSMILENIO S.A. suscribieron un Memorando de Entendimiento de fecha catorce (14) de diciembre de 2018, en el cual se pactó, entre otros:

"PRIMERO. Continuar trabajando en la definición de soluciones técnicas, legales y financieras que garanticen la prestación del servicio de transporte en la ciudad de Bogotá D.C.

SEGUNDO. Acordar modificaciones contractuales que sean viables técnica, jurídica y financieramente en el marco de los contratos de concesión derivados de la licitación pública No. 004 de 2009 y la Circular Conjunta referida en los considerandos del presente memorando de entendimiento.

R-DA-005 Enero de 2016

TERCERO. Propender por la adopción de modificaciones operacionales que tengan como base una prestación de servicio más eficiente y de mejor calidad para el usuario. (...)

OCTAVO. Determinar a la mayor brevedad la materialización de un modificadorio contractual que garantice la sostenibilidad del sistema y la continuidad en la prestación del servicio del Sistema Integrado de Transporte Público-SITP'

- Así mismo, el 7 de febrero de 2019 se adelantó una nueva mesa de trabajo ante la Procuraduría General de la Nación denominada "Mesa para Verificar Avance".
- El 18 de febrero de 2019 mediante radicado 2019EE2793 el Gerente General (E) de TRANSMILENIO S.A. solicitó a la Procuraduría General de la Nación ejercer vigilancia preventiva sobre el SITP en los siguientes términos:

"Como es de su conocimiento, Transmilenio S.A. ha venido adelantando una pluralidad de mesas de trabajo con los concesionarios de la Fase III de TransMilenio encaminadas a buscar una solución estructural a los problemas que actualmente aquejan este componente del Sistema de Transporte. Por esta razón y en concordancia con el artículo 277 de la Constitución Política, los numerales 1, 2, 3 y 12 del artículo 24 del decreto 262 de 2000, y el artículo 5 de la Resolución 456 de 2010 de la Procuraduría General de la Nación solicito que se inicie vigilancia preventiva sobre el proceso de negociación y los resultados que del mismo se deriven con los concesionarios del Fase III de Transmilenio."

- Mediante Auto No. 0047-2019 del 19 de febrero de 2019 la Contraloría General de la República asumió control fiscal excepcional sobre el SITP en los siguientes términos:

"ARTÍCULO PRIMERO: ADMINISTRAR Y AUTORIZAR el control excepcional solicitado por el señor Alcalde Mayor de Bogotá, Dr. Enrique Peñalosa Londoño, sobre los recursos de carácter público destinados al servicio público de transporte, en el componente zonal del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá- SITP, los cuales se administran y ejecutan a través de los contratos de concesión suscritos en el marco de la Licitación Pública TMSA-LP-004-, identificados así:

R-DA-005 Enero de 2016

Contrato de Concesión No. 001 de 2010 suscrito entre Transmilenio S.A. y la sociedad Este es Mi Bus S.A.S.

Contrato de Concesión No. 002 de 2010 suscrito entre Transmilenio S.A. y la sociedad Este es Mi Bus S.A.S.

Contrato de Concesión No. 003 de 2010 suscrito entre Transmilenio S.A. y la Sociedad Empresa de Transporte Integrado de Bogotá S.A.S.

Contrato de Concesión No. 004 de 2010 suscrito entre Transmilenio S.A. y la sociedad Gmóvil S.A.S.

Contrato de Concesión No. 006 de 2010 suscrito entre Transmilenio S.A. y la sociedad Masivo Capital S.A.S.

Contrato de Concesión No. 007 de 2010 suscrito entre Transmilenio S.A. y la sociedad Masivo Capital S.A.S.

Contrato de Concesión No. 008 de 2010 suscrito entre Transmilenio S.A. y la sociedad Consorcio Express S.A.S.

Contrato de Concesión No. 009 de 2010 suscrito entre Transmilenio S.A. y la sociedad Consorcio Express S.A.S.

Contrato de Concesión No. 010 de 2010 suscrito entre Transmilenio S.A. y la sociedad Organización Suma S.A.S.

Contrato de Concesión No. 011 de 2010 suscrito entre Transmilenio S.A. y la sociedad Tranzit S.A.S."

ARTICULO SEGUNDO: *COMISIONAR a la Contraloría Delegada para el Sector Infraestructura Física, Telecomunicaciones, Comercio Exterior y Desarrollo Regional, para la realización del presente control excepcional, a través de la actuación fiscal que estime conveniente de conformidad con la normatividad que rige la materia, y así mismo para que conozca, tramite y decida las indagaciones preliminares derivadas del presente control excepcional, respecto de los actos relacionados en el artículo primero del presente Auto, si hay lugar a ellas. (...)"*

Asimismo, se están adelantando mesas de trabajo por parte de TRANSMILENIO S.A. exclusivas con TRANZIT S.A.S. en las cuales se está analizando la posibilidad de traslado de cabeceras a patios de las rutas del Concesionario, teniendo en cuenta que, de las 26 rutas operativas, 18 cabeceras aún no coinciden con los patios.

Sobre este punto se adelantaron las mesas de 28 de febrero y 6 de marzo de 2019 en el cual se presentó la propuesta de recorrido de cabecera a patios con el cambio de tablas, información complementada el día 12 de marzo de 2019 y que TRANSMILENIO S.A. se encuentra analizando.

R-DA-005 Enero de 2016

En este mismo sentido, el 4 de marzo de 2019 se realizó una reunión con el objetivo de revisar la metodología para cuantificar los kilómetros en vacío causados con posterioridad al laudo para precisar la cantidad ejecutada entre diciembre de 2018 y enero de 2019 y el Ente Gestor se encuentra revisando lo allí discutido.

Esta revisión se da sin perjuicio del hecho que en el marco de la negociación del otrosí estructural, TRANSMILENIO S.A. ha manifestado que no cuenta con recursos en el marco fiscal de mediano plazo que permitan el pago de Kilómetros en Vacío, ni tampoco la entrega de patios definitivos a los concesionarios de la Fase III del Sistema.

2.2. Terminación de contratos de COOBUS S.A.S. y EGOBUS S.A.S. y el retraso en la implementación de la fase II del SITP:

En este punto, el Tribunal de Arbitramento determinó que sí había habido una materialización de riesgos imprevisibles, por lo que la ecuación financiera del contrato se había desequilibrado y, en consecuencia, condenó a TRANSMILENIO S.A. a pagar \$7.847.199.484 COP por COOBUS S.A.S. y EGOBUS S.A.S., y \$1.683.952.903 COP por el retraso en la implementación, cifras que hacen parte de la condena total impuesta a TRANSMILENIO S.A. correspondiente a \$14.577.952.515 COP.

Por el contrario, el laudo arbitral no profirió ninguna orden de restablecer por este concepto hacia el futuro, como se pasa a exponer:

*"no existe prueba en el expediente de la suma necesaria para restablecer el equilibrio del contrato con posterioridad al 1º de julio de 2017, ni mucho menos "a partir de la ejecutoria" del laudo, no prosperan la pretensión subsidiaria a la pretensión 107, ni la pretensión subsidiaria a la 108."*¹

En consecuencia, sobre este punto TRANSMILENIO S.A. solamente está obligada al pago de la condena proferida por el laudo y no accederá al pago de ningún otro concepto.

2.3. Evasión

¹ Laudo Arbitral de TRANZIT S.A.S. contra TRANSMILENIO S.A. P. 230.
R-DA-005 Enero de 2016

Respecto de este rubro, es importante advertir al Concesionario que el laudo arbitral NO EFECTUÓ CONDENA ALGUNA:

"A este respecto se tiene que la parte demandante no presentó prueba para establecer la evasión en el componente zonal, se refirió exclusivamente a la cuantificación en el componente de alimentación.

*En tales circunstancias, no quedó acreditado el desequilibrio financiero del contrato que pudiera derivarse de la evasión en la operación zonal, razón por la cual la pretensión subsidiaria a la cuadragésima octava no prospera."*²

Por lo que tampoco es procedente la reclamación sobre este aspecto.

3. CONCLUSIÓN

En los términos expuestos, TRANSMILENIO S.A. resolverá los recursos de reposición interpuestos en contra de la Resolución 031 de 2019 en cuanto tenga respuesta de la Superintendencia de Sociedades sobre la procedencia de la compensación, término que, en cualquier caso, puede ampliarse hasta el 4 de abril de 2019, según lo dispuesto en el artículo 86 del CPACA.

Con la respectiva decisión en firme, el Ente Gestor procederá, en consecuencia, ya sea a compensar las sumas a que haya lugar o, por el contrario, a pagar la condena proferida por el laudo arbitral, dejando claro que, de cualquier manera, cuenta con plazo hasta el 11 de octubre de 2019 para los efectos, de acuerdo con el artículo 299 del CPACA.

Adicionalmente, se deja formalmente sentada la posición de que no se reconocerán las sumas solicitadas por el Concesionario por evasión, toda vez que el laudo no proferió condena alguna por este rubro; por COOBUS S.A.S. y EGOBUS S.A.S., y retraso en la implementación de la Fase II por fuera o en adición a la condena proferida por el laudo arbitral; ni por kilómetros en vacío desde la fecha de la presentación de la demanda hasta la expedición del laudo, toda vez que el laudo concluyó que éstos no se habían probado en el proceso y, en ese sentido, se configura la cosa juzgada.

² Laudo Arbitral de TRANZIT S.A.S. contra TRANSMILENIO S.A. P. 313.
R-DA-005 Enero de 2016



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DISTRITAL DE MOVILIDAD
TRANSMILENIO S.A.

Finalmente, se insiste, respecto de los kilómetros en vacío causados con posterioridad a la expedición del laudo, que las partes contractuales han venido sosteniendo mesas de negociación para determinar las obligaciones causadas por este concepto. Reiterando, no obstante que la propuesta de modificación estructural que se ha venido trabajando con los concesionarios no contempla reconocimiento alguno por este concepto.

Atentamente,


JULIA REY BONILLA
SUBGERENTE JURÍDICA

Proyectó: Ana María Herrera Pineda – Contratista Subgerencia Jurídica 
Revisó: Salwa María Manotas – Contratista Subgerencia General 
Código: 802

COPIA NO CONTROLADA

TRANSMILENIO

R-DA-005 Enero de 2016

Avenida Eldorado No. 89 - 78
Edificio Elemento - Torre 1 Piso 5
PBX: (57) 2203000
FAX: (57) 3249870-80
Código postal: 111071
www.transmilenio.gov.co
Información: línea 4823304



BOGOTÁ
MEJOR
PARA TODOS

Bogotá D.C. Enero 25 de 2019

Doctora
María Consuelo Araújo
Gerente
Transmilenio S.A.
La Ciudad

TRANSMILENIO S.A03282

FEB 1 '19 PM 2:47

Asunto: Solicitud de reconocimiento para Kilómetros en Vacío.

Respetada Doctora,

En atención a la comunicación radicada el día dos (2) de enero de 2019, en el sentido de manifestar su posición negativa ante el pago de kilómetros en vacío para el periodo 1º de julio de 2017 a la fecha, en atención a lo manifestado por el Tribunal de Arbitramento en Laudo del 30 de noviembre de 2018, al dirimir la controversia contractual entre Transmilenio SA y Tranzit SAS, de manera respetuosa, me permito traer a colación algunos apartes del fallo enunciado que apoyan nuestro derecho al reconocimiento de los kilómetros en vacío que ha recorrido la flota para el periodo enunciado.

En este sentido, sea preciso señalar, que si bien en el Anexo 5 del Pliego de Condiciones se contempló como uno de los riesgos "operacionales" asignados al concesionario de operación, el consistente en "Mayores costos por kilómetros en vacío por ubicación única posible de terminales"; entendidos como "el efecto económico originado en la falta de disponibilidad de patios en zonas próximas al lugar de inicio de rutas lo que genera kilómetros en vacío durante la etapa de transición prevista en el contrato para la adquisición de los terminales zonales", el Tribunal al estudiar la Matriz de Riesgos, en particular, sobre la asignación de riesgos previsibles, en los que se refieren a "Riesgo de Operación Mayores costos por kilómetros en vacío por ubicación única posible de terminales.", señaló lo siguiente:

"Es importante precisar que en la medida en que el Distrito es el responsable de comprar y construir los terminales zonales, este riesgo solo se asigna al concesionario en la etapa de transición (5 años) en la cual le corresponde a éste la consecución de las áreas de estacionamiento de vehículos. Una vez el Distrito aporte los terminales zonales, las rutas iniciarán su recorrido desde dichos terminales." (Subraya del Tribunal)¹

Seguidamente, el Tribunal reconoce las facultades del Distrito para ampliar el plazo de la etapa de transición y la carga del riesgo, bajo el siguiente argumento:

"Es así que tanto de las previsiones contractuales como de las explicaciones de TRANSMILENIO en la etapa precontractual, el Tribunal concluye que si bien en el contrato se estableció la facultad para el Distrito de ampliar el plazo de la etapa de transición, según lo acordado, el concesionario solamente estaba obligado a soportar el riesgo consistente en un mayor número de kilómetros en vacío por falta de disponibilidad de patios en zonas próximas al lugar de inicio de rutas, durante el

¹ Laudo Arbitral. Transporte Zonal Integrado –Tranzit S.A.S. Vs. Empresa de transporte del tercer milenio – Transmilenio S.A. Páginas 190 – 191.

término inicial de esta etapa, esto es durante los cinco años contados a partir de la adjudicación del Contrato.

En este orden de ideas, igualmente se concluye que al haberse pactado en el Contrato como obligación del Distrito la de entregar los terminales zonales construidos y adecuados para la operación al finalizar la etapa de transición, la prórroga de esta etapa tiene como efecto ampliar el término para la exigibilidad de esta prestación, **pero no implica que el Concesionario deba continuar asumiendo los valores correspondientes a mayor número de kilómetros en vacío que se deriven del aplazamiento del cumplimiento de esta obligación.**

El hecho de que en la Matriz de Riesgos se establezca que el Concesionario asume los mayores costos por no entrega de terminales definitivas durante la etapa de transición **no implica que los asume durante la prórroga de esta etapa, pues no solamente no quedó así establecido, sino que ante las inquietudes planteadas sobre el alcance de este riesgo en la etapa previa a la adjudicación, la entidad contratante hizo énfasis en que solamente se asumiría durante cinco años, que era el término inicialmente previsto para la etapa de transición.**" (Subrayado fuera del texto)²

Así las cosas, el Ente Gestor debe tener presente que aunque el Tribunal de Arbitramento haya declarado por probado las cifras adeudadas al concesionario con ocasión de los kilómetros en vacío para el plazo comprendido entre el 3 de noviembre de 2015 al 30 de junio de 2017, tampoco es menos cierto cuándo afirma que Tranzit no debe soportar de manera indefinida los kilómetros en vacío hasta tanto se verifique la entrega de los patios, pues de acuerdo al pronunciamiento del Tribunal en Laudo del 30 de noviembre de 2018, esta resulta incierta.

Dicho lo anterior, Tranzit SAS solicita de manera respetuosa proceder al pago de los kilómetros en vacío que se generaron durante el 01 de Julio de 2018 hasta 31 de Diciembre 2018 entre los patios de operación y los puntos de inicio de ruta de 35 rutas conforme al estudio técnico de nuestra área de operaciones, que se anexa al presente documento y en donde puede observar que asciende a la suma de cinco mil cuatrocientos trece millones cuatrocientos trece mil ochocientos pesos (\$ 5.413.415.800), desconocer los kilómetros en vacío causados en el periodo enunciado pone de presente el desconocimiento o la no aceptación por parte de Transmilenio SA del estudio de riesgos de la matriz y realizado por el tribunal de arbitramento, circunstancia que hace más gravosa la situación financiera del concesionario, inclusive de los kilómetros en vacío que se generarían a partir de Enero de 2019. Recuerda este concesionario los apartes relacionados con el análisis de la Matriz de Riesgos por parte del tribunal en el siguiente sentido:

"(...) "Riesgo de Operación - mayores costos por kilómetros en vacío por ubicación única posible de terminales.

"Con respecto a las observaciones referentes a este riesgo se reitera lo expuesto en el Anexo Explicativo de la Matriz de Riesgos, documento mediante el cual se resuelven las inquietudes de la audiencia de asignación de riesgos del 12 de febrero de 2010.

"En este sentido, **nuevamente se resalta que en la medida en que el Distrito es el responsable de comprar y construir los terminales zonales, este riesgo solo se asigna al concesionario en la etapa de transición (5 años) en la cual le corresponde a éste la consecución de las áreas de estacionamiento de vehículos.** Una vez el Distrito aporte los terminales zonales, las rutas iniciarán su recorrido desde dichos terminales y en este sentido no se generará un riesgo de kilómetros en vacío." (Subraya y negrita del Tribunal). (...) "³

² Ibídem. Página 192

³ Ibídem, Pagina 191 - 192

En ese orden de ideas nuestra petición tiene como fundamento el reconocimiento del derecho económico por concepto de kilómetros en vacío en cuanto nuestros actuales patios no tienen el carácter de terminales zonales y aun es incierta su entrega tal y como lo hemos señalado con anterioridad en el presente escrito y con fundamento en el laudo arbitral.

En virtud de lo anterior, procederemos a enseñar los kilómetros en vacío que se han generado con ocasión de nuestra operación desde el mes de Julio de 2017 hasta el mes de Diciembre de 2018, estas cifras resultan de usar la metodología aplicada por parte de Cal y Mayor en el DICTAMEN PERICIAL TRIBUNAL DE ARBITRAJE ENTRE TRANZIT S.A.S. Y TRANSMILENIO S.A.:

"(...) A continuación, se explica el procedimiento de cálculo empleado para determinar el respectivo perjuicio:

- En primer lugar, es importante señalar que el sistema GOAL, empleado por los concesionarios del SITP para realizar la programación de la operación, almacena los registros de todos los despachos comerciales programados por cada concesionario del SITP diariamente, incluyendo dentro del registro los respectivos kilómetros en vacío asociados para cumplir con los despachos comerciales. Destacando que, de acuerdo con lo establecido en el Contrato, es el Ente Gestor el encargado de aprobar y validar las programaciones presentadas por los concesionarios.

(...)

- Una vez descontados los kilómetros en vacío "cruzados" de la programación de kilómetros en vacío diarios, se procedió a determinar la cantidad de kilómetros en vacío realmente ejecutados por el Concesionario. Para ello, se afectan los kilómetros en vacío programados sin "cruzados" por el porcentaje de cumplimiento diario de despachos comerciales del Concesionario en cada ruta, obteniéndose la cantidad de kilómetros en vacío ejecutados por ruta, tipología y tipo de servicio, sin considerar los "cruzados".
- Aquí es importante resaltar que el porcentaje de cumplimiento de los despachos comerciales en una determinada ruta no es necesariamente igual al porcentaje de cumplimiento de los despachos en vacío asociados, sin embargo, sí es necesariamente mayor por lo que su uso deriva de un cálculo conservador de los kilómetros en vacío ejecutados. Para entender esto basta aclarar que con el esquema de operación transitorio un vehículo que sale del patio para operar durante todo el día realiza un único viaje en vacío al inicio de la jornada y múltiples viajes comerciales; si dicho vehículo llegase a presentar un incidente durante uno de esos viajes comerciales se afectaría el cumplimiento de los respectivos despachos comerciales, sin que esto haya significado que dejó de hacer el viaje en vacío al inicio de la jornada. Por ende, afectar los kilómetros en vacío programados el porcentaje de cumplimiento de los despachos comerciales deriva en una subestimación de los kilómetros en vacío realmente ejecutados, que se considera como conservadora y válida para efectos de la reclamación ante el Honorable Tribunal.

(...)."4

A continuación, enseñamos la tabla ilustrativa de los valores correspondientes a kilómetros en vacío desde julio de 2.017 hasta diciembre de 2.018, así:

⁴ DICTAMEN PERICIAL TRIBUNAL DE ARBITRAJE ENTRE TRANZIT S.A.S. Y TRANSMILENIO S.A., Mayo de 2.017. Página., 97.

Tabla 1. Remuneración de kilómetros en vacío por tipología Tranzit

Periodo	MICROBUS (BUS 19 PAX)	BUSETA (BUS 40 PAX)	BUSETON (BUS 48-60 PAX)	PADRON (BUS 80-90 PAX)	Valor Total
Jul-2017	\$ 3.748.815	\$ 16.273.418	\$ 229.387.033	\$ 76.913.358	\$ 326.322.623
ago-2017	\$ 3.827.324	\$ 17.461.567	\$ 234.182.870	\$ 78.227.515	\$ 333.699.276
sep-2017	\$ 4.082.479	\$ 21.205.446	\$ 229.753.294	\$ 74.830.879	\$ 329.872.098
oct-2017	\$ 4.239.497	\$ 17.901.653	\$ 239.831.492	\$ 75.312.253	\$ 337.284.896
nov-2017	\$ 3.846.951	\$ 14.216.087	\$ 227.709.270	\$ 72.396.468	\$ 318.168.776
dic-2017	\$ 2.761.462	\$ 12.666.390	\$ 191.124.399	\$ 63.313.740	\$ 269.865.991
ene-2018	\$ 2.932.119	\$ 12.505.394	\$ 181.302.667	\$ 62.044.387	\$ 258.784.567
feb-2018	\$ 2.596.479	\$ 14.543.713	\$ 237.835.960	\$ 70.924.084	\$ 325.900.236
mar-2018	\$ 0	\$ 14.581.366	\$ 237.846.440	\$ 71.337.802	\$ 323.765.608
abr-2018	\$ 0	\$ 21.319.115	\$ 249.919.550	\$ 76.799.855	\$ 348.038.520
may-2018	\$ 0	\$ 15.792.772	\$ 256.765.335	\$ 73.795.115	\$ 346.353.223
jun-2018	\$ 0	\$ 13.958.205	\$ 217.487.765	\$ 65.674.973	\$ 297.120.943
Jul-2018	\$ 0	\$ 15.114.522	\$ 241.975.273	\$ 67.084.009	\$ 324.173.804
ago-2018	\$ 0	\$ 19.516.057	\$ 238.912.027	\$ 66.415.728	\$ 324.843.812
sep-2018	\$ 0	\$ 17.252.381	\$ 207.700.686	\$ 62.868.040	\$ 287.821.107
oct-2018	\$ 0	\$ 16.027.497	\$ 201.190.009	\$ 67.366.818	\$ 284.584.324
nov-2018	\$ 0	\$ 12.528.290	\$ 173.539.300	\$ 61.468.606	\$ 247.536.197
dic-2018	\$ 0	\$ 6.805.173	\$ 86.884.593	\$ 35.590.032	\$ 129.279.798
Total					\$ 5.413.415.800

Fuente: Tranzit S.A.S.

Quedamos a la espera de su pronta respuesta.

Atentamente,

Suger
Gerente General
TRANZIT S.A.S. – En Reorganización

Proyectó: Wilmer Gonzalez – Gerente Operaciones / Diana Quintero – Gerente Jurídica.

Bogotá D.C. Enero 25 de 2019

Doctora
María Consuelo Araújo
Gerente
Transmilenio S.A.
La Ciudad

TRANSMILENIO S.A03282

FEB 1 '19 PM 2:47

Asunto: Solicitud de reconocimiento para Kilómetros en Vacío.

Respetada Doctora,

En atención a la comunicación radicada el día dos (2) de enero de 2019, en el sentido de manifestar su posición negativa ante el pago de kilómetros en vacío para el periodo 1º de julio de 2017 a la fecha, en atención a lo manifestado por el Tribunal de Arbitramento en Laudo del 30 de noviembre de 2018, al dirimir la controversia contractual entre Transmilenio SA y Tranzit SAS, de manera respetuosa, me permito traer a colación algunos apartes del fallo enunciado que apoyan nuestro derecho al reconocimiento de los kilómetros en vacío que ha recorrido la flota para el periodo enunciado.

En este sentido, sea preciso señalar, que si bien en el Anexo 5 del Pliego de Condiciones se contempló como uno de los riesgos "operacionales" asignados al concesionario de operación, el consistente en "Mayores costos por kilómetros en vacío por ubicación única posible de terminales"; entendidos como "el efecto económico originado en la falta de disponibilidad de patios en zonas próximas al lugar de inicio de rutas lo que genera kilómetros en vacío durante la etapa de transición prevista en el contrato para la adquisición de los terminales zonales", el Tribunal al estudiar la Matriz de Riesgos, en particular, sobre la asignación de riesgos previsibles, en los que se refieren a "Riesgo de Operación Mayores costos por kilómetros en vacío por ubicación única posible de terminales.", señaló lo siguiente:

"Es importante precisar que en la medida en que el Distrito es el responsable de comprar y construir los terminales zonales, este riesgo solo se asigna al concesionario en la etapa de transición (5 años) en la cual le corresponde a éste la consecución de las áreas de estacionamiento de vehículos. Una vez el Distrito aporte los terminales zonales, las rutas iniciarán su recorrido desde dichos terminales." (Subraya del Tribunal)¹

Seguidamente, el Tribunal reconoce las facultades del Distrito para ampliar el plazo de la etapa de transición y la carga del riesgo, bajo el siguiente argumento:

"Es así que tanto de las previsiones contractuales como de las explicaciones de TRANSMILENIO en la etapa precontractual, el Tribunal concluye que si bien en el contrato se estableció la facultad para el Distrito de ampliar el plazo de la etapa de transición, según lo acordado, el concesionario solamente estaba obligado a soportar el riesgo consistente en un mayor número de kilómetros en vacío por falta de disponibilidad de patios en zonas próximas al lugar de inicio de rutas, durante el

¹ Laudo Arbitral. Transporte Zonal Integrado –Tranzit S.A.S. Vs. Empresa de transporte del tercer milenio – Transmilenio S.A. Páginas 190 – 191.

término inicial de esta etapa, esto es durante los cinco años contados a partir de la adjudicación del Contrato.

En este orden de ideas, igualmente se concluye que al haberse pactado en el Contrato como obligación del Distrito la de entregar los terminales zonales construidos y adecuados para la operación al finalizar la etapa de transición, la prórroga de esta etapa tiene como efecto ampliar el término para la exigibilidad de esta prestación, **pero no implica que el Concesionario deba continuar asumiendo los valores correspondientes a mayor número de kilómetros en vacío que se deriven del aplazamiento del cumplimiento de esta obligación.**

El hecho de que en la Matriz de Riesgos se establezca que el Concesionario asume los mayores costos por no entrega de terminales definitivas durante la etapa de transición **no implica que los asume durante la prórroga de esta etapa, pues no solamente no quedó así establecido, sino que ante las inquietudes planteadas sobre el alcance de este riesgo en la etapa previa a la adjudicación, la entidad contratante hizo énfasis en que solamente se asumiría durante cinco años, que era el término inicialmente previsto para la etapa de transición.**" (Subrayado fuera del texto)²

Así las cosas, el Ente Gestor debe tener presente que aunque el Tribunal de Arbitramento haya declarado por probado las cifras adeudadas al concesionario con ocasión de los kilómetros en vacío para el plazo comprendido entre el 3 de noviembre de 2.015 al 30 de junio de 2.017, tampoco es menos cierto cuándo afirma que Tranzit no debe soportar de manera indefinida los kilómetros en vacío hasta tanto se verifique la entrega de los patios, pues de acuerdo al pronunciamiento del Tribunal en Laudo del 30 de noviembre de 2.018, esta resulta incierta.

Dicho lo anterior, Tranzit SAS solicita de manera respetuosa proceder al pago de los kilómetros en vacío que se generaron durante el 01 de Julio de 2018 hasta 31 de Diciembre 2018 entre los patios de operación y los puntos de inicio de ruta de 35 rutas conforme al estudio técnico de nuestra área de operaciones, que se anexa al presente documento y en donde puede observar que asciende a la suma de cinco mil cuatrocientos trece millones cuatrocientos trece mil ochocientos pesos (\$ 5.413.415.800), desconocer los kilómetros en vacío causados en el periodo enunciado pone de presente el desconocimiento o la no aceptación por parte de Transmilenio SA del estudio de riesgos de la matriz y realizado por el tribunal de arbitramento, circunstancia que hace más gravosa la situación financiera del concesionario, inclusive de los kilómetros en vacío que se generarían a partir de Enero de 2019. Recuerda este concesionario los apartes relacionados con el análisis de la Matriz de Riesgos por parte del tribunal en el siguiente sentido:

"(...) "Riesgo de Operación - mayores costos por kilómetros en vacío por ubicación única posible de terminales.

"Con respecto a las observaciones referentes a este riesgo se reitera lo expuesto en el Anexo Explicativo de la Matriz de Riesgos, documento mediante el cual se resuelven las inquietudes de la audiencia de asignación de riesgos del 12 de febrero de 2010.

"En este sentido, **nuevamente se resalta que en la medida en que el Distrito es el responsable de comprar y construir los terminales zonales, este riesgo solo se asigna al concesionario en la etapa de transición (5 años) en la cual le corresponde a éste la consecución de las áreas de estacionamiento de vehículos.** Una vez el Distrito aporte los terminales zonales, las rutas iniciarán su recorrido desde dichos terminales y en este sentido no se generará un riesgo de kilómetros en vacío." (Subraya y negrita del Tribunal). (...) "³

² Ibídem. Página 192

³ Ibídem, Pagina 191 - 192

En ese orden de ideas nuestra petición tiene como fundamento el reconocimiento del derecho económico por concepto de kilómetros en vacío en cuanto nuestros actuales patios no tienen el carácter de terminales zonales y aun es incierta su entrega tal y como lo hemos señalado con anterioridad en el presente escrito y con fundamento en el laudo arbitral.

En virtud de lo anterior, procederemos a enseñar los kilómetros en vacío que se han generado con ocasión de nuestra operación desde el mes de Julio de 2017 hasta el mes de Diciembre de 2018, estas cifras resultan de usar la metodología aplicada por parte de Cal y Mayor en el DICTAMEN PERICIAL TRIBUNAL DE ARBITRAJE ENTRE TRANZIT S.A.S. Y TRANSMILENIO S.A.:

"(...) A continuación, se explica el procedimiento de cálculo empleado para determinar el respectivo perjuicio:

- En primer lugar, es importante señalar que el sistema GOAL, empleado por los concesionarios del SITP para realizar la programación de la operación, almacena los registros de todos los despachos comerciales programados por cada concesionario del SITP diariamente, incluyendo dentro del registro los respectivos kilómetros en vacío asociados para cumplir con los despachos comerciales. Destacando que, de acuerdo con lo establecido en el Contrato, es el Ente Gestor el encargado de aprobar y validar las programaciones presentadas por los concesionarios.

(...)

- Una vez descontados los kilómetros en vacío "cruzados" de la programación de kilómetros en vacío diarios, se procedió a determinar la cantidad de kilómetros en vacío realmente ejecutados por el Concesionario. Para ello, se afectan los kilómetros en vacío programados sin "cruzados" por el porcentaje de cumplimiento diario de despachos comerciales del Concesionario en cada ruta, obteniéndose la cantidad de kilómetros en vacío ejecutados por ruta, tipología y tipo de servicio, sin considerar los "cruzados".
- Aquí es importante resaltar que el porcentaje de cumplimiento de los despachos comerciales en una determinada ruta no es necesariamente igual al porcentaje de cumplimiento de los despachos en vacío asociados, sin embargo, sí es necesariamente mayor por lo que su uso deriva de un cálculo conservador de los kilómetros en vacío ejecutados. Para entender esto basta aclarar que con el esquema de operación transitorio un vehículo que sale del patio para operar durante todo el día realiza un único viaje en vacío al inicio de la jornada y múltiples viajes comerciales; si dicho vehículo llegase a presentar un incidente durante uno de esos viajes comerciales se afectaría el cumplimiento de los respectivos despachos comerciales, sin que esto haya significado que dejó de hacer el viaje en vacío al inicio de la jornada. Por ende, afectar los kilómetros en vacío programados el porcentaje de cumplimiento de los despachos comerciales deriva en una subestimación de los kilómetros en vacío realmente ejecutados, que se considera como conservadora y válida para efectos de la reclamación ante el Honorable Tribunal.

(...)."4

A continuación, enseñamos la tabla ilustrativa de los valores correspondientes a kilómetros en vacío desde julio de 2.017 hasta diciembre de 2.018, así:

⁴ DICTAMEN PERICIAL TRIBUNAL DE ARBITRAJE ENTRE TRANZIT S.A.S. Y TRANSMILENIO S.A., Mayo de 2.017. Página., 97.

Tabla 1. Remuneración de kilómetros en vacío por tipología Tranzit

Periodo	MICROBUS (BUS 19 PAX)	BUSETA (BUS 40 PAX)	BUSETON (BUS 48-60 PAX)	PADRON (BUS 80-90 PAX)	Valor Total
Jul-2017	\$ 3.748.815	\$ 16.273.418	\$ 229.387.033	\$ 76.913.358	\$ 326.322.623
ago-2017	\$ 3.827.324	\$ 17.461.567	\$ 234.182.870	\$ 78.227.515	\$ 333.699.276
sep-2017	\$ 4.082.479	\$ 21.205.446	\$ 229.753.294	\$ 74.830.879	\$ 329.872.098
oct-2017	\$ 4.239.497	\$ 17.901.653	\$ 239.831.492	\$ 75.312.253	\$ 337.284.896
nov-2017	\$ 3.846.951	\$ 14.216.087	\$ 227.709.270	\$ 72.396.468	\$ 318.168.776
dic-2017	\$ 2.761.462	\$ 12.666.390	\$ 191.124.399	\$ 63.313.740	\$ 269.865.991
ene-2018	\$ 2.932.119	\$ 12.505.394	\$ 181.302.667	\$ 62.044.387	\$ 258.784.567
feb-2018	\$ 2.596.479	\$ 14.543.713	\$ 237.835.960	\$ 70.924.084	\$ 325.900.236
mar-2018	\$ 0	\$ 14.581.366	\$ 237.846.440	\$ 71.337.802	\$ 323.765.608
abr-2018	\$ 0	\$ 21.319.115	\$ 249.919.550	\$ 76.799.855	\$ 348.038.520
may-2018	\$ 0	\$ 15.792.772	\$ 256.765.335	\$ 73.795.115	\$ 346.353.223
jun-2018	\$ 0	\$ 13.958.205	\$ 217.487.765	\$ 65.674.973	\$ 297.120.943
Jul-2018	\$ 0	\$ 15.114.522	\$ 241.975.273	\$ 67.084.009	\$ 324.173.804
ago-2018	\$ 0	\$ 19.516.057	\$ 238.912.027	\$ 66.415.728	\$ 324.843.812
sep-2018	\$ 0	\$ 17.252.381	\$ 207.700.686	\$ 62.868.040	\$ 287.821.107
oct-2018	\$ 0	\$ 16.027.497	\$ 201.190.009	\$ 67.366.818	\$ 284.584.324
nov-2018	\$ 0	\$ 12.528.290	\$ 173.539.300	\$ 61.468.606	\$ 247.536.197
dic-2018	\$ 0	\$ 6.805.173	\$ 86.884.593	\$ 35.590.032	\$ 129.279.798
Total					\$ 5.413.415.800

Fuente: Tranzit S.A.S.

Quedamos a la espera de su pronta respuesta.

Atentamente,

Suger
Gerente General
TRANZIT S.A.S. – En Reorganización

Proyectó: Wilmer Gonzalez – Gerente Operaciones / Diana Quintero – Gerente Jurídica.

Bogotá D.C., 12 de febrero de 2019.

JUR_5511_19

Doctora
María Consuelo Araújo
Gerente General
Transmilenio S.A.
Ciudad

TRANSMILENIO S.A.04329
FEB 12 '19 PM 1:26

Asunto: Solicitud de restablecimiento del equilibrio económico del Contrato No. 011 de 2010 según lo dispuesto en el Laudo Arbitral de 30 de noviembre de 2018 y la Ley 80 de 1993.

Respetada Doctora,

Sin perjuicio del proceso de imposición de multa que cursa contra TRANZIT en el marco de lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y la imposición de la multa y su compensación con la condena a Transmilenio decretada en el laudo del 30 de noviembre de 2018 por \$20.550.944.205, y contenida en la Resolución 031 del 25 de enero de 2019, el cual se encuentra suspendido hasta el 4 de marzo de 2019, fecha fijada para la reanudación de la audiencia que resolverá el recurso de reposición interpuesto el 4 de febrero de 2019, me permito someter a su inmediata y urgente consideración el reconocimiento a TRANZIT de los valores que se describen a continuación para restablecer el equilibrio económico del Contrato de Concesión 011 de 2010 a partir del 1º de julio de 2017 a 31 de enero de 2019, de acuerdo con lo dispuesto en el citado laudo por cuenta de materialización de varios riesgos cuyas causas no son imputables a TRANZIT.

El valor de la equivocada compensación que pretende hacer Transmilenio resulta en la suma de \$14.577.952.515 pesos de acuerdo con las siguientes condenas que Transmilenio debe reconocer a TRANZIT al resolver varias pretensiones de la demanda contenidas en el laudo de noviembre 30 de 2018:

1. Pretensiones relativas a la Falta de Implementación del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP).

Décimo noveno.- Acceder a la pretensión 99 primera subsidiaria y en consecuencia condenar a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a favor de TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO TRANZIT S.A.S. EN REORGANIZACIÓN a la ejecutoria del presente laudo, la suma de UN MIL SETECIENTOS CUARENTA Y TRES MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS SIETE PESOS (\$1.743.465.607).

Aplicando tres factores de ponderación descritos en la página 256 del laudo:

"No obstante, este cálculo merece una ponderación, teniendo en cuenta tres factores, a saber:

- El restablecimiento económico ya reconocido como consecuencia de la terminación de los contratos de concesión de EgoBús y Coobús.
- El momento desde el que se materializó el riesgo extraordinario de no implementación de la Fase II del SITP.
- La proporcionalidad de la asunción del riesgo de implementación del SITP, de acuerdo con la matriz de riesgos del contrato."

El valor que resulta para el restablecimiento del desequilibrio desde abril de 2016 a junio 30 de 2017 se consignó así:

"De acuerdo con esta motivación, el Tribunal decide que prosperará parcialmente la primera pretensión de condena subsidiaria a la pretensión nonagésima novena y condenará a TRANSMILENIO a pagar a TRANZIT la suma de \$1,683,952,903 por concepto de restablecimiento del equilibrio económico del Contrato de Concesión N° 011 de 2010 por la no implementación de la Fase II del SITP, en el período comprendido entre el mes de abril de 2016 y el 30 de junio de 2017".

2. Pretensiones relativas a la Infraestructura Transitoria - Ampliación Indefinida de la Etapa de Transición.

Vigésimo.- Acceder a la pretensión 103 y en consecuencia condenar a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a favor de TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO TRANZIT S.A.S. EN REORGANIZACIÓN a la ejecutoria del presente laudo, la suma de CUATRO MIL SETECIENTOS NUEVE MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS (\$4.709.958.996).

El cálculo efectuado por el Tribunal se explica en la página 196:

"En tales condiciones, de acuerdo con la liquidación efectuada por el perito Strategas Consultores S.A., por concepto de mayores costos por kilómetros en vacío asumidos por el concesionario, desde el 3 de noviembre de 2015 y hasta el 30 de junio de 2017, derivados de la no entrega de terminales se condenará a TRANSMILENIO a pagar a TRANZIT la suma de cuatro mil quinientos cuarenta y nueve millones ciento ochenta y cinco mil ochocientos cincuenta y dos pesos (\$4.549.185.852)"

3. Pretensiones relativas a los Incumplimientos legales y contractuales de TRANSMILENIO asociados a la Gestión de los Contratos de Concesión No. 005 y 012 y 013 de 2010 suscritos con COOBÚS S.A.S. y/o EGOBÚS S.A.S., Tribunal de Arbitraje de Transporte Zonal Integrado – Tranzit S.A.S. Vs. Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A.

Vigésimo primero.- Según las motivaciones contenidas en las consideraciones de esta providencia, acceder parcialmente a la pretensión 106 y en consecuencia condenar a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a favor de TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO TRANZIT S.A.S. EN REORGANIZACIÓN, a la ejecutoria

del presente laudo, la suma de OCHO MIL CIENTO VEINTICUATRO MILLONES QUINIENTOS VEINTISIETE MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS (\$ 8.124.527.942).

El cálculo de este valor se explica así en página 227:

"Con ese propósito, se considera que en la medida en que no se han adoptado las medidas para solventar la incidencia que tuvo el fracaso de EGOBÚS y COOBÚS en la concesión de TRANZIT y, en particular la terminación de tales contratos, el referente temporal objetivo que se puede tomar para restablecer el equilibrio es la fecha de terminación de los contratos con aquellos concesionarios, esto es abril de 2016. Por consiguiente, el plazo que se tendrá en cuenta para restablecer el equilibrio económico del contrato de TRANZIT es aquel que ha transcurrido desde la fecha en la que se terminaron los contratos con EGOBÚS y COOBÚS –oportunidad cierta en la que ocurrieron los hechos– en tanto no se han adoptado soluciones definitivas para conjurar la crisis originada por dicha situación."

(...)

"Como quiera que el lapso para el restablecimiento del equilibrio se definió a partir de abril de 2016, el impacto en los ingresos de TRANZIT por menores pasajeros asciende entonces a \$ 7.847.199.484 a 30 de junio de 2017, conforme a los parámetros del propio dictamen."

SOLICITUD DE RESTABLECIMIENTO DE DESEQUILIBRIO ECONÓMICO POR LOS SIGUIENTES CONCEPTOS ENTRE EL 1 DE JULIO DE 2017 Y EL 31 DE ENERO DE 2019 DE ACUERDO CON LO DISPUESTO POR LA LEY 80 DE 1993 ARTÍCULOS 3, 14 Y 27 Y LAUDO DEL 30 DE NOVIEMBRE DE 2018.

Como se puede observar, los cálculos de las condenas a cargo de Transmilenio que la Resolución 031 del 25 de enero de 2019 pretende ilegalmente compensar por las razones expuestas en el recurso de reposición, tienen fecha de corte junio 30 de 2017. En la medida que, como ya se dijo, estas condenas y su compensación están siendo objeto de análisis en virtud de los recursos de reposición interpuestos en la audiencia del 4 de febrero por parte de TRANZIT y las aseguradores Mundial de Seguros y Seguros del Estado, TRANZIT solicita a Transmilenio que se le reconozcan de inmediato los siguientes valores a partir del 1 de julio 2017 a la fecha, teniendo en cuenta lo dispuesto y ordenado por el laudo del 30 noviembre de 2018.

1. Reconocimiento de kilómetros en vacío por vencimiento de la etapa de transición de (5) cinco años para contar con patios definitivos en zonas próximas al lugar de inicio de rutas.

Es necesario traer a colación el análisis realizado por el Tribunal de Arbitramento respecto de los riesgos asumidos por las partes en lo que tiene que ver con la prórroga de la etapa de transición, y los efectos ocasionados por cuenta de la asignación de riesgos, para lo cual es pertinente tener presente el estudio consignado a páginas 192 y 193, en los siguientes términos:

"(...) el Tribunal concluye que si bien en el contrato se estableció la facultad para el Distrito de ampliar el plazo de la etapa de transición, según lo acordado, el concesionario solamente estaba obligado a soportar el riesgo consistente en un mayor número de kilómetros en vacío por falta de disponibilidad de patios en zonas próximas al lugar de inicio de rutas, durante el

término inicial de esta etapa, esto es durante los cinco años contados a partir de la adjudicación del Contrato.

En este orden de ideas, igualmente se concluye que al haberse pactado en el Contrato como obligación del Distrito la de entregar los terminales zonales construidos y adecuados para la operación al finalizar la etapa de transición, la prórroga de esta etapa tiene como efecto ampliar el término para la exigibilidad de esta prestación, pero no implica que el Concesionario deba continuar asumiendo los valores correspondientes a mayor número de kilómetros en vacío que se deriven del aplazamiento del cumplimiento de esta obligación.

(...)

Lo anterior, pues a pesar de que no se previó expresamente en el Contrato, que vencido el período de cinco años de la etapa de transición tales costos debían ser asumidos por TRANSMILENIO, ante la claridad de lo expresado por ella misma en el sentido de que no serían asumidos por el concesionario según aparece en el Anexo explicativo de la matriz de riesgos, si la entidad no estaba dispuesta a asumirlos, era su obligación determinar su asignación en los documentos contractuales. Subrayado fuera del texto

Seguidamente en la página 196, dispuso lo siguiente:

"Para el Tribunal, al concesionario le debe ser reconocido el mayor valor por concepto de kilómetros en vacío una vez finalizados los primeros cinco años de la etapa de transición.

Lo anterior, en concordancia con lo dispuesto en la matriz de riesgos, en la que se hace referencia a mayores costos por kilómetros en vacío, como efecto económico de no disponer de patios en zonas próximas al lugar de inicio de rutas. Subrayado fuera del texto

De la metodología aplicable para el cálculo de kilómetros en vacío:

- Del sistema GOAL, se obtienen los registros de todos los despachos comerciales programados por cada concesionario del SITP diariamente, incluyendo dentro del registro los respectivos kilómetros en vacío asociados para cumplir con los despachos comerciales, fue discriminada por tipo de servicio (alimentación o zonal), tipología de vehículo y ruta.
- De la cantidad diaria de kilómetros en vacío calculada por cada categoría de servicio, ruta y tipología de vehículo, se descontaron aquellos kilómetros en vacío denominados como "cruzados", los cuales corresponden a recorridos muertos que realiza el operador desde el otro extremo de la ciudad para retornar al patio transitorio en Usme.
- Luego se procede a determinar la cantidad de kilómetros en vacío realmente ejecutados por el Concesionario. Para ello, se afectan los kilómetros en vacío programados sin "cruzados" por el porcentaje de cumplimiento diario de despachos comerciales del Concesionario.

Sin perjuicio de las varias comunicaciones en las que TRANZIT ha solicitado a Transmilenio el reconocimiento de los kilómetros en vacío de acuerdo con lo establecido en el laudo del 30 de noviembre de 2018, lo cual no ha sido atendido por la entidad, nuevamente se insiste en la solicitud, en el sentido de reconocer dicho concepto por el periodo comprendido entre

el 1º de Julio de 2017 al 31 de enero de 2019, por la suma de tres mil quinientos noventa y cuatro millones novecientos diecisiete mil quinientos catorce pesos **\$3.594.917.514.**¹

2. Terminación de los contratos con Coobús y Egobús.

Respecto a la terminación de los contratos de los concesionarios Coobús y Egobús, con quienes TRANZIT, compartía el 37% de las rutas que no han entrado en operación a la fecha, el Tribunal es claro al concluir que dicho hecho constituyó un evento ajeno y no imputable a las partes, que condujo a la implementación del SITP provisional, y que a su vez estas dos (2) situaciones ocasionaron que a la fecha, la fase II del SITP no se encuentre culminada. Al respecto, debemos tener en cuenta algunos apartes del Laudo Arbitral, tal y como se transcriben a continuación:

El Tribunal en la página 223 del Laudo, señaló que: — —

"Por otra parte, la naturaleza de las circunstancias que afectaron las concesiones de Egobús y Coobús relacionadas, de modo principal, con las dificultades de diverso orden que afrontaron dichos concesionarios y con los incumplimientos en los que incurrieron permiten concluir que se trata de eventos ajenos a TRANZIT, respecto de los cuales este último no tuvo ningún control, ni tampoco incidió en su ocurrencia. En efecto, no existe ningún elemento de orden conceptual, ni de carácter probatorio que permita concluir que TRANZIT tuvo inferencia o control respecto de las circunstancias que frustraron las concesiones mencionadas. Puestas las cosas en este punto, se considera que los hechos que dieron lugar a la terminación de los contratos de Egobús y Coobús son ajenos a TRANZIT y no le son imputables.

El cambio de las condiciones contractuales que existían al suscribirse el Contrato por parte de TRANZIT y su impacto en el negocio jurídico implica que operó una alteración de la ecuación financiera del negocio jurídico por cuenta de la situación de Egobús y Coobús".

A páginas 226 y 227, dispuso lo siguiente:

"La situación de los concesionarios COOBÚS y EGOBÚS y la terminación de los respectivos contratos por parte de TRANSMILENIO constituyen una alteración de las condiciones técnicas, económicas y financieras del Contrato de TRANZIT por circunstancias que no le son atribuibles a este último y que tuvieron una incidencia en la ecuación económica y financiera del negocio jurídico. Por tales motivos, de conformidad con lo dispuesto en el ordenamiento legal y con los lineamientos de la jurisprudencia del Consejo de Estado es procedente el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

Con ese propósito, se considera que en la medida en que no se han adoptado las medidas para solventar la incidencia que tuvo el fracaso de EGOBÚS y COOBÚS en la concesión de TRANZIT y, en particular la terminación de tales contratos, el referente temporal objetivo que se puede tomar para restablecer el equilibrio es la fecha de terminación de los contratos con aquellos concesionarios, esto es abril de 2016. Por consiguiente, el plazo que se tendrá en cuenta para restablecer el equilibrio económico del contrato de TRANZIT es aquel que ha transcurrido desde la fecha en la que se terminaron los contratos con EGOBÚS y COOBÚS – oportunidad cierta en la que ocurrieron los hechos – en tanto no se han adoptado soluciones definitivas para conjurar la crisis originada por dicha situación".

¹ Remítase a Tabla No. 1 de los Anexos.

Respecto de la permanencia de las situaciones que materializaron el riesgo por causas no imputables a TRANZIT, señalo el Tribunal en la página 241:

"Al menos a la fecha de expedición de este laudo, no existe en el expediente prueba alguna que permita inferir que esta situación podría cambiar en el futuro próximo. TRANSMILENIO no ha allegado al expediente evidencia alguna de que exista un plan de acción, o una estrategia concreta y realizable, con una fecha determinada o aproximada, para que cese la operación del SITP Provisional y para extender la operación regulada del SITP a todas las zonas que dejaron de cubrir Egobús y Coobús". (Subrayado fuera de texto).

De la metodología aplicable para determinar el cálculo por la afectación en pasajeros por la demanda no percibida por el no ingreso de Egobús y Coobús:

Para determinar esta afectación que ha tenido sobre el Concesionario por la no finalización del plan de implementación, así como la consecuente competencia con el TPC/SITP Provisional, se desarrolló un ejercicio contra-factual que comparó la demanda de pasajeros pagos movilizada por las rutas implementadas hasta la fecha por el Concesionario (información consignada en las actas semanales de liquidación del SITP elaboradas por Transmilenio con base en las cuales se paga la remuneración de los concesionarios) con la demanda de pasajeros que debieron movilizar todas las rutas adjudicadas al Concesionario y previstas en el plan de implementación; empleándose para este ejercicio de comparación un modelo de transporte desarrollado por el perito que realizó los cálculos reconocidos en el laudo citado, y que parte de un modelo de referencia realizado por Transmilenio a saber:

- Los datos de demanda real de pasajeros pagos provienen de las actas de liquidación avaladas por el propio Ente Gestor.
- El modelo representa todas las rutas que operan en el sistema Transmilenio, incluidos los servicios de alimentación, así como las rutas de transporte público interurbano que se integran a los servicios urbanos de transporte público en Bogotá D.C.
- El modelo representa de manera precisa la demanda real que se movilizó en todo el transporte público de la ciudad bajo las condiciones reales de implementación del SITP, este proceso se denomina "calibración del modelo".
- Una vez calibradas las condiciones reales de interacción entre la demanda y oferta del transporte público en Bogotá D.C., se modifica la oferta por aquella que debió haber sido en la implementación plena del SITP para conocer cómo se habría distribuido la demanda bajo ese esquema de operación.
- Para calibrar el modelo a las condiciones reales de implementación del SITP se partió de los cálculos de demanda en cada modo de transporte realizados periódicamente por la Secretaría Distrital de Movilidad a través del "Programa de Monitoreo, Seguimiento y Planeación del Tránsito y el Transporte", así como las validaciones de pasajeros pagos realizadas diariamente en el componente zonal y troncal del SITP.
- El cálculo se elabora únicamente para la hora de máxima demanda de un día típico, como lo recomienda la práctica habitual en modelación de transporte

Posteriormente, para llevar los resultados obtenidos en la hora de máxima demanda a valores totales diarios y semestrales, se comparan qué tantos pasajeros transporta el sistema para la hora de máxima demanda de un día típico con respecto a la demanda total

registrada en el durante todo un día o semestre, con el fin de determinar cuánto representa la hora de modelación del total del semestre y poder determinar cuál habría sido la demanda de todo el semestre en el escenario de plena implementación del SITP.

Con base en lo anterior, y teniendo en cuenta la metodología utilizada por el Tribunal de Arbitramento para reconocer este desequilibrio, Transmilenio deberá reconocer a TRANZIT por el periodo comprendido desde el 1° de julio de 2017 hasta el 30 de noviembre de 2018, la suma de diez mil trescientos treinta y un millones ochenta mil treinta y seis pesos **\$10.331.080.036**. Esta cifra está en proceso de actualización con corte enero 31 de 2019. Es claro el Tribunal al establecer que la misma debe ser reconocida hasta tanto se subsanen los retrasos de la implementación conforme al ajuste financiero pendiente y aplicable de acuerdo con la metodología reconocida por el Tribunal del perito técnico Cal & Mayor.

3. Retraso de la implementación de la fase II del SITP.

El Tribunal señala las causas del retraso en la implementación de la fase II del SITP, al punto de sostener en página 241, lo siguiente:

"A juicio del Tribunal, el retraso en la implementación de la Fase II del SITP, originada en el cese de operaciones y la terminación y liquidación de los contratos de concesión de Egobús y Coobús y en la conversión del Transporte Público Colectivo en SITP Provisional, es un riesgo no previsto en la matriz de riesgos del contrato, o un riesgo extraordinario, que excedió con creces el aleas normal prevista para la operación del SITP, y por ende, la ejecución del Contrato de Concesión N° 011 de 2010." (Subrayado fuera del texto)

Posteriormente señala el Tribunal en las páginas 247 y 248 del Laudo:

"...En todo caso, como también se anotó, el retraso en la implementación de la Fase II del SITP, originada en el cese de operaciones y la terminación y liquidación de los contratos de concesión de Egobús y Coobús y en la conversión del Transporte Público Colectivo en SITP Provisional, es un riesgo no previsto en la matriz de riesgos del contrato, o un riesgo extraordinario, que excedió con creces el aleas normal prevista para la operación del SITP, y por ende, la ejecución del Contrato de Concesión N° 011 de 2010. Es un riesgo que supera las previsiones contractuales sobre asignación de riesgos y cuyas consecuencias económicas no deben ser soportadas por el concesionario TRANZIT". (Negrilla fuera de texto).

Continúa en la página 259, refiriéndose a las cuantías a reclamar por dicho concepto, así:

"Como ya fue objeto de decisión en este laudo, el Tribunal encuentra probados los elementos para que se reconozca el restablecimiento del equilibrio económico del Contrato de Concesión N° 011 de 2010 por la no implementación de la Fase II del SITP. Sin embargo, en el expediente no obra prueba alguna que permita valorar la cuantía de este restablecimiento para el periodo comprendido entre el 1° de Julio de 2017 y la fecha de expedición de este laudo, así como tampoco cuenta el Tribunal con elementos probatorios para valorar la cuantía de este restablecimiento para el periodo comprendido entre la fecha de expedición de este laudo y la fecha, aún indeterminada, en que se termine la implementación de la Fase II del SITP".

Con base en lo anterior, y teniendo en cuenta la metodología utilizada por el Tribunal de Arbitramento para reconocer este desequilibrio, Transmilenio debe reconocer a TRANZIT por el periodo comprendido desde el 1 de julio de 2017 hasta el 30 de noviembre de 2018

la suma de cinco mil trescientos noventa y nueve millones ciento treinta y cinco mil ciento setenta y tres pesos **\$5.399.135.173**. Esta cifra está en proceso de actualización con corte enero 31 de 2019. Es claro el Tribunal al establecer que la misma debe ser reconocida hasta tanto se subsanen los retrasos de la implementación conforme al ajuste financiero pendiente y aplicable de acuerdo con la metodología reconocida por el Tribunal del perito técnico Cal & Mayor.

4. La evasión como evento que no se relaciona con el comportamiento de los conductores contenida en la matriz de riesgos.

Finalmente, el Tribunal reconoció que la evasión en el componente de alimentación no se encuentra contemplado en la Matriz de Riesgos del Contrato de Concesión N° 011 de 2010, puesto que el control de la misma no se encuentra sujeto o relacionado con la conducta o comportamiento de los conductores de la operación. En efecto el Tribunal en la página 312 del Laudo Arbitral, sostiene.

"... para el Tribunal el riesgo de evasión que se ha materializado es un riesgo diferente al previsto en la matriz de riesgos, y la obligación que asumió el concesionario establecida en la cláusula 17.1.21 no implica que el concesionario deba asumir el costo de la evasión que se presenta bajo circunstancias que no se relacionan con el comportamiento de los conductores o con los mecanismos de control de acceso al vehículo que no está habilitado para implantar.

La evasión en tales condiciones, tanto en la operación zonal como en el componente de alimentación, podría considerarse un hecho imprevisto ajeno a TRANZIT que podría conducir al desequilibrio económico del contrato."

Seguidamente en la página 313, señala:

"Ahora bien, respecto de la evasión en la operación de alimentación, se trata de un riesgo que no fue previsto en el contrato, cuya materialización podría dar lugar a un desequilibrio financiero del mismo, si al cuantificarlo se advierte un impacto grave en la ecuación contractual."

El Tribunal señaló en la misma página 312 que en la medida de que no quedó acreditado el desequilibrio financiero del Contrato que pudiera derivarse de la evasión en la operación zonal, no se pudo reconocer la pretensión asociada, lo cual no significa que el Tribunal desconozca que la evasión es un riesgo ajeno al Concesionario. Respecto de la evasión en la operación de alimentación, el Tribunal señaló que se trata de un riesgo que no fue previsto en el Contrato, cuya materialización podría dar lugar a un desequilibrio financiero del mismo, si al cuantificarlo se advierte un impacto grave en la ecuación contractual.

A pesar de lo anterior, y solo porque no quedó demostrado el valor de acuerdo con el cual el Concesionario quedaría en un punto de "no pérdida", el Tribunal no pudo calcular el valor para restablecer el equilibrio a un punto de no pérdida. Reiteramos que el hecho de haber podido calcular el valor, no puede llevar a Transmilenio a concluir que el Tribunal desconoció que la evasión es un riesgo no incluido en la matriz de riesgos del Contrato, el cual al materializarse causó un desequilibrio económico del Contrato, que a su vez impactó el flujo de recursos que requiere TRANZIT para el cumplimiento a cabalidad de sus obligaciones contractuales.

De la metodología aplicable para determinar la afectación por la evasión en el Portal Usme:

- Para identificar las modalidades de evasión que se presentan en esas zonas, TRANZIT realizó dos (2) estudios de aforos peatonales en el portal de alimentación de Usme y la estación de Molinos en los meses de septiembre de 2015 y marzo de 2016, cuantificando el número de pasajeros alimentados a lo largo del día, las modalidades de evasión y los usuarios que realizan la validación correcta en los torniquetes.
- Adicionalmente, y con el fin de complementar el material probatorio, el perito realizó una nueva toma de información en campo en septiembre de 2016 que permitiese evaluar la tendencia histórica del fenómeno de la evasión en los servicios de alimentación de Usme.
- El criterio utilizado para la estimación de perjuicios por la evasión en los servicios de alimentación en la zona de Usme consiste en calcular la diferencia entre la demanda total alimentada y los pasajeros pagos consignados en el acta de liquidación de la Fiducia; para ello se siguió una serie de pasos de cálculos conforme sigue:
 - Se conceptualiza que la alimentación en Usme es un servicio consolidado proveniente de los contratos de Fase II de Tránsito. Por lo tanto, la demanda total (paga + evasión) es estable en el tiempo, más allá de las fluctuaciones propias de las estacionalidades.
 - A partir de los estudios realizados en septiembre de 2015, marzo de 2016 y septiembre de 2016 se conoce la demanda total para un día hábil, sábado y domingo típico de esos meses.
 - El cálculo mensual de la evasión se realizó expandiendo el resultado obtenido en el día de aforo por el número de días hábiles, sábados y domingos/festivos.
 - Con base en las validaciones del sistema troncal en Usme se conoce la estacionalidad de la demanda troncal y se asume que es la misma estacionalidad de la demanda total en alimentación (paga + evasión). De esta forma se obtiene la curva de demanda total de alimentación para todo el período de análisis (agosto de 2015 hasta la fecha).
 - A partir de las actas semanales de pago se obtuvo la curva de demanda de pasajeros pagos en alimentación para toda la zona y para cada día del período de análisis.
 - Finalmente, la evasión es la diferencia entre las curvas de demanda paga y la demanda total estimada para cada día (paga + evasión).

De igual forma, por concepto de evasión, el Ente Gestor deberá reconocer a TRANZIT, la suma de seis mil doscientos cincuenta y siete millones trescientos setenta y siete mil ochocientos veintinueve pesos **\$6.257.377.829** equivalentes al período comprendido desde el 1° de julio de 2017 al 31 de enero de 2019², sin perjuicio del ajuste financiero aplicable.

² Remítase a Tabla No. 2 de los Anexos.

En virtud de las consideraciones anteriormente expuestas, solicitamos de manera respetuosa al Ente Gestor, el reconocimiento de las cifras relacionadas en el presente escrito, toda vez que son el soporte financiero y económico de TRANZIT S.A.S., En Reorganización, para responder frente a sus actuales obligaciones derivadas del Contrato de Concesión No. 011 de 2010, cumplir con la fórmula del acuerdo que se encuentra pendiente de aprobación por parte de los acreedores y de confirmación por el Juez de Concurso, y a su vez, cumplir con los gastos de administración que por Ley 1116 de 2006, tiene la obligación de atender con estricto rigor.

En la presente comunicación se dejan claras las metodologías avaladas y utilizadas por el Tribunal de Arbitramento en el Laudo del 30 de noviembre de 2018 que resultó en los reconocimientos a favor de TRANZIT.

Finalmente y a manera de síntesis las sumas que a la fecha adeuda Transmilenio a TRANZIT, por los hechos relacionados en esta comunicación desde julio de 2017 y hasta enero del 2019, para las cifras que corresponden a kilómetros en vacío y evasión, y hasta noviembre 30 de 2018 para las cifras asociadas a los desequilibrios por cuenta de la no implementación del SITP fase II y la terminación de los contratos de Coobus y Egobus, las cuales se relacionan a continuación:

Concepto	Valor
Kms Vacío Componente Zonal	\$ 3.594.917.514
Evasión Alimentación	\$ 6.257.377.829
Evasión Zonal	\$ 2.487.100.757
Desequilibrio (demanda de pasajeros) Rutas Egobus y Coobus, terminación contratos*	\$ 10.331.080.036
Desequilibrio implementación/finalización Fase II*	\$ 5.399.135.173

Total Julio 2017 - Enero 2019


\$ 28.069.611.309

*cifras a noviembre de 2018.

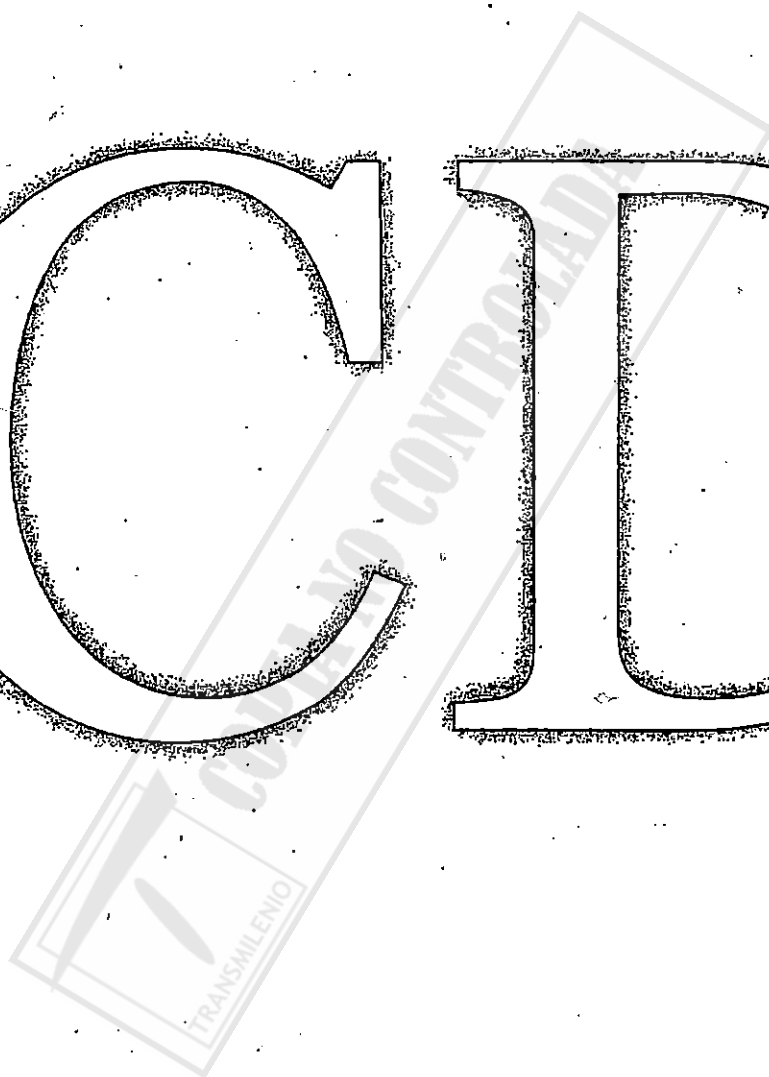
En la medida que las situaciones que han dado lugar a la materialización de los riesgos previstos y no previstos en la matriz de riesgos del Contrato por causas no imputables a TRANZIT, se mantengan, TRANZIT se presentaran las respectivas reclamaciones dentro de los (10) diez primeros días siguientes de cada mes en el cual se verifique que las circunstancias que dieron origen a las condenas del laudo a cargo de Transmilenio no se hayan modificado.

Cordialmente,


Sugey Rodríguez Bernal
Representante Legal

Adjunto: Un (1) CD 

CD



Bogotá D.C., 12 de febrero de 2019.

JUR_5511_19

Doctora
María Consuelo Araújo
Gerente General
Transmilenio S.A.
Ciudad

TRANSMILENIO S.A.04329
FEB 12 '19 PM 1:26

Asunto: Solicitud de restablecimiento del equilibrio económico del Contrato No. 011 de 2010 según lo dispuesto en el Laudo Arbitral de 30 de noviembre de 2018 y la Ley 80 de 1993.

Respetada Doctora,

Sin perjuicio del proceso de imposición de multa que cursa contra TRANZIT en el marco de lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y la imposición de la multa y su compensación con la condena a Transmilenio decretada en el laudo del 30 de noviembre de 2018 por \$20.550.944.205, y contenida en la Resolución 031 del 25 de enero de 2019, el cual se encuentra suspendido hasta el 4 de marzo de 2019, fecha fijada para la reanudación de la audiencia que resolverá el recurso de reposición interpuesto el 4 de febrero de 2019, me permito someter a su inmediata y urgente consideración el reconocimiento a TRANZIT de los valores que se describen a continuación para restablecer el equilibrio económico del Contrato de Concesión 011 de 2010 a partir del 1º de julio de 2017 a 31 de enero de 2019, de acuerdo con lo dispuesto en el citado laudo por cuenta de materialización de varios riesgos cuyas causas no son imputables a TRANZIT.

El valor de la equivocada compensación que pretende hacer Transmilenio resulta en la suma de \$14.577.952.515 pesos de acuerdo con las siguientes condenas que Transmilenio debe reconocer a TRANZIT al resolver varias pretensiones de la demanda contenidas en el laudo de noviembre 30 de 2018:

1. Pretensiones relativas a la Falta de Implementación del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (SITP).

Décimo noveno.- Acceder a la pretensión 99 primera subsidiaria y en consecuencia condenar a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a favor de TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO TRANZIT S.A.S. EN REORGANIZACIÓN a la ejecutoria del presente laudo, la suma de UN MIL SETECIENTOS CUARENTA Y TRES MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS SIETE PESOS (\$1.743.465.607).

Aplicando tres factores de ponderación descritos en la página 256 del laudo:

"No obstante, este cálculo merece una ponderación, teniendo en cuenta tres factores, a saber:

- El restablecimiento económico ya reconocido como consecuencia de la terminación de los contratos de concesión de EgoBús y Coobús.
- El momento desde el que se materializó el riesgo extraordinario de no implementación de la Fase II del SITP.
- La proporcionalidad de la asunción del riesgo de implementación del SITP, de acuerdo con la matriz de riesgos del contrato."

El valor que resulta para el restablecimiento del desequilibrio desde abril de 2016 a junio 30 de 2017 se consignó así:

"De acuerdo con esta motivación, el Tribunal decide que prosperará parcialmente la primera pretensión de condena subsidiaria a la pretensión nonagésima novena y condenará a TRANSMILENIO a pagar a TRANZIT la suma de \$1,683,952,903 por concepto de restablecimiento del equilibrio económico del Contrato de Concesión N° 011 de 2010 por la no implementación de la Fase II del SITP, en el período comprendido entre el mes de abril de 2016 y el 30 de junio de 2017".

2. Pretensiones relativas a la Infraestructura Transitoria - Ampliación Indefinida de la Etapa de Transición.

Vigésimo.- Acceder a la pretensión 103 y en consecuencia condenar a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a favor de TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO TRANZIT S.A.S. EN REORGANIZACIÓN a la ejecutoria del presente laudo, la suma de CUATRO MIL SETECIENTOS NUEVE MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS (\$4.709.958.996).

El cálculo efectuado por el Tribunal se explica en la página 196:

"En tales condiciones, de acuerdo con la liquidación efectuada por el perito Strategas Consultores S.A., por concepto de mayores costos por kilómetros en vacío asumidos por el concesionario, desde el 3 de noviembre de 2015 y hasta el 30 de junio de 2017, derivados de la no entrega de terminales se condenará a TRANSMILENIO a pagar a TRANZIT la suma de cuatro mil quinientos cuarenta y nueve millones ciento ochenta y cinco mil ochocientos cincuenta y dos pesos (\$4.549.185.852)"

3. Pretensiones relativas a los Incumplimientos legales y contractuales de TRANSMILENIO asociados a la Gestión de los Contratos de Concesión No. 005 y 012 y 013 de 2010 suscritos con COOBÚS S.A.S. y/o EGOBÚS S.A.S., Tribunal de Arbitraje de Transporte Zonal Integrado – Tranzit S.A.S. Vs. Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A.

Vigésimo primero.- Según las motivaciones contenidas en las consideraciones de esta providencia, acceder parcialmente a la pretensión 106 y en consecuencia condenar a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a favor de TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO TRANZIT S.A.S. EN REORGANIZACIÓN, a la ejecutoria

del presente laudo, la suma de OCHO MIL CIENTO VEINTICUATRO MILLONES QUINIENTOS VEINTISIETE MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS (\$ 8.124.527.942).

El cálculo de este valor se explica así en página 227:

"Con ese propósito, se considera que en la medida en que no se han adoptado las medidas para solventar la incidencia que tuvo el fracaso de EGOBÚS y COOBÚS en la concesión de TRANZIT y, en particular la terminación de tales contratos, el referente temporal objetivo que se puede tomar para restablecer el equilibrio es la fecha de terminación de los contratos con aquellos concesionarios, esto es abril de 2016. Por consiguiente, el plazo que se tendrá en cuenta para restablecer el equilibrio económico del contrato de TRANZIT es aquel que ha transcurrido desde la fecha en la que se terminaron los contratos con EGOBÚS y COOBÚS –oportunidad cierta en la que ocurrieron los hechos– en tanto no se han adoptado soluciones definitivas para conjurar la crisis originada por dicha situación."

(...)

"Como quiera que el lapso para el restablecimiento del equilibrio se definió a partir de abril de 2016, el impacto en los ingresos de TRANZIT por menores pasajeros asciende entonces a \$ 7.847.199.484 a 30 de junio de 2017, conforme a los parámetros del propio dictamen."

SOLICITUD DE RESTABLECIMIENTO DE DESEQUILIBRIO ECONÓMICO POR LOS SIGUIENTES CONCEPTOS ENTRE EL 1 DE JULIO DE 2017 Y EL 31 DE ENERO DE 2019 DE ACUERDO CON LO DISPUESTO POR LA LEY 80 DE 1993 ARTÍCULOS 3, 14 Y 27 Y LAUDO DEL 30 DE NOVIEMBRE DE 2018.

Como se puede observar, los cálculos de las condenas a cargo de Transmilenio que la Resolución 031 del 25 de enero de 2019 pretende ilegalmente compensar por las razones expuestas en el recurso de reposición, tienen fecha de corte junio 30 de 2017. En la medida que, como ya se dijo, estas condenas y su compensación están siendo objeto de análisis en virtud de los recursos de reposición interpuestos en la audiencia del 4 de febrero por parte de TRANZIT y las aseguradores Mundial de Seguros y Seguros del Estado, TRANZIT solicita a Transmilenio que se le reconozcan de inmediato los siguientes valores a partir del 1 de julio 2017 a la fecha, teniendo en cuenta lo dispuesto y ordenado por el laudo del 30 noviembre de 2018.

1. Reconocimiento de kilómetros en vacío por vencimiento de la etapa de transición de (5) cinco años para contar con patios definitivos en zonas próximas al lugar de inicio de rutas.

Es necesario traer a colación el análisis realizado por el Tribunal de Arbitramento respecto de los riesgos asumidos por las partes en lo que tiene que ver con la prórroga de la etapa de transición, y los efectos ocasionados por cuenta de la asignación de riesgos, para lo cual es pertinente tener presente el estudio consignado a páginas 192 y 193, en los siguientes términos:

"(...) el Tribunal concluye que si bien en el contrato se estableció la facultad para el Distrito de ampliar el plazo de la etapa de transición, según lo acordado, el concesionario solamente estaba obligado a soportar el riesgo consistente en un mayor número de kilómetros en vacío por falta de disponibilidad de patios en zonas próximas al lugar de inicio de rutas, durante el

término inicial de esta etapa, esto es durante los cinco años contados a partir de la adjudicación del Contrato.

En este orden de ideas, igualmente se concluye que al haberse pactado en el Contrato como obligación del Distrito la de entregar los terminales zonales construidos y adecuados para la operación al finalizar la etapa de transición, la prórroga de esta etapa tiene como efecto ampliar el término para la exigibilidad de esta prestación, pero no implica que el Concesionario deba continuar asumiendo los valores correspondientes a mayor número de kilómetros en vacío que se deriven del aplazamiento del cumplimiento de esta obligación.

(...)

Lo anterior, pues a pesar de que no se previó expresamente en el Contrato, que vencido el período de cinco años de la etapa de transición tales costos debían ser asumidos por TRANSMILENIO, ante la claridad de lo expresado por ella misma en el sentido de que no serían asumidos por el concesionario según aparece en el Anexo explicativo de la matriz de riesgos, si la entidad no estaba dispuesta a asumirlos, era su obligación determinar su asignación en los documentos contractuales. Subrayado fuera del texto

Seguidamente en la página 196, dispuso lo siguiente:

"Para el Tribunal, al concesionario le debe ser reconocido el mayor valor por concepto de kilómetros en vacío una vez finalizados los primeros cinco años de la etapa de transición.

Lo anterior, en concordancia con lo dispuesto en la matriz de riesgos, en la que se hace referencia a mayores costos por kilómetros en vacío, como efecto económico de no disponer de patios en zonas próximas al lugar de inicio de rutas. Subrayado fuera del texto

De la metodología aplicable para el cálculo de kilómetros en vacío:

- Del sistema GOAL, se obtienen los registros de todos los despachos comerciales programados por cada concesionario del SITP diariamente, incluyendo dentro del registro los respectivos kilómetros en vacío asociados para cumplir con los despachos comerciales, fue discriminada por tipo de servicio (alimentación o zonal), tipología de vehículo y ruta.
- De la cantidad diaria de kilómetros en vacío calculada por cada categoría de servicio, ruta y tipología de vehículo, se descontaron aquellos kilómetros en vacío denominados como "cruzados", los cuales corresponden a recorridos muertos que realiza el operador desde el otro extremo de la ciudad para retornar al patio transitorio en Usme.
- Luego se procede a determinar la cantidad de kilómetros en vacío realmente ejecutados por el Concesionario. Para ello, se afectan los kilómetros en vacío programados sin "cruzados" por el porcentaje de cumplimiento diario de despachos comerciales del Concesionario.

Sin perjuicio de las varias comunicaciones en las que TRANZIT ha solicitado a Transmilenio el reconocimiento de los kilómetros en vacío de acuerdo con lo establecido en el laudo del 30 de noviembre de 2018, lo cual no ha sido atendido por la entidad, nuevamente se insiste en la solicitud, en el sentido de reconocer dicho concepto por el periodo comprendido entre

el 1º de Julio de 2017 al 31 de enero de 2019, por la suma de tres mil quinientos noventa y cuatro millones novecientos diecisiete mil quinientos catorce pesos **\$3.594.917.514.**¹

2. Terminación de los contratos con Coobús y Egobús.

Respecto a la terminación de los contratos de los concesionarios Coobús y Egobús, con quienes TRANZIT, compartía el 37% de las rutas que no han entrado en operación a la fecha, el Tribunal es claro al concluir que dicho hecho constituyó un evento ajeno y no imputable a las partes, que condujo a la implementación del SITP provisional, y que a su vez estas dos (2) situaciones ocasionaron que a la fecha, la fase II del SITP no se encuentre culminada. Al respecto, debemos tener en cuenta algunos apartes del Laudo Arbitral, tal y como se transcriben a continuación:

El Tribunal en la página 223 del Laudo, señaló que: — —

"Por otra parte, la naturaleza de las circunstancias que afectaron las concesiones de Egobús y Coobús relacionadas, de modo principal, con las dificultades de diverso orden que afrontaron dichos concesionarios y con los incumplimientos en los que incurrieron permiten concluir que se trata de eventos ajenos a TRANZIT, respecto de los cuales este último no tuvo ningún control, ni tampoco incidió en su ocurrencia. En efecto, no existe ningún elemento de orden conceptual, ni de carácter probatorio que permita concluir que TRANZIT tuvo inferencia o control respecto de las circunstancias que frustraron las concesiones mencionadas. Puestas las cosas en este punto, se considera que los hechos que dieron lugar a la terminación de los contratos de Egobús y Coobús son ajenos a TRANZIT y no le son imputables.

El cambio de las condiciones contractuales que existían al suscribirse el Contrato por parte de TRANZIT y su impacto en el negocio jurídico implica que operó una alteración de la ecuación financiera del negocio jurídico por cuenta de la situación de Egobús y Coobús".

A páginas 226 y 227, dispuso lo siguiente:

"La situación de los concesionarios COOBÚS y EGOBÚS y la terminación de los respectivos contratos por parte de TRANSMILENIO constituyen una alteración de las condiciones técnicas, económicas y financieras del Contrato de TRANZIT por circunstancias que no le son atribuibles a este último y que tuvieron una incidencia en la ecuación económica y financiera del negocio jurídico. Por tales motivos, de conformidad con lo dispuesto en el ordenamiento legal y con los lineamientos de la jurisprudencia del Consejo de Estado es procedente el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

Con ese propósito, se considera que en la medida en que no se han adoptado las medidas para solventar la incidencia que tuvo el fracaso de EGOBÚS y COOBÚS en la concesión de TRANZIT y, en particular la terminación de tales contratos, el referente temporal objetivo que se puede tomar para restablecer el equilibrio es la fecha de terminación de los contratos con aquellos concesionarios, esto es abril de 2016. Por consiguiente, el plazo que se tendrá en cuenta para restablecer el equilibrio económico del contrato de TRANZIT es aquel que ha transcurrido desde la fecha en la que se terminaron los contratos con EGOBÚS y COOBÚS – oportunidad cierta en la que ocurrieron los hechos – en tanto no se han adoptado soluciones definitivas para conjurar la crisis originada por dicha situación".

¹ Remítase a Tabla No. 1 de los Anexos.

Respecto de la permanencia de las situaciones que materializaron el riesgo por causas no imputables a TRANZIT, señalo el Tribunal en la página 241:

"Al menos a la fecha de expedición de este laudo, no existe en el expediente prueba alguna que permita inferir que esta situación podría cambiar en el futuro próximo. TRANSMILENIO no ha allegado al expediente evidencia alguna de que exista un plan de acción, o una estrategia concreta y realizable, con una fecha determinada o aproximada, para que cese la operación del SITP Provisional y para extender la operación regulada del SITP a todas las zonas que dejaron de cubrir Egobús y Coobús". (Subrayado fuera de texto).

De la metodología aplicable para determinar el cálculo por la afectación en pasajeros por la demanda no percibida por el no ingreso de Egobús y Coobús:

Para determinar esta afectación que ha tenido sobre el Concesionario por la no finalización del plan de implementación, así como la consecuente competencia con el TPC/SITP Provisional, se desarrolló un ejercicio contra-factual que comparó la demanda de pasajeros pagos movilizada por las rutas implementadas hasta la fecha por el Concesionario (información consignada en las actas semanales de liquidación del SITP elaboradas por Transmilenio con base en las cuales se paga la remuneración de los concesionarios) con la demanda de pasajeros que debieron movilizar todas las rutas adjudicadas al Concesionario y previstas en el plan de implementación; empleándose para este ejercicio de comparación un modelo de transporte desarrollado por el perito que realizó los cálculos reconocidos en el laudo citado, y que parte de un modelo de referencia realizado por Transmilenio a saber:

- Los datos de demanda real de pasajeros pagos provienen de las actas de liquidación avaladas por el propio Ente Gestor.
- El modelo representa todas las rutas que operan en el sistema Transmilenio, incluidos los servicios de alimentación, así como las rutas de transporte público interurbano que se integran a los servicios urbanos de transporte público en Bogotá D.C.
- El modelo representa de manera precisa la demanda real que se movilizó en todo el transporte público de la ciudad bajo las condiciones reales de implementación del SITP, este proceso se denomina "calibración del modelo".
- Una vez calibradas las condiciones reales de interacción entre la demanda y oferta del transporte público en Bogotá D.C., se modifica la oferta por aquella que debió haber sido en la implementación plena del SITP para conocer cómo se habría distribuido la demanda bajo ese esquema de operación.
- Para calibrar el modelo a las condiciones reales de implementación del SITP se partió de los cálculos de demanda en cada modo de transporte realizados periódicamente por la Secretaría Distrital de Movilidad a través del "Programa de Monitoreo, Seguimiento y Planeación del Tránsito y el Transporte", así como las validaciones de pasajeros pagos realizadas diariamente en el componente zonal y troncal del SITP.
- El cálculo se elabora únicamente para la hora de máxima demanda de un día típico, como lo recomienda la práctica habitual en modelación de transporte

Posteriormente, para llevar los resultados obtenidos en la hora de máxima demanda a valores totales diarios y semestrales, se comparan qué tantos pasajeros transporta el sistema para la hora de máxima demanda de un día típico con respecto a la demanda total

registrada en el durante todo un día o semestre, con el fin de determinar cuánto representa la hora de modelación del total del semestre y poder determinar cuál habría sido la demanda de todo el semestre en el escenario de plena implementación del SITP.

Con base en lo anterior, y teniendo en cuenta la metodología utilizada por el Tribunal de Arbitramento para reconocer este desequilibrio, Transmilenio deberá reconocer a TRANZIT por el periodo comprendido desde el 1° de julio de 2017 hasta el 30 de noviembre de 2018, la suma de diez mil trescientos treinta y un millones ochenta mil treinta y seis pesos **\$10.331.080.036**. Esta cifra está en proceso de actualización con corte enero 31 de 2019. Es claro el Tribunal al establecer que la misma debe ser reconocida hasta tanto se subsanen los retrasos de la implementación conforme al ajuste financiero pendiente y aplicable de acuerdo con la metodología reconocida por el Tribunal del perito técnico Cal & Mayor.

3. Retraso de la implementación de la fase II del SITP.

El Tribunal señala las causas del retraso en la implementación de la fase II del SITP, al punto de sostener en página 241, lo siguiente:

"A juicio del Tribunal, el retraso en la implementación de la Fase II del SITP, originada en el cese de operaciones y la terminación y liquidación de los contratos de concesión de Egobús y Coobús y en la conversión del Transporte Público Colectivo en SITP Provisional, es un riesgo no previsto en la matriz de riesgos del contrato, o un riesgo extraordinario, que excedió con creces el aleas normal prevista para la operación del SITP, y por ende, la ejecución del Contrato de Concesión N° 011 de 2010." (Subrayado fuera del texto)

Posteriormente señala el Tribunal en las páginas 247 y 248 del Laudo:

"...En todo caso, como también se anotó, el retraso en la implementación de la Fase II del SITP, originada en el cese de operaciones y la terminación y liquidación de los contratos de concesión de Egobús y Coobús y en la conversión del Transporte Público Colectivo en SITP Provisional, es un riesgo no previsto en la matriz de riesgos del contrato, o un riesgo extraordinario, que excedió con creces el aleas normal prevista para la operación del SITP, y por ende, la ejecución del Contrato de Concesión N° 011 de 2010. Es un riesgo que supera las previsiones contractuales sobre asignación de riesgos y cuyas consecuencias económicas no deben ser soportadas por el concesionario TRANZIT." (Negrilla fuera de texto).

Continúa en la página 259, refiriéndose a las cuantías a reclamar por dicho concepto, así:

"Como ya fue objeto de decisión en este laudo, el Tribunal encuentra probados los elementos para que se reconozca el restablecimiento del equilibrio económico del Contrato de Concesión N° 011 de 2010 por la no implementación de la Fase II del SITP. Sin embargo, en el expediente no obra prueba alguna que permita valorar la cuantía de este restablecimiento para el periodo comprendido entre el 1° de Julio de 2017 y la fecha de expedición de este laudo, así como tampoco cuenta el Tribunal con elementos probatorios para valorar la cuantía de este restablecimiento para el periodo comprendido entre la fecha de expedición de este laudo y la fecha, aún indeterminada, en que se termine la implementación de la Fase II del SITP."

Con base en lo anterior, y teniendo en cuenta la metodología utilizada por el Tribunal de Arbitramento para reconocer este desequilibrio, Transmilenio debe reconocer a TRANZIT por el periodo comprendido desde el 1 de julio de 2017 hasta el 30 de noviembre de 2018

la suma de cinco mil trescientos noventa y nueve millones ciento treinta y cinco mil ciento setenta y tres pesos **\$5.399.135.173**. Esta cifra está en proceso de actualización con corte enero 31 de 2019. Es claro el Tribunal al establecer que la misma debe ser reconocida hasta tanto se subsanen los retrasos de la implementación conforme al ajuste financiero pendiente y aplicable de acuerdo con la metodología reconocida por el Tribunal del perito técnico Cal & Mayor.

4. La evasión como evento que no se relaciona con el comportamiento de los conductores contenida en la matriz de riesgos.

Finalmente, el Tribunal reconoció que la evasión en el componente de alimentación no se encuentra contemplado en la Matriz de Riesgos del Contrato de Concesión N° 011 de 2010, puesto que el control de la misma no se encuentra sujeto o relacionado con la conducta o comportamiento de los conductores de la operación. En efecto el Tribunal en la página 312 del Laudo Arbitral, sostiene.

"... para el Tribunal el riesgo de evasión que se ha materializado es un riesgo diferente al previsto en la matriz de riesgos, y la obligación que asumió el concesionario establecida en la cláusula 17.1.21 no implica que el concesionario deba asumir el costo de la evasión que se presenta bajo circunstancias que no se relacionan con el comportamiento de los conductores o con los mecanismos de control de acceso al vehículo que no está habilitado para implantar.

La evasión en tales condiciones, tanto en la operación zonal como en el componente de alimentación, podría considerarse un hecho imprevisto ajeno a TRANZIT que podría conducir al desequilibrio económico del contrato."

Seguidamente en la página 313, señala:

"Ahora bien, respecto de la evasión en la operación de alimentación, se trata de un riesgo que no fue previsto en el contrato, cuya materialización podría dar lugar a un desequilibrio financiero del mismo, si al cuantificarlo se advierte un impacto grave en la ecuación contractual."

El Tribunal señaló en la misma página 312 que en la medida de que no quedó acreditado el desequilibrio financiero del Contrato que pudiera derivarse de la evasión en la operación zonal, no se pudo reconocer la pretensión asociada, lo cual no significa que el Tribunal desconozca que la evasión es un riesgo ajeno al Concesionario. Respecto de la evasión en la operación de alimentación, el Tribunal señaló que se trata de un riesgo que no fue previsto en el Contrato, cuya materialización podría dar lugar a un desequilibrio financiero del mismo, si al cuantificarlo se advierte un impacto grave en la ecuación contractual.

A pesar de lo anterior, y solo porque no quedó demostrado el valor de acuerdo con el cual el Concesionario quedaría en un punto de "no pérdida", el Tribunal no pudo calcular el valor para restablecer el equilibrio a un punto de no pérdida. Reiteramos que el hecho de haber podido calcular el valor, no puede llevar a Transmilenio a concluir que el Tribunal desconoció que la evasión es un riesgo no incluido en la matriz de riesgos del Contrato, el cual al materializarse causó un desequilibrio económico del Contrato, que a su vez impactó el flujo de recursos que requiere TRANZIT para el cumplimiento a cabalidad de sus obligaciones contractuales.

De la metodología aplicable para determinar la afectación por la evasión en el Portal Usme:

- Para identificar las modalidades de evasión que se presentan en esas zonas, TRANZIT realizó dos (2) estudios de aforos peatonales en el portal de alimentación de Usme y la estación de Molinos en los meses de septiembre de 2015 y marzo de 2016, cuantificando el número de pasajeros alimentados a lo largo del día, las modalidades de evasión y los usuarios que realizan la validación correcta en los torniquetes.
- Adicionalmente, y con el fin de complementar el material probatorio, el perito realizó una nueva toma de información en campo en septiembre de 2016 que permitiese evaluar la tendencia histórica del fenómeno de la evasión en los servicios de alimentación de Usme.
- El criterio utilizado para la estimación de perjuicios por la evasión en los servicios de alimentación en la zona de Usme consiste en calcular la diferencia entre la demanda total alimentada y los pasajeros pagos consignados en el acta de liquidación de la Fiducia; para ello se siguió una serie de pasos de cálculos conforme sigue:
 - Se conceptualiza que la alimentación en Usme es un servicio consolidado proveniente de los contratos de Fase II de Tránsito. Por lo tanto, la demanda total (paga + evasión) es estable en el tiempo, más allá de las fluctuaciones propias de las estacionalidades.
 - A partir de los estudios realizados en septiembre de 2015, marzo de 2016 y septiembre de 2016 se conoce la demanda total para un día hábil, sábado y domingo típico de esos meses.
 - El cálculo mensual de la evasión se realizó expandiendo el resultado obtenido en el día de aforo por el número de días hábiles, sábados y domingos/festivos.
 - Con base en las validaciones del sistema troncal en Usme se conoce la estacionalidad de la demanda troncal y se asume que es la misma estacionalidad de la demanda total en alimentación (paga + evasión). De esta forma se obtiene la curva de demanda total de alimentación para todo el período de análisis (agosto de 2015 hasta la fecha).
 - A partir de las actas semanales de pago se obtuvo la curva de demanda de pasajeros pagos en alimentación para toda la zona y para cada día del período de análisis.
 - Finalmente, la evasión es la diferencia entre las curvas de demanda paga y la demanda total estimada para cada día (paga + evasión).

De igual forma, por concepto de evasión, el Ente Gestor deberá reconocer a TRANZIT, la suma de seis mil doscientos cincuenta y siete millones trescientos setenta y siete mil ochocientos veintinueve pesos **\$6.257.377.829** equivalentes al período comprendido desde el 1° de julio de 2017 al 31 de enero de 2019², sin perjuicio del ajuste financiero aplicable.

² Remítase a Tabla No. 2 de los Anexos.

En virtud de las consideraciones anteriormente expuestas, solicitamos de manera respetuosa al Ente Gestor, el reconocimiento de las cifras relacionadas en el presente escrito, toda vez que son el soporte financiero y económico de TRANZIT S.A.S., En Reorganización, para responder frente a sus actuales obligaciones derivadas del Contrato de Concesión No. 011 de 2010, cumplir con la fórmula del acuerdo que se encuentra pendiente de aprobación por parte de los acreedores y de confirmación por el Juez de Concurso, y a su vez, cumplir con los gastos de administración que por Ley 1116 de 2006, tiene la obligación de atender con estricto rigor.

En la presente comunicación se dejan claras las metodologías avaladas y utilizadas por el Tribunal de Arbitramento en el Laudo del 30 de noviembre de 2018 que resultó en los reconocimientos a favor de TRANZIT.

Finalmente y a manera de síntesis las sumas que a la fecha adeuda Transmilenio a TRANZIT, por los hechos relacionados en esta comunicación desde julio de 2017 y hasta enero del 2019, para las cifras que corresponden a kilómetros en vacío y evasión, y hasta noviembre 30 de 2018 para las cifras asociadas a los desequilibrios por cuenta de la no implementación del SITP fase II y la terminación de los contratos de Coobus y Egobus, las cuales se relacionan a continuación:

Concepto	Valor
Kms Vacío Componente Zonal	\$ 3.594.917.514
Evasión Alimentación	\$ 6.257.377.829
Evasión Zonal	\$ 2.487.100.757
Desequilibrio (demanda de pasajeros) Rutas Egobus y Coobus, terminación contratos*	\$ 10.331.080.036
Desequilibrio implementación/finalización Fase II*	\$ 5.399.135.173

Total Julio 2017 - Enero 2019


\$ 28.069.611.309

*cifras a noviembre de 2018.

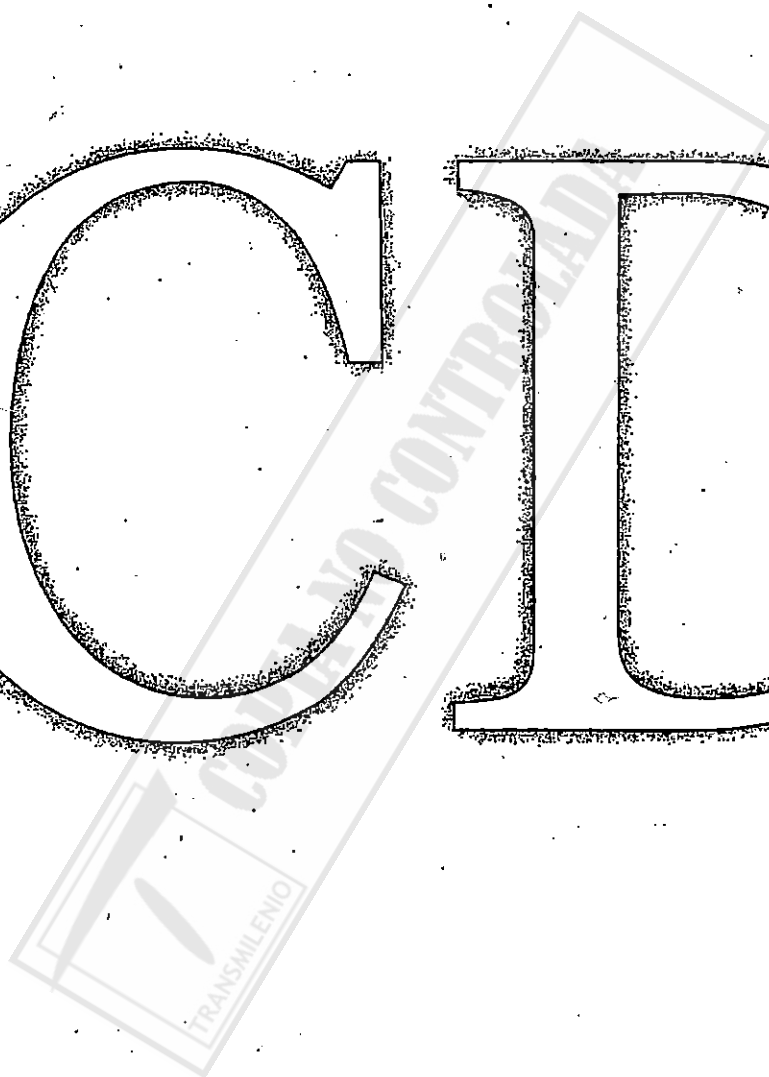
En la medida que las situaciones que han dado lugar a la materialización de los riesgos previstos y no previstos en la matriz de riesgos del Contrato por causas no imputables a TRANZIT, se mantengan, TRANZIT se presentaran las respectivas reclamaciones dentro de los (10) diez primeros días siguientes de cada mes en el cual se verifique que las circunstancias que dieron origen a las condenas del laudo a cargo de Transmilenio no se hayan modificado.

Cordialmente,


Sugely Rodríguez Bernal
Representante Legal

Adjunto: Un (1) CD 

CD



Bogotá D.C., 20 de febrero de 2.019

GER_1601_19

Doctora
María Consuelo Araújo
Gerente General
Transmilenio S.A.
Ciudad

TRANSMILENIO S.A05449

FEB 20 19 PM 3:54

Asunto: Solicitud de pago por concepto de kilómetros en vacío y factura de venta.

Respetada Doctora,

Dando alcance a los radicados Transmilenio SA03282 y Transmilenio SA04329 de 2.019, y atendiendo que reconocemos el curso actual del proceso sancionatorio administrativo N° 03 de 2018 en donde se ha decretado el incumplimiento contractual y multa pecuniaria en contra de Tranzit S.A.S en la ejecución del Contrato de Concesión 011 de 2.010 y contenida en la Resolución 031 del 25 de enero de 2.019, nos permitimos reiterar nuestra solicitud de reconocimiento y pago de los kilómetros en vacío causados para el mes de Enero de 2019, toda vez, que el Laudo Arbitral reconoció la materialización de riesgos no previstos en el acuerdo o que excedieron el alea normal del negocio, como muestra de ello es la finalización de los 5 años de etapa de transición para la entrega de patios o terminales definitivos.

Es de aclarar que en dos oportunidades anteriores, hemos radicado la solicitud de reconocimiento y pago por dicho concepto, como puede verificar en las comunicaciones presentadas ante el Ente Gestor, una, el 1° de febrero de 2.019 con radicado Transmilenio SA03282 y otra, bajo radicado interno de Tranzit JUR_5511_19 del 12 de febrero de 2019.

Solicitamos de manera respetuosa y urgente, la inmediata atención de la misma puesto que corresponde de una parte, al restablecimiento del Contrato de Concesión conforme al Laudo Arbitral del 30 de noviembre de 2.019, asimismo, resulta como elemento fundamental para la recuperación de la caja de la compañía, comprometida en la actualidad con obligaciones propias del giro de los negocios de nuestro objeto social y que resultan en una mejor prestación del servicio público de transporte.

Dicha petición no es diferente que la aplicación de la metodología que a continuación se expone en la presente comunicación, valga decir, aceptada por el Tribunal de Arbitramento y resultante del análisis jurídico de la pretensión Vigésima de la demanda arbitral que señalaba lo siguiente:

"Vigésimo.- Acceder a la pretensión 103 y en consecuencia condenar a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a favor de TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO TRANZIT S.A.S. EN REORGANIZACIÓN a la ejecutoria del presente laudo, la suma de CUATRO MIL SETECIENTOS NUEVE MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS (\$ 4.709.958.996)."

El cálculo efectuado por el Tribunal se explica en la página 196:

"En tales condiciones, de acuerdo con la liquidación efectuada por el perito Strategas Consultores S.A., por concepto de mayores costos por kilómetros en vacío asumidos por el concesionario, desde el 3 de noviembre de 2015 y hasta el 30 de junio de 2017, derivados de la no entrega de terminales se condenará a TRANSMILENIO a pagar a TRANZIT la suma de cuatro mil quinientos cuarenta y nueve millones ciento ochenta y cinco mil ochocientos cincuenta y dos pesos (\$ 4.549.185.852)"

Ahora bien, para la reclamación de reconocimiento y pago de los kilómetros en vacío reiteramos el análisis del Tribunal respecto de los riesgos asumidos por las partes en lo que tiene que ver con la prórroga de la etapa de transición, y los efectos ocasionados por cuenta de la asignación de riesgos, para lo cual es pertinente tener presente el estudio consignado a páginas 192 y 193, en los siguientes términos:

"(...) el Tribunal concluye que si bien en el contrato se estableció la facultad para el Distrito de ampliar el plazo de la etapa de transición, según lo acordado, el concesionario solamente estaba obligado a soportar el riesgo consistente en un mayor número de kilómetros en vacío por falta de disponibilidad de patios en zonas próximas al lugar de inicio de rutas, durante el término inicial de esta etapa, esto es durante los cinco años contados a partir de la adjudicación del Contrato.

En este orden de ideas, igualmente se concluye que al haberse pactado en el Contrato como obligación del Distrito la de entregar los terminales zonales construidos y adecuados para la operación al finalizar la etapa de transición, la prórroga de esta etapa tiene como efecto ampliar el término para la exigibilidad de esta prestación, pero no implica que el Concesionario deba continuar asumiendo los valores correspondientes a mayor número de kilómetros en vacío que se deriven del aplazamiento del cumplimiento de esta obligación.

(...)

Lo anterior, pues a pesar de que no se previó expresamente en el Contrato, que vencido el período de cinco años de la etapa de transición tales costos debían ser asumidos por TRANSMILENIO, ante la claridad de lo expresado por ella misma en el sentido de que no serían asumidos por el concesionario según aparece en el Anexo explicativo de la matriz de riesgos, si la entidad no estaba dispuesta a asumirlos, era su obligación determinar su asignación en los documentos contractuales." Subrayado fuera del texto

Seguidamente en la página 196, dispuso lo siguiente:

"Para el Tribunal, al concesionario le debe ser reconocido el mayor valor por concepto de kilómetros en vacío una vez finalizados los primeros cinco años de la etapa de transición.

Lo anterior, en concordancia con lo dispuesto en la matriz de riesgos, en la que se hace referencia a mayores costos por kilómetros en vacío, como efecto económico de no disponer de patios en zonas próximas al lugar de inicio de rutas." Subrayado fuera del texto

De la metodología aplicable para el cálculo de kilómetros en vacío:

- En primer lugar, es importante señalar que el sistema GOAL, empleado por los concesionarios del SITP para realizar la programación de la operación, almacena los

registros de todos los despachos comerciales programados por cada concesionario del SITP diariamente, incluyendo dentro del registro los respectivos kilómetros en vacío asociados para cumplir con los despachos comerciales. Destacando que, de acuerdo con lo establecido en el Contrato, es el Ente Gestor el encargado de aprobar y validar las programaciones presentadas por los concesionarios.

- Así, se extrajeron los registros diarios de kilómetros en vacío programados con el fin de determinar la cantidad diaria de kilómetros en vacío derivados de la operación del Concesionario. Esta información de kilómetros en vacío diarios fue discriminada por tipo de servicio (alimentación y zonal), tipología de vehículo y ruta.
- De la cantidad diaria de kilómetros en vacío calculada por cada categoría de servicio, ruta y tipología de vehículo se descontaron aquellos kilómetros en vacío denominados como "cruzados", los cuales corresponden a recorridos muertos que se realizan desde el otro extremo de la ciudad para retornar al patio transitorio en Usme
- Luego, se afectan los kilómetros en vacío programados sin "cruzados" por el porcentaje de cumplimiento diario de despachos comerciales del Concesionario en cada ruta, obteniéndose la cantidad de kilómetros en vacío ejecutados por ruta, tipología y tipo de servicio, sin considerar los "cruzados".


Sin perjuicio de las comunicaciones previamente enviadas al Ente Gestor, en donde hemos solicitado el reconocimiento de los kilómetros en vacío de acuerdo con lo establecido en el laudo del 30 de noviembre de 2.018, manifestamos el extraño proceder, por cuanto no es distinto que a una petición con fundamento en los derechos reconocidos en el Laudo Arbitral enunciado.

En la presente oportunidad, requerimos la suma adeudada para el mes de Enero de 2.019, que corresponde a CIENTO SETENTA MILLONES CIENTO SETENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$170.178.255), relacionada en la Factura de Venta No. 599 del 20 de febrero de 2.019 y conforme a la tabla ilustrativa que anexamos al presente escrito, en donde se observan los kilómetros en vacío discriminados por ruta y tipología.

Dicho lo anterior, agradecemos la oportuna atención a nuestra solicitud, toda vez que reiteramos, son el soporte financiero y económico de Tranzit S.A.S., En Reorganización, para responder frente a sus actuales obligaciones derivadas del Contrato de Concesión No. 011 de 2.010, cumplir con la fórmula del acuerdo que se encuentra pendiente de aprobación por parte de los acreedores y de confirmación por el Juez de Concurso, y a su vez, cumplir con los gastos de administración que por Ley 1116 de 2.006, tiene la obligación de cumplir con estricto rigor.

Cordialmente,


Sugey Andrea Rodríguez Bernal
Representante Legal
Tranzit S.A.S., En Reorganización

Proyectó: DPQE- GJ, WGM-GO. 

Anexo: Tabla de valores y referencia; Factura de Venta No. 599 del 20 de febrero de 2.019.

Total Folios: Seis (6).

Kilometros en Vacío por Ruta y Tipología Enero 2019

Remuneracion en \$000

Componente	Ruta	Microbus	Buseta	Busetón	Padrón	Componente	Microbus (19)	Buseta (40)	Busetón (50)	Padrón (80)
Zonal	39	6,7	0,0	906,5	0,0	Zonal	\$ 11.748	\$ 0	\$ 1.674.220	\$ 0
Zonal	189	8,5	0,0	54,8	0,0	Zonal	\$ 14.900	\$ 0	\$ 101.192	\$ 0
Zonal	201	0,0	0,0	0,0	0,0	Zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 0	\$ 0
Zonal	271	0,8	0,0	245,4	0,0	Zonal	\$ 1.383	\$ 0	\$ 453.195	\$ 0
Zonal	330	0,0	0,0	160,4	5.065,5	Zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 296.296	\$ 12.506.021
Zonal	488	61,1	0,0	450,3	0,0	Zonal	\$ 106.681	\$ 0	\$ 831.772	\$ 0
Zonal	539	0,0	0,0	2.700,1	1.774,6	Zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 4.987.060	\$ 4.381.190
Zonal	577	0,0	0,0	1.798,7	0,0	Zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 3.322.118	\$ 0
Zonal	614	0,0	208,6	15.600,6	0,0	Zonal	\$ 0	\$ 390.875	\$ 28.813.975	\$ 0
Zonal	624	0,0	0,0	0,0	0,0	Zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 0	\$ 0
Zonal	652	0,0	0,0	163,8	3.783,9	Zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 302.586	\$ 9.341.763
Zonal	674	0,0	0,0	85,9	2.563,8	Zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 158.674	\$ 6.329.722
Zonal	802	0,0	0,0	4.498,8	0,0	Zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 8.309.245	\$ 0
Zonal	806	0,0	250,1	591,6	0,0	Zonal	\$ 0	\$ 468.806	\$ 1.092.707	\$ 0
Zonal	910	0,0	0,0	3.553,6	0,0	Zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 6.563.365	\$ 0
Zonal	914	0,0	0,0	0,0	0,0	Zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 0	\$ 0
Zonal	950	0,0	0,0	8.218,9	0,0	Zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 15.180.111	\$ 0
Zonal	953	0,0	0,0	1.249,6	0,0	Zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 2.307.932	\$ 0
Zonal	13_2	0,0	68,8	1.039,7	0,0	Zonal	\$ 0	\$ 129.012	\$ 1.920.355	\$ 0
Zonal	13_4	13,2	39,4	988,9	0,0	Zonal	\$ 23.129	\$ 73.761	\$ 1.826.475	\$ 0
Zonal	13_5	22,7	689,6	247,2	0,0	Zonal	\$ 39.583	\$ 1.292.411	\$ 456.487	\$ 0
Zonal	201A	0,0	0,0	1.411,2	0,0	Zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 2.606.421	\$ 0
Zonal	914A	0,0	0,0	8.566,0	0,0	Zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 15.821.179	\$ 0
Zonal	C101	0,0	261,5	1.153,5	0,0	Zonal	\$ 0	\$ 490.158	\$ 2.130.499	\$ 0
Zonal	C97	4,8	0,0	25,4	0,0	Zonal	\$ 8.445	\$ 0	\$ 46.894	\$ 0
Zonal	E44	0,0	0,0	1.167,5	0,0	Zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 2.156.299	\$ 0
Zonal	E57	0,0	0,0	2.343,2	0,0	Zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 4.327.806	\$ 0
Zonal	E70	0,0	0,0	1.881,5	0,0	Zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 3.475.072	\$ 0
Zonal	Rock	0,0	0,0	0,0	0,0	Zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 0	\$ 0
Zonal	TC17	1,3	221,5	233,5	0,0	Zonal	\$ 2.331	\$ 415.195	\$ 431.301	\$ 0
Alimentacion	3_1	0,0	0,0	0,0	5.960,7	Alimentacion	\$ 0	\$ 0	\$ 0	\$ 14.715.977
Alimentacion	3_10	0,0	0,0	3.835,1	0,0	Alimentacion	\$ 0	\$ 0	\$ 7.083.419	\$ 0
Alimentacion	7_1	0,0	0,0	1.493,5	0,0	Alimentacion	\$ 0	\$ 0	\$ 2.758.506	\$ 0

FACTURA DE VENTA

TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S

NIT 900394177-1

CL 6 SUR No. 15 A 24 BOGOTA D.C.

Tel: 7455700

Fax :

Número: 00000599

Fecha: 20/02/2019

IVA REGIMEN COMUN

Tercero: 830063506-6 TRANSMILENIO SA

Tipo Cliente : CLIENTES NACIONALES

Dirección: AV EL DORADO 66 63 BOGOTA D.C.

Cond. de pago: 03D CREDITO A 3 DIAS

Moneda : COP

Fecha Vcto. : 23/02/2019

Notas : REINTEGRO DE REMUNERACION POR KILOMETROS EN VACIO RECONOCIDOS EN LAUDO ARBITRAL , CORRESPONDIENTES AL MES DE ENERO DE 2019

Servicio	Descripción	Cantidad	Valor Bruto	Valor Desctos	Valor Impuesto	Valor Neto
VS450512	REMUNERACION X KM BUSETON ALIMENTACION	1.00	\$9,841,925.00	\$0.00	\$0.00	\$9,841,925.00
VS450515	REMUNERACION X KM. PADRON ALIMENTACION	1.00	\$14,715,977.00	\$0.00	\$0.00	\$14,715,977.00
VS450505	REMUNERACION X KILOMETRO MICROBUS	1.00	\$208,200.00	\$0.00	\$0.00	\$208,200.00
VS450509	REMUNERACION X KILOMETRO BUSETA	1.00	\$3,260,219.00	\$0.00	\$0.00	\$3,260,219.00
VS450504	REMUNERACION X KILOMETRO BUSETON	1.00	109,593,238.00	\$0.00	\$0.00	\$109,593,238.00
VS450506	REMUNERACION X KILOMETRO PADRON	1.00	\$32,558,696.00	\$0.00	\$0.00	\$32,558,696.00

Resolución facturación No.18762010519023 de 2018-01-10 desde: 00000001 hasta: 99999999

Factura impresa con software de Sistemas de Información Empresarial S.A. Nit 890.319.193-3 Dir: Av. 3A Norte # 26N-83 Cali-Colombia

Valor Bruto	Valor Desctos	Valor Impuesto	Valor Neto	Valor Retenciones	Valor Documento
\$170,178,255.00	\$0.00	\$0.00	\$170,178,255.00	\$0.00	\$170,178,255.00

Cuotas:

0 2019/02/23 \$170,178,255.00

Valor letras: CIENTO SETENTA MILLONES CIENTO SETENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS M/CTE* * * * *

TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S

eliana.rodriguez
Elaborado poreliana.rodriguez
Aprobado

Recibido

TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO SAS EN REORGANIZACION

Nit. 900.394.177-1

Detalle remuneracion por Kilometros en Vacio Enero 2019

Operación	Microbus (19)	Buseta (40)	Busetón (50)	Padrón (80)	TOTAL
Alimentacion	\$ -	\$ -	\$ 9.841.925	\$ 14.715.977	\$ 24.557.902
zonal	\$ 208.200	\$ 3.260.219	\$ 109.593.238	\$ 32.558.696	\$ 145.620.353
TOTAL	\$ 208.200	\$ 3.260.219	\$ 119.435.163	\$ 47.274.673	\$ 170.178.255

COPIA NO CONTROLADA

TRANSMILENIO

CS-DM
②

TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO SAS EN REORGANIZACION

Kilometros en Vacío por Ruta y Tipología Enero 2019

Ruta	Operación	Microbus	Buseta	Busetón	Padrón
39	zonal	6,7	0,0	906,5	0,0
189	zonal	8,5	0,0	54,8	0,0
201	zonal	0,0	0,0	0,0	0,0
271	zonal	0,8	0,0	245,4	0,0
330	zonal	0,0	0,0	160,4	5.065,5
488	zonal	61,1	0,0	450,3	0,0
539	zonal	0,0	0,0	2.700,1	1.774,6
577	zonal	0,0	0,0	1.798,7	0,0
614	zonal	0,0	208,6	15.600,6	0,0
624	zonal	0,0	0,0	0,0	0,0
652	zonal	0,0	0,0	163,8	3.783,9
674	zonal	0,0	0,0	85,9	2.563,8
802	zonal	0,0	0,0	4.498,8	0,0
806	zonal	0,0	250,1	591,6	0,0
910	zonal	0,0	0,0	3.553,6	0,0
914	zonal	0,0	0,0	0,0	0,0
950	zonal	0,0	0,0	8.218,9	0,0
953	zonal	0,0	0,0	1.249,6	0,0
13_2	zonal	0,0	68,8	1.039,7	0,0
13_4	zonal	13,2	39,4	988,9	0,0
13_5	zonal	22,7	689,6	247,2	0,0
201A	zonal	0,0	0,0	1.411,2	0,0
914A	zonal	0,0	0,0	8.566,0	0,0
C101	zonal	0,0	261,5	1.153,5	0,0
C97	zonal	4,8	0,0	25,4	0,0
E44	zonal	0,0	0,0	1.167,5	0,0
E57	zonal	0,0	0,0	2.343,2	0,0
E70	zonal	0,0	0,0	1.881,5	0,0
Rock	zonal	0,0	0,0	0,0	0,0
TC17	zonal	1,3	221,5	233,5	0,0
3_1	Alimentacion	0,0	0,0	0,0	5.960,7
3_10	Alimentacion	0,0	0,0	3.835,1	0,0
7_1	Alimentacion	0,0	0,0	1.493,5	0,0

DM
3

TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO SAS EN REORGANIZACION

Costo Kilometros en Vacío por Ruta y Tipología Enero 2019

Ruta	Tarifa	\$ 119	\$ 1.740	\$ 64.665	\$ 19.148
	Operación	Microbus (19)	Buseta (40)	Busetón (50)	Padrón (80)
39	zonal	\$ 11.748	\$ 0	\$ 1.674.220	\$ 0
189	zonal	\$ 14.900	\$ 0	\$ 101.192	\$ 0
201	zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 0	\$ 0
271	zonal	\$ 1.383	\$ 0	\$ 453.195	\$ 0
330	zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 296.296	\$ 12.506.021
488	zonal	\$ 106.681	\$ 0	\$ 831.772	\$ 0
539	zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 4.987.060	\$ 4.381.190
577	zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 3.322.118	\$ 0
614	zonal	\$ 0	\$ 390.875	\$ 28.813.975	\$ 0
624	zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 0	\$ 0
652	zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 302.586	\$ 9.341.763
674	zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 158.674	\$ 6.329.722
802	zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 8.309.245	\$ 0
806	zonal	\$ 0	\$ 468.806	\$ 1.092.707	\$ 0
910	zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 6.563.365	\$ 0
914	zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 0	\$ 0
950	zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 15.180.111	\$ 0
953	zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 2.307.932	\$ 0
13_2	zonal	\$ 0	\$ 129.012	\$ 1.920.355	\$ 0
13_4	zonal	\$ 23.129	\$ 73.761	\$ 1.826.475	\$ 0
13_5	zonal	\$ 39.583	\$ 1.292.411	\$ 456.487	\$ 0
201A	zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 2.606.421	\$ 0
914A	zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 15.821.179	\$ 0
C101	zonal	\$ 0	\$ 490.158	\$ 2.130.499	\$ 0
C97	zonal	\$ 8.445	\$ 0	\$ 46.894	\$ 0
E44	zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 2.156.299	\$ 0
E57	zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 4.327.806	\$ 0
E70	zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 3.475.072	\$ 0
Rock	zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 0	\$ 0
TC17	zonal	\$ 2.331	\$ 415.195	\$ 431.301	\$ 0
3_1	Alimentacion	\$ 0	\$ 0	\$ 0	\$ 14.715.977
3_10	Alimentacion	\$ 0	\$ 0	\$ 7.083.419	\$ 0
7_1	Alimentacion	\$ 0	\$ 0	\$ 2.758.506	\$ 0

gm
CG

4

Bogotá D.C., 20 de febrero de 2.019

GER_1601_19

Doctora
María Consuelo Araújo
Gerente General
Transmilenio S.A.
Ciudad

TRANSMILENIO S.A05449

FEB 20 19 PM 3:54

Asunto: Solicitud de pago por concepto de kilómetros en vacío y factura de venta.

Respetada Doctora,

Dando alcance a los radicados Transmilenio SA03282 y Transmilenio SA04329 de 2.019, y atendiendo que reconocemos el curso actual del proceso sancionatorio administrativo N° 03 de 2018 en donde se ha decretado el incumplimiento contractual y multa pecuniaria en contra de Tranzit S.A.S en la ejecución del Contrato de Concesión 011 de 2.010 y contenida en la Resolución 031 del 25 de enero de 2.019, nos permitimos reiterar nuestra solicitud de reconocimiento y pago de los kilómetros en vacío causados para el mes de Enero de 2019, toda vez, que el Laudo Arbitral reconoció la materialización de riesgos no previstos en el acuerdo o que excedieron el alea normal del negocio, como muestra de ello es la finalización de los 5 años de etapa de transición para la entrega de patios o terminales definitivos.

Es de aclarar que en dos oportunidades anteriores, hemos radicado la solicitud de reconocimiento y pago por dicho concepto, como puede verificar en las comunicaciones presentadas ante el Ente Gestor, una, el 1° de febrero de 2.019 con radicado Transmilenio SA03282 y otra, bajo radicado interno de Tranzit JUR_5511_19 del 12 de febrero de 2019.

Solicitamos de manera respetuosa y urgente, la inmediata atención de la misma puesto que corresponde de una parte, al restablecimiento del Contrato de Concesión conforme al Laudo Arbitral del 30 de noviembre de 2.019, asimismo, resulta como elemento fundamental para la recuperación de la caja de la compañía, comprometida en la actualidad con obligaciones propias del giro de los negocios de nuestro objeto social y que resultan en una mejor prestación del servicio público de transporte.

Dicha petición no es diferente que la aplicación de la metodología que a continuación se expone en la presente comunicación, valga decir, aceptada por el Tribunal de Arbitramento y resultante del análisis jurídico de la pretensión Vigésima de la demanda arbitral que señalaba lo siguiente:

"Vigésimo.- Acceder a la pretensión 103 y en consecuencia condenar a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a favor de TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO TRANZIT S.A.S. EN REORGANIZACIÓN a la ejecutoria del presente laudo, la suma de CUATRO MIL SETECIENTOS NUEVE MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS (\$ 4.709.958.996)."

El cálculo efectuado por el Tribunal se explica en la página 196:

"En tales condiciones, de acuerdo con la liquidación efectuada por el perito Strategas Consultores S.A., por concepto de mayores costos por kilómetros en vacío asumidos por el concesionario, desde el 3 de noviembre de 2015 y hasta el 30 de junio de 2017, derivados de la no entrega de terminales se condenará a TRANSMILENIO a pagar a TRANZIT la suma de cuatro mil quinientos cuarenta y nueve millones ciento ochenta y cinco mil ochocientos cincuenta y dos pesos (\$ 4.549.185.852)"

Ahora bien, para la reclamación de reconocimiento y pago de los kilómetros en vacío reiteramos el análisis del Tribunal respecto de los riesgos asumidos por las partes en lo que tiene que ver con la prórroga de la etapa de transición, y los efectos ocasionados por cuenta de la asignación de riesgos, para lo cual es pertinente tener presente el estudio consignado a páginas 192 y 193, en los siguientes términos:

"(...) el Tribunal concluye que si bien en el contrato se estableció la facultad para el Distrito de ampliar el plazo de la etapa de transición, según lo acordado, el concesionario solamente estaba obligado a soportar el riesgo consistente en un mayor número de kilómetros en vacío por falta de disponibilidad de patios en zonas próximas al lugar de inicio de rutas, durante el término inicial de esta etapa, esto es durante los cinco años contados a partir de la adjudicación del Contrato.

En este orden de ideas, igualmente se concluye que al haberse pactado en el Contrato como obligación del Distrito la de entregar los terminales zonales construidos y adecuados para la operación al finalizar la etapa de transición, la prórroga de esta etapa tiene como efecto ampliar el término para la exigibilidad de esta prestación, pero no implica que el Concesionario deba continuar asumiendo los valores correspondientes a mayor número de kilómetros en vacío que se deriven del aplazamiento del cumplimiento de esta obligación.

(...)

Lo anterior, pues a pesar de que no se previó expresamente en el Contrato, que vencido el período de cinco años de la etapa de transición tales costos debían ser asumidos por TRANSMILENIO, ante la claridad de lo expresado por ella misma en el sentido de que no serían asumidos por el concesionario según aparece en el Anexo explicativo de la matriz de riesgos, si la entidad no estaba dispuesta a asumirlos, era su obligación determinar su asignación en los documentos contractuales." Subrayado fuera del texto

Seguidamente en la página 196, dispuso lo siguiente:

"Para el Tribunal, al concesionario le debe ser reconocido el mayor valor por concepto de kilómetros en vacío una vez finalizados los primeros cinco años de la etapa de transición.

Lo anterior, en concordancia con lo dispuesto en la matriz de riesgos, en la que se hace referencia a mayores costos por kilómetros en vacío, como efecto económico de no disponer de patios en zonas próximas al lugar de inicio de rutas." Subrayado fuera del texto

De la metodología aplicable para el cálculo de kilómetros en vacío:

- En primer lugar, es importante señalar que el sistema GOAL, empleado por los concesionarios del SITP para realizar la programación de la operación, almacena los

registros de todos los despachos comerciales programados por cada concesionario del SITP diariamente, incluyendo dentro del registro los respectivos kilómetros en vacío asociados para cumplir con los despachos comerciales. Destacando que, de acuerdo con lo establecido en el Contrato, es el Ente Gestor el encargado de aprobar y validar las programaciones presentadas por los concesionarios.

- Así, se extrajeron los registros diarios de kilómetros en vacío programados con el fin de determinar la cantidad diaria de kilómetros en vacío derivados de la operación del Concesionario. Esta información de kilómetros en vacío diarios fue discriminada por tipo de servicio (alimentación y zonal), tipología de vehículo y ruta.
- De la cantidad diaria de kilómetros en vacío calculada por cada categoría de servicio, ruta y tipología de vehículo se descontaron aquellos kilómetros en vacío denominados como "cruzados", los cuales corresponden a recorridos muertos que se realizan desde el otro extremo de la ciudad para retornar al patio transitorio en Usme
- Luego, se afectan los kilómetros en vacío programados sin "cruzados" por el porcentaje de cumplimiento diario de despachos comerciales del Concesionario en cada ruta, obteniéndose la cantidad de kilómetros en vacío ejecutados por ruta, tipología y tipo de servicio, sin considerar los "cruzados".


Sin perjuicio de las comunicaciones previamente enviadas al Ente Gestor, en donde hemos solicitado el reconocimiento de los kilómetros en vacío de acuerdo con lo establecido en el laudo del 30 de noviembre de 2.018, manifestamos el extraño proceder, por cuanto no es distinto que a una petición con fundamento en los derechos reconocidos en el Laudo Arbitral enunciado.

En la presente oportunidad, requerimos la suma adeudada para el mes de Enero de 2.019, que corresponde a CIENTO SETENTA MILLONES CIENTO SETENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$170.178.255), relacionada en la Factura de Venta No. 599 del 20 de febrero de 2.019 y conforme a la tabla ilustrativa que anexamos al presente escrito, en donde se observan los kilómetros en vacío discriminados por ruta y tipología.

Dicho lo anterior, agradecemos la oportuna atención a nuestra solicitud, toda vez que reiteramos, son el soporte financiero y económico de Tranzit S.A.S., En Reorganización, para responder frente a sus actuales obligaciones derivadas del Contrato de Concesión No. 011 de 2.010, cumplir con la fórmula del acuerdo que se encuentra pendiente de aprobación por parte de los acreedores y de confirmación por el Juez de Concurso, y a su vez, cumplir con los gastos de administración que por Ley 1116 de 2.006, tiene la obligación de cumplir con estricto rigor.

Cordialmente,


Sugey Andrea Rodríguez Bernal
Representante Legal
Tranzit S.A.S., En Reorganización

Proyectó: DPQE- GJ, WGM-GO. 

Anexo: Tabla de valores y referencia; Factura de Venta No. 599 del 20 de febrero de 2.019.

Total Folios: Seis (6).

Kilometros en Vacío por Ruta y Tipología Enero 2019

Remuneracion en \$000

Componente	Ruta	Microbus	Buseta	Busetón	Padrón	Componente	Microbus (19)	Buseta (40)	Busetón (50)	Padrón (80)
Zonal	39	6,7	0,0	906,5	0,0	Zonal	\$ 11.748	\$ 0	\$ 1.674.220	\$ 0
Zonal	189	8,5	0,0	54,8	0,0	Zonal	\$ 14.900	\$ 0	\$ 101.192	\$ 0
Zonal	201	0,0	0,0	0,0	0,0	Zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 0	\$ 0
Zonal	271	0,8	0,0	245,4	0,0	Zonal	\$ 1.383	\$ 0	\$ 453.195	\$ 0
Zonal	330	0,0	0,0	160,4	5.065,5	Zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 296.296	\$ 12.506.021
Zonal	488	61,1	0,0	450,3	0,0	Zonal	\$ 106.681	\$ 0	\$ 831.772	\$ 0
Zonal	539	0,0	0,0	2.700,1	1.774,6	Zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 4.987.060	\$ 4.381.190
Zonal	577	0,0	0,0	1.798,7	0,0	Zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 3.322.118	\$ 0
Zonal	614	0,0	208,6	15.600,6	0,0	Zonal	\$ 0	\$ 390.875	\$ 28.813.975	\$ 0
Zonal	624	0,0	0,0	0,0	0,0	Zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 0	\$ 0
Zonal	652	0,0	0,0	163,8	3.783,9	Zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 302.586	\$ 9.341.763
Zonal	674	0,0	0,0	85,9	2.563,8	Zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 158.674	\$ 6.329.722
Zonal	802	0,0	0,0	4.498,8	0,0	Zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 8.309.245	\$ 0
Zonal	806	0,0	250,1	591,6	0,0	Zonal	\$ 0	\$ 468.806	\$ 1.092.707	\$ 0
Zonal	910	0,0	0,0	3.553,6	0,0	Zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 6.563.365	\$ 0
Zonal	914	0,0	0,0	0,0	0,0	Zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 0	\$ 0
Zonal	950	0,0	0,0	8.218,9	0,0	Zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 15.180.111	\$ 0
Zonal	953	0,0	0,0	1.249,6	0,0	Zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 2.307.932	\$ 0
Zonal	13_2	0,0	68,8	1.039,7	0,0	Zonal	\$ 0	\$ 129.012	\$ 1.920.355	\$ 0
Zonal	13_4	13,2	39,4	988,9	0,0	Zonal	\$ 23.129	\$ 73.761	\$ 1.826.475	\$ 0
Zonal	13_5	22,7	689,6	247,2	0,0	Zonal	\$ 39.583	\$ 1.292.411	\$ 456.487	\$ 0
Zonal	201A	0,0	0,0	1.411,2	0,0	Zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 2.606.421	\$ 0
Zonal	914A	0,0	0,0	8.566,0	0,0	Zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 15.821.179	\$ 0
Zonal	C101	0,0	261,5	1.153,5	0,0	Zonal	\$ 0	\$ 490.158	\$ 2.130.499	\$ 0
Zonal	C97	4,8	0,0	25,4	0,0	Zonal	\$ 8.445	\$ 0	\$ 46.894	\$ 0
Zonal	E44	0,0	0,0	1.167,5	0,0	Zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 2.156.299	\$ 0
Zonal	E57	0,0	0,0	2.343,2	0,0	Zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 4.327.806	\$ 0
Zonal	E70	0,0	0,0	1.881,5	0,0	Zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 3.475.072	\$ 0
Zonal	Rock	0,0	0,0	0,0	0,0	Zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 0	\$ 0
Zonal	TC17	1,3	221,5	233,5	0,0	Zonal	\$ 2.331	\$ 415.195	\$ 431.301	\$ 0
Alimentacion	3_1	0,0	0,0	0,0	5.960,7	Alimentacion	\$ 0	\$ 0	\$ 0	\$ 14.715.977
Alimentacion	3_10	0,0	0,0	3.835,1	0,0	Alimentacion	\$ 0	\$ 0	\$ 7.083.419	\$ 0
Alimentacion	7_1	0,0	0,0	1.493,5	0,0	Alimentacion	\$ 0	\$ 0	\$ 2.758.506	\$ 0

FACTURA DE VENTA

TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S

NIT 900394177-1

CL 6 SUR No. 15 A 24 BOGOTA D.C.

Tel: 7455700

Fax :

Número: 00000599

Fecha: 20/02/2019

IVA REGIMEN COMUN

Tercero: 830063506-6 TRANSMILENIO SA

Tipo Cliente : CLIENTES NACIONALES

Dirección: AV EL DORADO 66 63 BOGOTA D.C.

Cond. de pago: 03D CREDITO A 3 DIAS

Moneda : COP

Fecha Vcto. : 23/02/2019

Notas : REINTEGRO DE REMUNERACION POR KILOMETROS EN VACIO RECONOCIDOS EN LAUDO ARBITRAL , CORRESPONDIENTES AL MES DE ENERO DE 2019

Servicio	Descripción	Cantidad	Valor Bruto	Valor Desctos	Valor Impuesto	Valor Neto
VS450512	REMUNERACION X KM BUSETON ALIMENTACION	1.00	\$9,841,925.00	\$0.00	\$0.00	\$9,841,925.00
VS450515	REMUNERACION X KM. PADRON ALIMENTACION	1.00	\$14,715,977.00	\$0.00	\$0.00	\$14,715,977.00
VS450505	REMUNERACION X KILOMETRO MICROBUS	1.00	\$208,200.00	\$0.00	\$0.00	\$208,200.00
VS450509	REMUNERACION X KILOMETRO BUSETA	1.00	\$3,260,219.00	\$0.00	\$0.00	\$3,260,219.00
VS450504	REMUNERACION X KILOMETRO BUSETON	1.00	109,593,238.00	\$0.00	\$0.00	\$109,593,238.00
VS450506	REMUNERACION X KILOMETRO PADRON	1.00	\$32,558,696.00	\$0.00	\$0.00	\$32,558,696.00

Resolución facturación No.18762010519023 de 2018-01-10 desde: 00000001 hasta: 99999999

Factura impresa con software de Sistemas de Información Empresarial S.A. Nit 890.319.193-3 Dir: Av. 3A Norte # 26N-83 Cali-Colombia

Valor Bruto	Valor Desctos	Valor Impuesto	Valor Neto	Valor Retenciones	Valor Documento
\$170,178,255.00	\$0.00	\$0.00	\$170,178,255.00	\$0.00	\$170,178,255.00

Cuotas:

0 2019/02/23 \$170,178,255.00

Valor letras: CIENTO SETENTA MILLONES CIENTO SETENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS M/CTE* * * * *

TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S

eliana.rodriguez
Elaborado poreliana.rodriguez
Aprobado

Recibido

TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO SAS EN REORGANIZACION

Nit. 900.394.177-1

Detalle remuneracion por Kilometros en Vacio Enero 2019

Operación	Microbus (19)	Buseta (40)	Busetón (50)	Padrón (80)	TOTAL
Alimentacion	\$ -	\$ -	\$ 9.841.925	\$ 14.715.977	\$ 24.557.902
zonal	\$ 208.200	\$ 3.260.219	\$ 109.593.238	\$ 32.558.696	\$ 145.620.353
TOTAL	\$ 208.200	\$ 3.260.219	\$ 119.435.163	\$ 47.274.673	\$ 170.178.255

COPIA NO CONTROLADA

TRANSMILENIO

CS-DM
②

TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO SAS EN REORGANIZACION

Kilometros en Vacío por Ruta y Tipología Enero 2019

Ruta	Operación	Microbus	Buseta	Busetón	Padrón
39	zonal	6,7	0,0	906,5	0,0
189	zonal	8,5	0,0	54,8	0,0
201	zonal	0,0	0,0	0,0	0,0
271	zonal	0,8	0,0	245,4	0,0
330	zonal	0,0	0,0	160,4	5.065,5
488	zonal	61,1	0,0	450,3	0,0
539	zonal	0,0	0,0	2.700,1	1.774,6
577	zonal	0,0	0,0	1.798,7	0,0
614	zonal	0,0	208,6	15.600,6	0,0
624	zonal	0,0	0,0	0,0	0,0
652	zonal	0,0	0,0	163,8	3.783,9
674	zonal	0,0	0,0	85,9	2.563,8
802	zonal	0,0	0,0	4.498,8	0,0
806	zonal	0,0	250,1	591,6	0,0
910	zonal	0,0	0,0	3.553,6	0,0
914	zonal	0,0	0,0	0,0	0,0
950	zonal	0,0	0,0	8.218,9	0,0
953	zonal	0,0	0,0	1.249,6	0,0
13_2	zonal	0,0	68,8	1.039,7	0,0
13_4	zonal	13,2	39,4	988,9	0,0
13_5	zonal	22,7	689,6	247,2	0,0
201A	zonal	0,0	0,0	1.411,2	0,0
914A	zonal	0,0	0,0	8.566,0	0,0
C101	zonal	0,0	261,5	1.153,5	0,0
C97	zonal	4,8	0,0	25,4	0,0
E44	zonal	0,0	0,0	1.167,5	0,0
E57	zonal	0,0	0,0	2.343,2	0,0
E70	zonal	0,0	0,0	1.881,5	0,0
Rock	zonal	0,0	0,0	0,0	0,0
TC17	zonal	1,3	221,5	233,5	0,0
3_1	Alimentacion	0,0	0,0	0,0	5.960,7
3_10	Alimentacion	0,0	0,0	3.835,1	0,0
7_1	Alimentacion	0,0	0,0	1.493,5	0,0

DM
3

TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO SAS EN REORGANIZACION

Costo Kilometros en Vacío por Ruta y Tipología Enero 2019

Ruta	Tarifa	\$ 119	\$ 1.740	\$ 64.665	\$ 19.148
	Operación	Microbus (19)	Buseta (40)	Busetón (50)	Padrón (80)
39	zonal	\$ 11.748	\$ 0	\$ 1.674.220	\$ 0
189	zonal	\$ 14.900	\$ 0	\$ 101.192	\$ 0
201	zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 0	\$ 0
271	zonal	\$ 1.383	\$ 0	\$ 453.195	\$ 0
330	zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 296.296	\$ 12.506.021
488	zonal	\$ 106.681	\$ 0	\$ 831.772	\$ 0
539	zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 4.987.060	\$ 4.381.190
577	zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 3.322.118	\$ 0
614	zonal	\$ 0	\$ 390.875	\$ 28.813.975	\$ 0
624	zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 0	\$ 0
652	zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 302.586	\$ 9.341.763
674	zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 158.674	\$ 6.329.722
802	zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 8.309.245	\$ 0
806	zonal	\$ 0	\$ 468.806	\$ 1.092.707	\$ 0
910	zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 6.563.365	\$ 0
914	zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 0	\$ 0
950	zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 15.180.111	\$ 0
953	zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 2.307.932	\$ 0
13_2	zonal	\$ 0	\$ 129.012	\$ 1.920.355	\$ 0
13_4	zonal	\$ 23.129	\$ 73.761	\$ 1.826.475	\$ 0
13_5	zonal	\$ 39.583	\$ 1.292.411	\$ 456.487	\$ 0
201A	zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 2.606.421	\$ 0
914A	zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 15.821.179	\$ 0
C101	zonal	\$ 0	\$ 490.158	\$ 2.130.499	\$ 0
C97	zonal	\$ 8.445	\$ 0	\$ 46.894	\$ 0
E44	zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 2.156.299	\$ 0
E57	zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 4.327.806	\$ 0
E70	zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 3.475.072	\$ 0
Rock	zonal	\$ 0	\$ 0	\$ 0	\$ 0
TC17	zonal	\$ 2.331	\$ 415.195	\$ 431.301	\$ 0
3_1	Alimentacion	\$ 0	\$ 0	\$ 0	\$ 14.715.977
3_10	Alimentacion	\$ 0	\$ 0	\$ 7.083.419	\$ 0
7_1	Alimentacion	\$ 0	\$ 0	\$ 2.758.506	\$ 0

gm
CG



EMPRESA DE TRANSPORTE DEL
TERCER MILENIO
TRANSMILENIO S.A.

2020-80700-CI-42652

Bogotá D.C.,

TRANSMILENIO S.A.
80700-SUBGERENCIA DE ATENCION AL USUARIO Y COMUNICACION
RADICADO NO. 2020-ER-26282. RESPUESTA PETICION DE RECL.
RESPUESTA (S)

30/09/2020 12:29:46
2020-EE-12494



Señora

PATRICIA PINZÓN MURCIA

Representante Legal

P&P SUMINISTROS INDUSTRIALES S.A.S.

gerencia@pypsuministrosindustriales.com

Ciudad

Asunto: Radicado No. 2020-ER-26282.

Respuesta Petición de reclamación de pago de facturación, intereses, perjuicios e indemnizaciones.

Respetado Señor,

Esta Subgerencia recibió la comunicación del asunto, en la que solicita el pago de la facturación adeudada por TRANZIT S.A.S. en Liquidación, así como los intereses, perjuicios e indemnizaciones causadas por el incumplimiento de la sociedad, para lo cual, TRANSMILENIO S.A., en aplicación de los artículos 14 y 21 de la Ley 1755 de 2015, procede a responder su petición en los siguientes términos:

I. CONSIDERACIONES FRENTE A LOS HECHOS EXPUESTOS.

Sea lo primero señalar que entre TRANSMILENIO S.A. y el peticionario **NO** existe vínculo contractual o comercial alguno ni tampoco ha suscrito contrato estatal bajo las reglas previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, por el contrario, se infiere que usted **SÍ** cuenta con una relación contractual con la sociedad TRANZIT S.A.S. en Liquidación, la cual se rige por las normas del derecho privado en las cuales esta Entidad no tiene injerencia alguna,

En relación con los hechos expuestos en su comunicación, TRANSMILENIO S.A. manifiesta:

1. AL HECHO PRIMERO. ES PARCIALMENTE CIERTO. Si bien TRANSMILENIO S.A. adjudicó el Contrato de Concesión No. 011 de 2010 a la sociedad TRANZIT S.A.S., la póliza NB-100079411 mencionada en su comunicación corresponde a la Garantía Única de Cumplimiento como requisito de ejecución del Contrato de Concesión, Según el acta de liquidación del mencionado contrato, este tuvo la siguiente vigencia:

COMPANIA ASEGURADORA	PÓLIZA NO.	ASEGURADO / BENEFICIARIO	VIGENCIA		VALOR ASEGURADO
Compañía Mundial de Seguros S.A.	NB-100079411	TRANSMILENIO S.A.	20/10/2017	29/10/2019	28.650.269.979.00

R-DA-006 enero de 2020

TRANSMILENIO S.A.
Avenida Eldorado No. 69 - 76
Edificio Elemento - Torre 1 Piso 5
PBX: (57) 2203000
FAX: (57) 3249870 - 80
Código postal: 111071
www.transmilenio.gov.co
Información: línea 4824304



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.



2. AL HECHO SEGUNDO: NO NOS CONSTA que el peticionario hubiere sido proveedor de la sociedad TRANZIT S.A.S. en Liquidación, por tanto, TRANSMILENIO S.A. no es la entidad llamada a responder sus reclamaciones económicas, toda vez que estas le competen a la sociedad con quien suscribió el negocio privado y/o a la aseguradora correspondiente, sin perjuicio de las instancias administrativas y judiciales a las que puede acudir el peticionario.
3. AL HECHO TERCERO. SE ACLARA que la Resolución 031 del 25 de enero de 2019 modificada por la Resolución 157 del 11 de abril de 2019 declaró el incumplimiento reiterativo del concesionario en la ejecución del Contrato de Concesión No. 011 de 2010 e impuso multas contractuales por la no vinculación de flota operativa y de flota de reserva para la prestación del servicio público de transporte, por tanto, se trata de una situación que difiere de la manifestada en su comunicación.

Por otro lado, SE ACLARA que la terminación unilateral del Contrato de Concesión No. 011 de 2010 establecida en la Resolución 657 de 15 de julio de 2019, se fundamentó en el supuesto de hecho previsto en el numeral 3° del artículo 17 de la Ley 80 de 1993, esto es "*Por interdicción judicial de declaración de quiebra del contratista.*", atribuible a la decisión contenida en el Auto No. 400-005399 del 27 de junio de 2019, mediante el cual, la Superintendencia de Sociedades decretó la terminación del proceso de reorganización de la sociedad, ordenó la celebración del acuerdo de adjudicación de los bienes de la citada sociedad, y pasó el proceso a liquidación judicial.

4. AL HECHO CUARTO. NO NOS CONSTA la calidad en la que actúa el peticionario, por tanto, si este es un acreedor de una obligación dineraria que adeuda la sociedad TRANZIT S.A.S., TRANSMILENIO S.A. no es la llamada al pago de esta, por el contrario, al tratarse de un negocio entre privados, deberá acudir a los mecanismos establecidos en la ley para hacer exigible su acreencia.
5. AL HECHO QUINTO. NO NOS CONSTA la calidad del peticionario frente a la sociedad TRANZIT S.A.S., por el contrario, SE ACLARA que TRANSMILENIO S.A. no ha generado confianza o expectativas al peticionario en la medida que no tiene relación contractual o comercial con este. El objeto de TRANSMILENIO S.A. es la gestión, organización y planeación del servicio público de transporte en la ciudad de Bogotá y dentro de sus funciones está la de celebrar contratos de concesión con quienes resulten adjudicatarios de un proceso de selección establecido en la normatividad contractual.

Durante la ejecución contractual, la entidad realizó el control y seguimiento contractual y como tal, el incumplimiento reiterativo de las obligaciones relacionadas con la vinculación de flota acarreó las decisiones administrativas correspondientes hasta la terminación unilateral del Contrato de Concesión.

II. CONSIDERACIONES GENERALES.

Las pretensiones del peticionario son de carácter económico y se enmarcan en un vínculo contractual con una empresa de carácter privado, por tanto, TRANSMILENIO S.A. no es la entidad llamada a

R-DA-006 enero de 2020

TRANSMILENIO S.A.
Avenida Eldorado No. 69 - 78
Edificio Elemento - Torre 1 Piso 5
PBX: (57) 2203000
FAX: (57) 3249870 - 80
Código postal: 111071
www.transmilenio.gov.co
Información: línea 4824304



aceptar ni mucho menos a reconocer pagos, intereses, perjuicios e indemnizaciones, razón por la cual, no se atenderá favorablemente su petición, entre otras, por las siguientes razones:

1. Naturaleza Jurídica y funcional de TRANSMILENIO S.A.

De conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 4º de 1999 y los Estatutos Sociales de la Entidad, la naturaleza jurídica de TRANSMILENIO S.A. es la de una sociedad anónima constituida por entidades públicas distritales, lo que significa que es una sociedad pública por acciones, sometida al régimen jurídico de las empresas industriales y comerciales del Estado, conforme lo establecido en los artículos 38 numeral 2º literal f) y parágrafo 1º, 39, 68 inciso primero y 69 de la Ley 489 de 1998.

Al respecto, los artículos 1, 2 y 3 del Acuerdo 4º de 1999, señalan:

"Artículo 1º.- Nombre y Naturaleza Jurídica. Autorízase al Alcalde Mayor en representación del Distrito Capital para participar, conjuntamente con otras Entidades del Orden Distrital, en la constitución de la Empresa de Transporte del Tercer Milenio - TRANSMILENIO S.A.-, bajo la forma jurídica de sociedad por acciones del Orden Distrital, con la participación exclusiva de entidades públicas. TRANSMILENIO S.A. tendrá personería jurídica, autonomía administrativa, financiera, presupuestal y patrimonio propio."

"Artículo 2º.- Modificado por el Artículo 90 del Acuerdo 761 de 2020. Objeto. Corresponde a TRANSMILENIO S.A. la gestión, organización y planeación del Servicio de Transporte Público Masivo Urbano de pasajeros en el Distrito Capital y su área de influencia, bajo la multimodalidad de transporte, en las condiciones que señalen las normas vigentes, las autoridades competentes y sus propios estatutos.

También formará parte del objeto social de la entidad participar en los proyectos urbanísticos de iniciativa pública o privada, en la construcción y mejoramiento de espacio público en las áreas de influencia de los componentes Troncal, Zonal y Cable del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá, así como en las áreas de influencia de la infraestructura soporte de su componente zonal". (Negrillas y subrayado fuera del texto).

Artículo 3º.- Funciones. En desarrollo de su objeto, corresponde a TRANSMILENIO S.A. ejercer las siguientes funciones:

1. Gestionar, organizar y planear el servicio de transporte público masivo urbano de pasajeros en el Distrito Capital y su área de influencia, en la modalidad indicada en el artículo anterior.

2. Aplicar las políticas, las tarifas y adoptar las medidas preventivas y correctivas necesarias para asegurar la prestación del servicio a su cargo, de conformidad con los parámetros señalados por la autoridad competente.

(...)

4. Celebrar los contratos necesarios para la prestación del servicio de transporte masivo, ponderando entre otros factores la experiencia local en la prestación del servicio de transporte público colectivo.

(...)

6. **Modificado y ampliado por el Artículo 92 del Acuerdo 761 de 2020.** TRANSMILENIO S.A., podrá prestar el servicio público de transporte masivo directa o indirectamente a través de personas que se encuentren habilitadas por la autoridad competente.



TRANSMILENIO S.A., en su calidad de ente gestor y en el marco de sus competencias, será responsable de la prestación del servicio cuando se declare desierto un proceso de selección o cuando se suspendan o terminen anticipadamente los contratos o se declare la caducidad de los contratos con los operadores privados por las causas previstas en la ley o los contratos (...)

13. Modificado y ampliado por el Artículo 92 del Acuerdo 761 de 2020. Celebrar los contratos, convenios y acuerdos interinstitucionales necesarios para la prestación del servicio de transporte de pasajeros. (Negrillas y subrayado fuera del texto).

A su turno, el artículo 6° del Decreto Distrital No. 831 de 1999, reglamentario del Acuerdo 4° de 1999, dispone:

"Artículo 6°.- Contratos de Concesión para la Operación del Sistema Transmilenio. De conformidad con los Acuerdos 6 de 1998 y 4 de 1999, corresponde a TRANSMILENIO S.A., mediante contratos de concesión adjudicados en licitación pública vincular a la prestación del servicio de transporte público de pasajeros, a las empresas interesadas en explotar económicamente dicha actividad dentro del Sistema Transmilenio. Igualmente, mediante el contrato de concesión, Transmilenio S.A., otorgará a los adjudicatarios de las licitaciones respectivas el permiso de operación para el desarrollo de la actividad de transporte público de pasajeros en el Sistema Transmilenio, tal como lo autorizan los artículos 19 de la Ley 336 de 1996 y 3 numeral 7 de la Ley 105 de 1993." (Negrillas y subrayado fuera del texto).

Ahora bien, el artículo 8° del Decreto Distrital 309 de 2009 "Por el cual se adopta el Sistema Integrado de Transporte Público para Bogotá, D.C., y se dictan otras disposiciones" consagra:

"Artículo 8°. - Competencia de TransMilenio S.A. como Ente Gestor del SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE PÚBLICO. De conformidad con lo establecido en el Acuerdo Distrital 4 de 1999 y los Decretos Distritales 319 y 486 de 2006, la Empresa de Transporte del Tercer Milenio - TransMilenio S.A. como ente gestor del SITP realizará: La planeación, gestión y control contractual del Sistema; el proceso de integración, evaluación y seguimiento de la operación y los procesos de selección necesarios para poner en marcha la migración del actual transporte público colectivo al transporte público masivo. (...)" (Negrillas y subrayado fuera del texto).

De acuerdo con lo anterior, TRANSMILENIO S.A. es la entidad encargada de integrar, evaluar y hacer seguimiento al Sistema Integrado de Transporte Público en la ciudad de Bogotá, por tanto, la función que cumple la Entidad está circunscrita en que, por intermedio de los contratos de concesión, se garantice la prestación del servicio público de transporte masivo en la ciudad, previo desarrollo de las formalidades previstas en las disposiciones legales.

2. Régimen jurídico de contratación de TRANSMILENIO S.A.

El régimen de contratación al cual está sujeto TRANSMILENIO S.A. es el contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenido en la Ley 80 de 1993.

En efecto, por virtud de lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 80 de 1993, TRANSMILENIO S.A. es una entidad estatal facultada para celebrar contratos estatales para la prestación de un servicio público, éste último, según la norma en cita, destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma

R-DA-006 enero de 2020



general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado, así como aquellos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines.

Los artículos 39, 40 y 41 de la Ley 80 de 1993, señalan:

"Artículo 39º.- De la Forma del Contrato Estatal. Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles, y en general aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad.

Las entidades estatales establecerán las medidas que demande la preservación, inmutabilidad y seguridad de los originales de los contratos estatales.

(...)

Artículo 40º.- Del Contenido del Contrato Estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración.

(...)

Artículo 41º.- Del Perfeccionamiento del Contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

(...) (Negrillas y subrayado fuera del texto).

Por su parte y en consideración al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, los artículos 93 y 95 de la Ley 1474 de 2011, señalan:

Artículo 93. Del régimen contractual de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta, sus filiales y empresas con participación mayoritaria del Estado. Modifíquese el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así:

Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes.

(...)



Artículo 95. Aplicación del Estatuto Contractual. Modifíquese el inciso 2° del literal c) del numeral 4 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así:

En aquellos eventos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a esta ley, salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad. (Negrillas y subrayado fuera del texto).

Conforme las normas en cita, el régimen de los actos y contratos de las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica, se sujetarán a las disposiciones del derecho privado, sin embargo, la celebración de contratos para el cumplimiento de su objeto se sujetará a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales.

Sin perjuicio de lo anterior, los procesos de contratación que se adelanten por este tipo de entidades, como lo es TRANSMILENIO S.A., deben realizarse con observancia de los principios de la función administrativa a que se refiere el artículo 209 de la Constitución Política y el artículo 3° de la Ley 1437 de 2011, así como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previstas en los artículos 13 y 14 de la Ley 1150 de 2007.

3. Disposiciones del Contrato de Concesión No. 011 de 2010.

En el presente caso, TRANSMILENIO S.A. surtió un proceso de selección y celebró contratos de concesión para la prestación del servicio público de transporte masivo, los cuales establecieron obligaciones para las partes contratantes, sin que ello implique que la entidad deba asumir obligaciones de otra índole ni mucho menos, el reconocimiento de pagos ante la ausencia de un acto jurídico que así lo sustente.

Con ocasión del proceso de selección llevado a cabo en la Licitación Pública No. TMSA-LP-04 de 2009, TRANSMILENIO S.A. adjudicó contratos de concesión para la prestación del servicio público de transporte en las zonas en las que fue dividida la ciudad. Al respecto, la cláusula 1° del Contrato de Concesión No. 011 de 2010 señala:

"CLÁUSULA 1. OBJETO DEL CONTRATO

*Otorgar en concesión no exclusiva y conjunta con otros concesionarios la explotación del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros del **Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá-SITP**, al **CONCESIONARIO**, en la **Zona, 13) USME** bajo los términos, condiciones y con las limitaciones previstas en el presente **Contrato** y en el pliego de condiciones de la licitación.*

*Dicha concesión otorgará el derecho a operar de forma preferencial y no exclusiva al **CONCESIONARIO** las siguientes **Zonas** en que se ha dividido la ciudad, para la prestación del Servicio de Transporte Público Masivo de Pasajeros bajo el esquema SITP: **5) SUBA ORIENTAL, 6) SUBA CENTRO, 7) CALLE 80, 8) TINTAL – ZONA FRANCA, 9)***

R-DA-006 enero de 2020

TRANSMILENIO S.A.
Avenida Eldorado No. 69 - 78
Edificio Elemento - Torre 1 Piso 5
PBX: (57) 2203000
FAX: (57) 3249870 - 80
Código postal: 111071
www.transmilenio.gov.co
Información: línea 4824304





EMPRESA DE TRANSPORTE DEL
TERCER MILENIO
TRANSMILENIO S.A.

KENNEDY, 10) BOSA, 11) PERDOMO, 12) CIUDAD BOLÍVAR Y 13) USME, que hacen parte de las trece (13) zonas en las que se ha dividido la ciudad de Bogotá.

El alcance del Contrato de Concesión incluye el aporte de lotes de vehículos para las zonas del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá- SITP y su operación, conforme al esquema de gradualidad que se prevé en el Contrato."

Por su parte, la cláusula 2° del Contrato, prevé:

"CLÁUSULA 2. NATURALEZA DEL CONTRATO

*El presente **Contrato de Concesión** instrumenta la relación de carácter contractual que vinculará a **TRANSMILENIO S.A.** y al **CONCESIONARIO** a partir de la fecha de inicio de vigencia, como partes que son del **Contrato**. Dicha relación contractual 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 y la Ley 1150 de 2007, aplicables al **Contrato de Concesión**, y las demás normas que las modifiquen, sustituyan, desarrollen o reglamenten."*

En cuanto a la responsabilidad del concesionario frente a terceros, la cláusula 120 contractual señala:

"CLÁUSULA 120. RESPONSABILIDADES FRENTE A TERCEROS

*La responsabilidad civil contractual y extracontractual del **CONCESIONARIO** frente a terceros, es la que surja de la legislación aplicable en cada caso. El **CONCESIONARIO** es el responsable de los daños y perjuicios que se produjeran por su causa, la de sus dependientes, las de sus bienes muebles e inmuebles o la de los bienes muebles e inmuebles que estén bajo su administración, la derivada de la operación, la causada por el personal por él empleado, contratado o subcontratado bajo cualquier modalidad y para cualquier fin, o por sus contratistas o subcontratistas.*

TRANSMILENIO S.A. no será responsable frente a terceros por las obligaciones que asumiere o debiere asumir el CONCESIONARIO con aquellos, ni por los daños que cause este último, directa o indirectamente en el desarrollo de su gestión, ni sus empleados, agentes, representantes, contratistas o subcontratistas, y bienes.
(Negritas y subrayado fuera del texto).

Para la ejecución de los contratos de concesión, el concesionario debía contar con garantías y seguros, así como el cumplimiento de la obligación de mantener indemne a TRANSMILENIO S.A. por las acciones, reclamaciones o demandas de cualquier naturaleza, derivadas de las actuaciones como el que pone de presente en su petición. Al respecto, las cláusulas 133 y 134 de los contratos de concesión, prevén:

"CLÁUSULA 133. GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO A CARGO DEL CONCESIONARIO

El CONCESIONARIO deberá constituir a favor de TRANSMILENIO S.A., una garantía de cumplimiento que ampare el riesgo de incumplimiento de las obligaciones a su cargo derivadas del presente contrato.

R-DA-006 enero de 2020

TRANSMILENIO S.A.
Avenida Eldorado No. 69 - 76
Edificio Elemento - Torre 1 Piso 5
PBX: (57) 22030000
FAX: (57) 3249870 - 80
Código postal: 111071
www.transmilenio.gov.co
Información: línea 4624304



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

Esta garantía debe mantenerse vigente durante todo el término de vigencia del Contrato y de su liquidación y cuando el término para el cumplimiento de la obligación que se garantice de acuerdo con cada cobertura sea prorrogado o extendido de acuerdo con lo previsto en el Contrato de Concesión, deberá prorrogarse en el mismo sentido el amparo correspondiente.

No se admitirá en ningún caso, ni será oponible a TRANSMILENIO S.A., la inclusión de cláusulas, disposiciones o previsiones dentro del texto de la garantía o en cualquier otro documento público o privado asociado o relacionado con la misma, que afecten, modifiquen, condicionen, restrinjan o limiten el alcance y contenido de la garantía conforme a lo previsto en este capítulo.

La garantía deberá identificar clara y expresamente el **Contrato de Concesión** amparado con este texto: "La garantía ampara el cumplimiento de todas las obligaciones derivadas del **Contrato de Concesión No.0*** de 2010** suscrito con ocasión de la adjudicación de la Licitación Pública TMSA-LP-004 de 2009, convocada por **TRANSMILENIO S.A.**" **(Negrillas y subrayado fuera del texto).**

"CLÁUSULA 134. COBERTURA DE LA GARANTÍA

De conformidad con lo dispuesto en el Decreto 734 de 2012, o la norma que la modifique, adicione o remplace, los riesgos que como mínimo deberá amparar el contratista mediante esta garantía son el cumplimiento de todas sus obligaciones, y el pago de los salarios, indemnizaciones y prestaciones laborales en las que incurra con motivo de la prestación del servicio. Estos riesgos serán amparados con la garantía de cumplimiento del contrato, bajo las siguientes coberturas:

134.1. Cumplimiento: **El amparo de cumplimiento del contrato cubrirá a la entidad estatal contratante de los perjuicios directos derivados del incumplimiento total o parcial de las obligaciones nacidas del contrato, así como de su cumplimiento tardío o de su cumplimiento defectuoso, cuando ellos son imputables al contratista garantizado.** Además de esos riesgos, este amparo comprenderá siempre el pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria que se hayan pactado en el contrato garantizado.

En virtud de lo señalado por el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, la garantía de cumplimiento cubrirá los perjuicios causados a la entidad estatal como consecuencia de la conducta dolosa o culpable, o de la responsabilidad imputable a los particulares, derivados de un proceso de responsabilidad fiscal, siempre y cuando esos perjuicios deriven del incumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato amparado por la garantía.

134.2. Pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales. El amparo de pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales cubrirá a la entidad estatal contratante de los perjuicios que se le ocasionen como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones laborales a que esté obligado el contratista garantizado, derivadas de la contratación del personal utilizado para la ejecución del contrato amparado en el territorio nacional." **(Negrillas y subrayado fuera del texto).**

De esta manera, cualquier situación que implique una discusión sobre la relación contractual de carácter privado con terceros, corresponde a la sociedad TRANZIT S.A.S. o a su aseguradora, dar

R-DA-006 enero de 2020

TRANSMILENIO S.A.
Avenida Eldorado No. 69 - 76
Edificio Elemento - Torre 1 Piso 5
PBX: (57) 2203000
FAX: (57) 3249870 - 80
Código postal: 111071
www.transmilenio.gov.co
Información: línea 4824304



respuesta de fondo a las peticiones que se esbozan, sin que sea dable que TRANSMILENIO S.A. responda por tales actuaciones ante las instancias administrativas y judiciales.

4. Situación de la sociedad TRANZIT S.A.S. en Liquidación.

En cuanto a la situación de la sociedad TRANZIT S.A.S. en Liquidación y el estado del Contrato de Concesión No. 011 de 2010, es preciso traer a colación los siguientes aspectos:

4.1. Proceso de Reorganización Empresarial y posterior Liquidación Judicial.

El 1º de febrero 2017, TRANZIT S.A.S. notificó a TRANSMILENIO S.A. sobre la presentación de solicitud de admisión a proceso de reorganización ante la Superintendencia de Sociedades. Posteriormente, la Entidad fue notificada que, mediante Auto del 13 de marzo de 2017, la Superintendencia admitió a la sociedad a proceso de reorganización.

El 23 de mayo de 2018 se llevó a cabo la audiencia de resolución de objeciones presentadas al Proyecto de Calificación y Graduación de Créditos y Derechos de Voto, y al Inventario de Bienes. A partir del 29 de mayo de 2018, día siguiente a la fecha de entrega del Proyecto de Calificación y Graduación de Créditos y Derechos de Voto modificado por parte de la Promotora, empezó el término para la negociación del Acuerdo de Reorganización.

Mediante Auto No. 400-005399 del 27 de junio de 2019, el juez del concurso (i) decretó la terminación del proceso de reorganización de la sociedad TRANZIT S.A.S., (ii) ordenó la celebración del acuerdo de adjudicación de los bienes de la citada sociedad, (iii) advirtió que, como consecuencia de lo anterior, la sociedad pasaría a estado de liquidación por adjudicación, (iv) designó al señor Alejandro Revollo como liquidador, y (v) suspendió los efectos de la liquidación por adjudicación respecto de los contratos necesarios para continuar con la ejecución del contrato de concesión No. 011 de 2010 hasta la cesación de la prestación del servicio público de transporte en la Zona Usme.

Actualmente, el proceso de liquidación judicial se surte en la Superintendencia de Sociedades y mediante el memorial 2020-01-189296 del 19 de mayo de 2020, el liquidador entregó el inventario valorado de bienes, del cual fue objeto de traslado con el consecutivo 415-00145 del 20 de mayo de 2020, entre el 21 y 26 de mayo de la misma anualidad. Con Auto 2020-01-341040 del 15 de julio de 2020, la Superintendencia ordenó al liquidador que de forma inmediata presentara el informe de objeciones, conciliación y créditos.

El pasado 13 de agosto de 2020, la Superintendencia de Sociedades convocó a las partes a la audiencia de resolución de objeciones, aprobación de la actualización de los gastos de la reorganización insolutos e inventario valorado de bienes y demás asuntos pendientes de decisión, de lo cual se entiende que las obligaciones dinerarias pendientes de pago se tramitan en dicha instancia y bajo las reglas previstas en la Ley 1116 de 2006.

De esta manera, el peticionario debe acudir a las instancias correspondientes para hacer exigible su acreencia.

R-DA-006 enero de 2020

TRANSMILENIO S.A.
Avenida Eldorado No. 69 - 76
Edificio Elemento - Torre 1 Piso 5
PBX: (57) 2203000
FAX: (57) 3249870 - 80
Código postal: 111071
www.transmilenio.gov.co
Información: línea 4824304



4.2. Estado del Contrato de Concesión No. 011 de 2010.

Con Resolución 657 de 15 de julio de 2019, TRANSMILENIO S.A. terminó el Contrato de Concesión No. 011 de 2010, por verificarse el supuesto de hecho previsto en el numeral 3° del artículo 17 de la Ley 80 de 1993, esto es *"Por interdicción judicial de declaración de quiebra del contratista."*

La resolución fue notificada el 16 de julio de 2019 y la sociedad TRANZIT S.A.S no interpuso recurso. La firmeza del acto administrativo se dio el 31 de julio de 2019.

En el acta de liquidación del Contrato, TRANSMILENIO S.A. estableció salvedad por obligación y alcance de indemnidad. Al respecto, el acta en mención señaló:

"De acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 120 del Contrato de Concesión No. 011 de 2010, el contratista debe mantener indemne a TRANSMILENIO S.A. La cláusula en mención señala:

"CLÁUSULA 120. RESPONSABILIDADES FRENTE A TERCEROS

*La responsabilidad civil contractual y extracontractual del **CONCESIONARIO** frente a terceros, es la que surja de la legislación aplicable en cada caso. El **CONCESIONARIO** es el responsable de los daños y perjuicios que se produjeran por su causa, la de sus dependientes, las de sus bienes muebles e inmuebles o la de los bienes muebles e inmuebles que estén bajo su administración, la derivada de la operación, la causada por el personal por él empleado, contratado o subcontratado bajo cualquier modalidad y para cualquier fin, o por sus contratistas o subcontratistas.*

***TRANSMILENIO S.A.** no será responsable frente a terceros por las obligaciones que asumiere o debiere asumir el **CONCESIONARIO** con aquellos, ni por los daños que cause este último, directa o indirectamente en el desarrollo de su gestión, ni sus empleados, agentes, representantes, contratistas o subcontratistas, y bienes."*

De otra parte, la cláusula 182 del contrato de concesión establece:

"CLÁUSULA 182. RELACIONES ENTRE LAS PARTES

*Las relaciones que el presente **Contrato** genera entre los suscribientes, deben entenderse e interpretarse dentro del siguiente marco de referencia:*

*182.1. El presente **Contrato** no crea relación alguna de asociación, asociación de riesgo compartido (Joint venture), sociedad o agencia entre las partes, ni impone obligación o responsabilidad de índole societario a ninguna de las partes respecto de la otra o de terceros.*

*182.2. Ninguna de las partes tendrá derecho, facultad o compromiso alguno, ni para actuar en nombre de la otra parte, ni para ser su agente o representante, ni para comprometerla en forma alguna. Ninguna de las cláusulas de este **Contrato** podrá interpretarse en el sentido de crear una relación distinta entre las partes a la de una concesión en los términos de este **Contrato**. Las partes no pretenden crear ningún derecho ni otorgar ninguna acción a ningún tercer beneficiario de este **Contrato**.*

182.3. La cancelación, terminación o extinción de este Contrato, por cualquier causa, no extinguirá las obligaciones que por su naturaleza subsistan a tales

R-DA-006 enero de 2020

TRANSMILENIO S.A.
Avenida Eldorado No. 69 - 76
Edificio Elemento - Torre 1 Piso 5
PBX: (57) 2203000
FAX: (57) 3249870 - 80
Código postal: 111071
www.transmilenio.gov.co
Información: línea 4824304



eventos, incluyendo, entre otras, las derivadas de las garantías, responsabilidad y confidencialidad." (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Conforme lo anterior, TRANZIT S.A.S debe mantener indemne a TRANSMILENIO S.A. frente a terceros por las obligaciones que asumiere o debiere asumir el CONCESIONARIO con aquellos, ni por los daños que cause este último, directa o indirectamente en el desarrollo de su gestión, ni sus empleados, agentes, representantes, contratistas o subcontratistas, y bienes, aun después de la terminación y liquidación del contrato de concesión No. 011 de 2010.

Todo lo anteriormente señalado, deberá respetar igualmente las normas concursales aplicables actualmente a TRANZIT en virtud del proceso de liquidación por adjudicación que de la misma se surte ante la Superintendencia de Sociedades, respetando para ello las normas referentes a prelación de créditos, calificación de acreencias, proceso de pago, adjudicación, entre otros."

Conforme lo anterior, TRANSMILENIO S.A. ostenta indemnidad frente a terceros por obligaciones a cargo de TRANZIT S.A.S. en Liquidación, por lo cual, el peticionario debe acudir a las instancias correspondientes para hacer valer la acreencia derivada del negocio privado con la citada sociedad.

III. RESPUESTA A LA PETICIÓN.

Por lo anteriormente expuesto, TRANSMILENIO S.A. reitera que las pretensiones de pago de facturación, intereses, perjuicios e indemnizaciones esbozadas en su comunicación son improcedentes y no serán atendidas favorablemente, por cuanto la Entidad no es la llamada a responder por cada uno de los puntos que motivan su reclamación.

El peticionario no tiene ni ha tenido ningún vínculo contractual o comercial con TRANSMILENIO S.A., quien sea de paso decir, es una Entidad Pública, con personería jurídica propia, perteneciente al sector descentralizado dentro del Distrito Capital, que por disposición está sujeta al régimen de contratación pública.

Teniendo en cuenta que usted manifiesta que de una relación contractual con TRANZIT S.A.S. en Liquidación, en aplicación de lo previsto en el artículo 21 de la Ley 1755 de 2015, se dará traslado de su solicitud al Agente Liquidador de dicha sociedad, con el fin de que brinde respuesta de fondo a su solicitud, sin perjuicio de que acuda a las instancias administrativas y judiciales correspondientes.

Cordial saludo,


JULIA REY BONILLA
Subgerente Jurídica

Proyectó: Daniel Melo Moreno
Código: 805

R-DA-006 enero de 2020

TRANSMILENIO S.A.
Avenida Eldorado No. 69 - 78
Edificio Elemento - Torre 1 Piso 5
PBX: (57) 2203000
FAX: (57) 3249870 - 80
Código postal: 111071
www.transmilenio.gov.co
Información: línea 4824304



Bogotá, Agosto 20 del 2020.

Señores:

SEGUROS MUNDIAL S.A., TRANSMILENIO S.A

Departamento de: Siniestros

REFERENCIA. AFECTACIÓN A PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO DE ENTIDADES ESTATALES

PÓLIZA No: NB-100079411

FECHA DEL SINIESTRO: 19 DE FEBRERO 2019 Y 15 DE JULIO 2019

ASEGURADO: TRANSMILENIO S.A.

TOMADOR: TRANZIT S.A.S.

COBERTURA: AMPARA EL CUMPLIMIENTO DE TODAS LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE CONCESION No. 11 de 2010 SUSCRITO ENTRE TRANSMILENIO S.A. Y TRANZIT S.A.S.

PATRICIA PINZON MURCIA, mayor de edad, residente y domiciliado en la ciudad de Bogotá, e identificado como aparece al pie de mi firma y actuando como representante legal de la sociedad **P&P SUMINISTROS INDUSTRIALES S.A.S.**, con **NIT 900441201-0**, por medio del presente escrito me permito presentar ante la aseguradora reclamación como tercero afectado en el contrato de concesión No. 11 de 2010 de la empresa operadora del SITP TRANZIT S.A.S., el cual fue adjudicado mediante licitación TMSA-LP-04 del 2009, por parte de TRANSMILENIO S.A. para que prestara el servicio público urbano de pasajeros en la zona Usme, y asegurado mediante póliza de cumplimiento de entidades estatales **No. NB-10007941**, que "GARANTIZA Y AMPARA EL CUMPLIMIENTO DE TODAS LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE CONCESION", el siniestro se origina con la expedición de la resolución 031 de enero del 2019 o incumplimiento del contrato y resolución 657 del 15 de julio del 2019 terminación unilateral del contrato por parte de TRANSMILENIO S.A., y como tercero afectado con el siniestro, pretendo efectuar la presente reclamación en miras de obtener el pago de las obligaciones, intereses e indemnizaciones dejadas de pagar por el tomador TRANZIT S.A.S.; obligaciones amparadas por la póliza de cumplimiento de entidades estatales de la referencia.

HECHOS

PRIMERO: Mediante Licitación TMSA-LP-04 2009, TRANSMILENIO S.A. entrego mediante contrato de concesión No. 11 del 2010 de la Zona Usme a la empresa operadora del SITP TRANZIT S.A.S., y que para darle viabilidad al contrato este se garantizó mediante póliza de cumplimiento de entidades estatales No. NB-100079411 de las aseguradoras SEGUROS MUNDIAL S.A. Y SEGUROS DEL ESTADO S.A.

SEGUNDO: Como proveedor de repuestos de la empresa operadora TRANZIT S.A.S., me encuentro inmerso dentro de una de las obligaciones que cubre la póliza de cumplimiento de entidades estatales que a su letra dice: "*garantiza y ampara el cumplimiento de todas las obligaciones derivadas del contrato de concesión No. 11 del 2010, Zona Usme, suscrito con ocasión de la adjudicación de la licitación pública TMSA-LP-04-2009, convocada por TRANSMILENIO S.A., para la explotación preferencial y no exclusiva para la prestación del transporte de pasajeros dentro del esquema del SITP para la zona 11 de Usme sin operación troncal suscrito entre la empresa TRANSMILENIO S.A., y la empresa TRANZIT S.A.S.*"

TERCERO: La reclamación se fundamenta en la relación contractual como proveedor de la empresa operadora TRANZIT S.A.S., como tercero afectado con ocasión del siniestro ocasionado con la terminación unilateral del contrato de concesión No. 11 del 2010 zona Usme por parte de TRANSMILENIO S.A, mediante las resoluciones 031 del 2019 y resolución 657 del 2019.

CUARTO: Que además soy parte de las obligaciones pendientes por pago que se encuentra cubierta por la póliza de cumplimiento de entidades estatales la cual ***"garantiza y ampara el cumplimiento de todas las obligaciones derivadas del contrato de concesión No. 11 del 2010, Zona Usme, suscrito con ocasión de la adjudicación de la licitación pública TMSA-LP-04-2009, convocada por TRANSMILENIO S.A."***

QUINTO: Es de tener en cuenta que como empresa suministre los repuestos necesarios para la operación de los vehículos del SITP de la empresa operadora TRANZIT S.A.S., por la confianza generada por TRANSMILENIO S.A. como ente gestor el cual tenía a su cargo la gestión, organización, dirección, planeación y orientación de las políticas de transporte en Bogotá.

PRETENSIONES

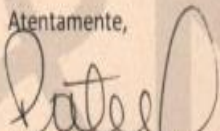
1. Solicito muy comedidamente el pago de la facturación adeudado por la empresa operadora TRANZIT S.A.S., a la empresa que represento, ya que el amparo o cobertura de la póliza NB-100079411 señala: ***"garantiza y ampara el cumplimiento de todas las obligaciones derivadas del contrato de concesión No. 11 del 2010, Zona Usme, suscrito con ocasión de la adjudicación de la licitación pública TMSA-LP-04-2009, convocada por TRANSMILENIO S.A., para la explotación preferencial y no exclusiva para la prestación del transporte de pasajeros dentro del esquema del SITP para la zona 11 de Usme sin operación troncal suscrito entre la empresa TRANSMILENIO S.A., y la empresa TRANZIT S.A.S."***
2. Solicito muy comedidamente, el pago de los intereses, perjuicios e indemnizaciones causadas a la empresa que represento por el incumplimiento de la operadora TRANZIT S.A.S., en el pago de la facturación.

TASACIÓN DE PERJUICIOS

Los perjuicios están determinados en el valor de la facturación pendiente por pago por parte de la empresa operadora del SITP TRANZIT S.A.S., así:

1. La suma de doscientos sesenta y tres millones cuatrocientos noventa y cinco mil trescientos noventa y siete pesos (\$ 263.495.397)
2. Los intereses legales hasta cuando se realice el pago.

Atentamente,



PATRICIA PINZON MURCIA

C.C. No. 51909437 de Bogotá

gerencia@pypsuministrosindustriales.com

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

LA SUBGERENTE JURÍDICA DE LA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

En uso de las facultades que le fueron delegadas por la Gerente General de TRANSMILENIO S.A., mediante el artículo 4° de la Resolución No. 374 de 2018 y con fundamento en los artículos 2, 29 y 365 de la Constitución Política Colombiana, artículos 14 y 18 de la Ley 80 de 1993 y sus demás reglamentarios

CONSIDERANDO

Que, según el Acuerdo 4 de 1999, TRANSMILENIO S.A. tiene a su cargo la gestión, organización y planeación del Transporte Público Urbano Masivo de Pasajeros.

Que en ejercicio de sus funciones establecidas estatutaria y legalmente, el representante legal de TRANSMILENIO S.A. tiene facultades de dirección y control sobre la contratación que ejecute el Ente Gestor, con fundamento en lo establecido por el Acuerdo 4 de 1999, reglamentado para el efecto por el Decreto 831 del mismo año.

Que el artículo 8 del Decreto 309 de 2009, establece que TRANSMILENIO S.A. será el Ente Gestor del Sistema Integrado de Transporte Público – SITP y tendrá a su cargo *“la planeación, gestión y control contractual del Sistema; el proceso de integración, evaluación y seguimiento de la operación (...)”*

Que mediante la Resolución No. 064 de 2010, TRANSMILENIO S.A. convocó la Licitación Pública No. TMSA – LP – 004 – 2009 con el objeto de otorgar en concesión no exclusiva y conjunta con otros concesionarios la explotación del servicio público de transporte terrestre automotor urbano del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá – SITP, al CONCESIONARIO, en los términos, bajo las condiciones y con las limitaciones que se previeran en el contrato correspondiente.

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

Que el día 2 de noviembre de 2010, a las 9:00 a.m., se llevó a cabo la audiencia de adjudicación en primera ronda del proceso de la Licitación Pública No. TMSA – LP – 004 – 2009, según lo previsto por el numeral 4.6.1 del pliego de condiciones.

Que mediante la Resolución No. 449 de 2010, le fue adjudicada la Licitación Pública No. TMSA – LP – 004 de 2009, zona Usme, a la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S., notificada el día dos (2) de noviembre de 2010.

Que el 17 de noviembre de 2010, TRANSMILENIO S.A. y la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S., suscribieron el contrato de concesión No. 011 de 2010, cuyo objeto consiste en:

*“Otorgar en concesión no exclusiva y conjunta con otros concesionarios la explotación del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros del **Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá-SITP**, al **CONCESIONARIO**, en la **Zona, 13) USME** bajo los términos, condiciones y con las limitaciones previstas en el presente **Contrato** y en el pliego de condiciones de la licitación.*

*Dicha concesión otorgará el derecho a operar de forma preferencial y no exclusiva al **CONCESIONARIO** las siguientes **Zonas** en que se ha dividido la ciudad, para la prestación del Servicio de Transporte Público Masivo de Pasajeros bajo el esquema SITP: **5) SUBA ORIENTAL, 6) SUBA CENTRO, 7) CALLE 80, 8) TINTAL – ZONA FRANCA, 9) KENNEDY, 10) BOSA, 11) PERDOMO, 12) CIUDAD BOLÍVAR Y 13) USME**, que hacen parte de las trece (13) zonas en las que se ha dividido la ciudad de Bogotá.*

El alcance del Contrato de Concesión incluye el aporte de lotes de vehículos para las zonas del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá- SITP y su operación, conforme al esquema de gradualidad que se prevé en el Contrato.”

Que dentro de las obligaciones contractuales del concesionario, fueron estipuladas, entre otras, las referidas a la prestación del servicio público de transporte urbano de pasajeros, la vinculación de flota necesaria para la prestación del servicio, el mantenimiento de la flota, el cumplimiento de la programación de la operación, el mantenimiento de todos los bienes afectos al servicio en buen estado de conservación y uso, el cumplimiento de la normatividad ambiental, el cumplimiento de las

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

obligaciones asociadas a la participación y sostenibilidad de propietarios, la acreditación y el sostenimiento del cierre financiero del proyecto y la vigencia de la garantía única de cumplimiento.

Que, en concordancia con las obligaciones anteriormente citadas, mediante comunicación con radicado 2018EE6521 del 2 de abril de 2018, TRANSMILENIO S.A. envió al Concesionario y sus garantes el requerimiento en el que se relacionaron los hechos materia del presunto incumplimiento, se acompañaron los Informes de Posible Incumplimiento realizados por la interventoría del contrato, así como las posibles consecuencias derivadas de cada presunto incumplimiento y se citó a audiencia para la presentación de descargos, dando así estricto cumplimiento al tenor del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Que, en la citada comunicación, se identificaron los siguientes presuntos incumplimientos:

1. Afectación en la prestación del servicio a los usuarios.
2. No vinculación de flota de reserva.
3. No vinculación de flota operativa.
4. Incumplimiento en la programación.

Que, en el pliego de cargos, se refirió al posible desconocimiento de las obligaciones contractuales establecidas en las siguientes cláusulas del Contrato de Concesión No. 011 de 2010:

1. En cuanto a la afectación en la prestación del servicio a los usuarios, las cláusulas 3, 17.1.1, 17.2.1, 75, 80 y 81.
2. En cuanto a la no vinculación de flota de reserva, las cláusulas 3 y 82.
3. En cuanto a la no vinculación de flota operativa, las cláusulas 17.2, 75, 80 y 81.
4. En cuanto al incumplimiento en la programación, las cláusulas 17.1.1, 17.1.2, 17.1.4, 17.1.17 del Contrato de Concesión y la cláusula 5.4 del Manual de Operaciones del Componente Zonal.

Que, en el mencionado requerimiento también se establecieron las posibles consecuencias según cada posible incumplimiento, así:

1. Para la afectación a la prestación del servicio a los usuarios, la posible sanción aplicable sería la afectación de la cláusula penal pecuniaria, toda vez que, según la recomendación de la Interventoría, *“sí debe entenderse que se trata de un hecho cumplido y reiterado (...)”*

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

2. Para la no vinculación de flota de reserva necesaria para atender la prestación del servicio público de transporte y las contingencias que puedan presentarse en la operación, la posible sanción aplicable sería la imposición de la multa estipulada en la cláusula 122 del Contrato de Concesión, equivalente a 20 Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes por cada día en el que se demuestre el incumplimiento y hasta tanto se verifique el efectivo cumplimiento de la obligación presuntamente incumplida.
3. Para la no vinculación de flota operativa necesaria para la operación regular, la posible sanción sería la imposición de la multa estipulada en la cláusula 124.1 del Contrato de Concesión, equivalente a 50 Salarios Mínimos Legales Vigentes por cada incumplimiento detectado por cada día en que se demuestre el incumplimiento y hasta tanto se verifique el efectivo cumplimiento de la obligación presuntamente incumplida.
4. Para el presunto incumplimiento en la programación, la posible sanción aplicable sería la afectación de la cláusula penal pecuniaria tasada proporcionalmente, toda vez que no se trata de un incumplimiento total del Contrato.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

- 1.1. El 2 de abril de 2018, se envió al Concesionario TRANZIT S.A.S. y sus garantes SEGUROS DEL ESTADO S.A., LIBERTY SEGUROS S.A. y SEGUROS MUNDIAL S.A. el requerimiento contractual con el lleno de los requisitos exigidos por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.
- 1.2. En el requerimiento, se citó a audiencia de descargos el día 10 de abril de 2018 a las 9:30 am.
- 1.3. El 5 de abril de 2018, mediante radicado 2018ER10082, TRANZIT S.A.S. solicitó el aplazamiento de la audiencia para presentar descargos.

**RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)**

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

- 1.4. Como consecuencia, el 6 de abril de 2018, mediante radicado 2018EE6773, la Subgerente Jurídica dictó nueva fecha para la celebración de la audiencia, quedando fijada para el 13 de abril de 2018.
- 1.5. Mediante radicado 2018ER10825 del 11 de abril, TRANZIT S.A.S. solicitó nuevamente aplazamiento de la fecha para la celebración de la audiencia.
- 1.6. A su vez, TRANSMILENIO S.A. después de consultar con las demás subgerencias y las áreas técnicas de la Entidad, contestó mediante radicado 2018EE7290 del 12 de abril, no accediendo a la solicitud formulada, teniendo en cuenta que los presuntos incumplimientos endilgados habían sido puestos de presente anteriormente mediante los requerimientos de interventoría, razón por la cual no podía alegarse que se estuviera cercenando el derecho al debido proceso.
- 1.7. El 13 de abril de 2018 se celebró la audiencia de presentación de descargos del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. En ésta, se surtieron las siguientes actuaciones:
 - 1.7.1. La Subgerente Jurídica de la Entidad dio lectura al requerimiento contractual.
 - 1.7.2. Asimismo, contestó verbalmente las solicitudes presentadas previamente y por escrito por el apoderado de TRANZIT S.A.S.:
 - 1.7.2.1. En respuesta a la carta con radicado 2018ER10878 del 12 de abril de 2018, mediante la cual TRANZIT S.A.S. presenta la solicitud realizada ante el Tribunal de Arbitramento de medida cautelar de suspender de manera inmediata los sancionatorios No. 3 de 2015 y No. 15 de 2015:

TRANSMILENIO S.A. denegó la suspensión del presente procedimiento sancionatorio hasta tanto no hubiera un pronunciamiento del juez del contrato decretando dicha medida cautelar.
 - 1.7.2.2. Frente a la solicitud con radicado 2018ER107825 del 11 de abril de 2018, mediante la cual el Concesionario pide aplazamiento de la audiencia, toda vez que la defensa implica una ardua revisión documental y coordinación entre las áreas de la sociedad:

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

TRANSMILENIO S.A. no accedió al aplazamiento de la audiencia, puesto que, en primer lugar, ya se había accedido a un primer aplazamiento y, además, la información relacionada en el procedimiento era conocida con suficiente tiempo por parte de TRANZIT, por los requerimientos previos enviados por la Interventoría y la Entidad y por las mesas de seguimiento mensuales.

- 1.7.3. El apoderado de Liberty Seguros S.A., Camilo Hoyos Hoyos, procedió a realizar la solicitud previa de que se diera por terminada la presente actuación, toda vez que existía un Tribunal de Arbitramento en etapa probatoria el que se estaba debatiendo el alcance de las obligaciones de TRANSMILENIO S.A. y del Concesionario.
- 1.7.4. Los apoderados del Concesionario, de Seguros del Estado y de Mundial de Seguros coadyuvaron la solicitud.
- 1.7.5. Por su parte, el apoderado de Mundial de Seguros manifestó que, en cualquier caso, debía tenerse en cuenta que la póliza expedida por Mundial de Seguros fue posterior a los incumplimientos debatidos en el procedimiento.
- 1.7.6. TRANSMILENIO S.A. dio respuesta a estas solicitudes determinando que la existencia de un Tribunal de Arbitramento de ninguna manera eximía a la Entidad Estatal de velar por el cumplimiento del contrato estatal, salvo que existiera una medida cautelar debidamente decretada por el juez del contrato en el sentido de suspender las obligaciones contractuales. Así, se resuelve desfavorablemente la solicitud presentada por el apoderado de Liberty Seguros.
- 1.7.7. Asimismo, respondió al apoderado de Mundial de Seguros que, en caso de verificarse el incumplimiento dentro del proceso sancionatorio, se dará aplicación a lo establecido en el Decreto 1082 de 2015.

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

DESCARGOS DEL CONCESIONARIO

1.7.8. A continuación y una vez resueltas todas las solicitudes previas de los asistentes, el apoderado del Concesionario presentó descargos, los cuales fueron igualmente radicados en físico con consecutivo No. 2018ER11238 del 13 de abril de 2018. Se resumen a continuación:

1.7.8.1. Violación al debido proceso del Concesionario por falta de razonabilidad y proporcionalidad en el ejercicio de una potestad discrecional.

Según el apoderado del Concesionario, tanto el requerimiento como la comunicación mediante la cual se niega la reprogramación de la audiencia atentan contra el derecho de defensa de TRANZIT S.A.S., toda vez que la Entidad sólo dio un término de 7 días hábiles para revisar una citación de 360 páginas que, según éste, requiere un importante ejercicio de revisión y coordinación con el área técnica, jurídica, administrativa y financiera.

En virtud del corto tiempo, el Concesionario no puede presentar una adecuada defensa, por lo que la negación de reprogramación de la audiencia por parte de la Entidad, resulta en la violación al derecho de defensa y el debido proceso.

1.7.8.2. Falta de competencia de TRANSMILENIO S.A. para adelantar procesos sancionatorios con posterioridad al inicio del proceso arbitral.

El apoderado alega que el 1 de noviembre de 2016 TRANZIT S.A.S. presentó convocatoria a un Tribunal de Arbitramento en contra de TRANSMILENIO S.A., con el fin de dirimir ciertas controversias entre las que se discuten la vinculación de flota operativa y la flota de reserva, ejes transversales del presente procedimiento sancionatorio que, a su vez, tienen una estrecha relación con la programación y la afectación a la prestación del servicio.

En este sentido, al haber puesto en conocimiento – voluntariamente – las controversias en mención, la Entidad perdió competencia para decidir sobre ellas

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

unilateralmente. En consecuencia, el Ente Gestor deberá estarse a lo que resuelva el Tribunal Arbitral sobre la medida cautelar solicitada por el Concesionario.

1.7.8.3. Impertinencia de aplicación de la cláusula penal cuando se trata de incumplimientos parciales transitorios.

El Doctor Molano sostiene que tanto el presunto incumplimiento materializado en la afectación a la prestación del servicio como el de programación, puntos sobre los cuales el requerimiento pretende afectar la cláusula penal pecuniaria, realmente serían incumplimientos parciales y transitorios y, en consecuencia, la afectación a la cláusula penal pecuniaria se torna improcedente. Por el contrario, al tener la naturaleza de parciales y transitorios y, en ese sentido, poder superarse, debería – eventualmente – darse la imposición de multas contractuales.

1.7.8.4. Consideraciones frente al incumplimiento imputado, relacionado con vinculación de flota y flota de reserva.

Al respecto, TRANZIT S.A.S. mencionó que los impactos negativos que se han generado sobre la posibilidad de atender totalmente las obligaciones, son consecuencia directa de la problemática general por la que atraviesa el Sistema y de las medidas adoptadas por TRANSMILENIO S.A. que imposibilitan que se alegue el incumplimiento contractual del Concesionario.

El Sistema, según el apoderado del Concesionario, adolece de graves fallas cuya solución no corresponde ni es imputable a TRANZIT S.A.S., sino a TRANSMILENIO S.A. Al respecto, enlistó las siguientes:

- a) La falta de implementación e integración del Sistema, como consecuencia, entre otros, de la adjudicación de Contratos de Concesión por parte de TRANSMILENIO S.A. a COOBUS S.A.S. y EGOBUS S.A.S.
- b) La imposibilidad de implementación de rutas compartidas a cargo de TRANZIT S.A.S., COOBUS S.A.S. y EGOBUS S.A.S., como consecuencia de lo descrito en el punto anterior.

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

- c) El incumplimiento por parte de TRANSMILENIO S.A. de entregar los patios definitivos.
- d) Los hechos relacionados con la desintegración física de vehículos y la regulación que en materia de vida útil de la flota se encuentra en el Contrato de Concesión.
- e) La implementación del SITP PROVISIONAL que se traduce en la imposibilidad de integrar el sistema y en competencia desleal para los Concesionarios del SITP.
- f) La falta de ejercicio adecuado de facultades de TRANSMILENIO S.A. para la debida implementación y operación.
- g) La insuficiente implementación por parte de TRANSMILENIO S.A. de la estrategia de socialización del Sistema.
- h) Los hechos relacionados con el Concesionario SIRCI y la afectación de la flota destinada a la operación comercial como consecuencia de los hechos atribuibles a éste.
- i) Coexistencia de agentes de recaudo y los efectos en la pérdida de demanda soportada por TRANZIT S.A.S.
- j) Los hechos relacionados con la evasión zonal, el fraude, la piratería y la falta de control de la validación del medio de pago en el componente de alimentación.
- k) Los hechos relacionados con el cambio de flota de tecnología Euro IV a Euro V y sus respectivos impactos financieros.
- l) Los hechos relacionados con el mantenimiento de los mecanismos de accesibilidad.
- m) La asignación de riesgos irrazonable.

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

- n) Los hechos relacionados con la velocidad comercial.
- o) La regulación aplicable a la tarifa técnica del Sistema y los efectos frente a la remuneración que tiene derecho el Concesionario.
- p) Menor demanda de pasajeros.
- q) Los hechos relacionados con que TRANSMILENIO S.A. haya optado por incluir en su demanda de reconvención situaciones y cobros que no tienen ningún fundamento y sobre los cuales nunca hizo requerimiento alguno al Concesionario.

1.7.8.5. Ausencia de respuesta de la Entidad ante propuestas que hubieran podido evitar las presuntas situaciones de incumplimiento

El Concesionario recuerda que el 19 de mayo de 2017 remitió un proyectó de Otrosí al Contrato de Concesión en el que se presentaban propuestas estructurales; sin embargo, éste fue ignorado por el Ente Gestor.

La negociación de este y otros proyectos seguramente, alega el apoderado, hubieran ayudado a combatir o evitar la situación compleja del Sistema.

1.7.8.6. Solicitud de pruebas

El apoderado de TRANZIT S.A.S., solicitó que se tuvieran como pruebas los siguientes documentos:

- a) Comunicaciones de programación y citación a audiencia dentro del presente procedimiento.
- b) Demanda y reforma a la demanda arbitral de TRANZIT S.A.S. contra TRANSMILENIO S.A.
- c) Contestación a la demanda y su reforma por parte de TRANSMILENIO S.A.
- d) Demanda y reforma a la demanda de reconvención presentada por TRANSMILENIO S.A. contra TRANZIT S.A.S.

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

- e) Contestación a la demanda de reconvención y se reforma por parte de TRANZIT S.A.S.
- f) Solicitud de medida cautelar solicitada por TRANZIT S.A.S. al Tribunal de Arbitramento suscitado por las partes.
- g) Documentos y actuaciones del procedimiento sancionatorio iniciado mediante oficio con radicado 2017EE17638 relacionado con la obligación de pago de rentas.
- h) Comunicación de 19 de mayo de 2017 mediante la cual se aportó el proyecto de Otrosí.

1.7.8.7. Peticiones

En consecuencia, el Doctor Molano solicitó que se diera por terminado el Proceso Sancionatorio No. 3 de 2018, sin consecuencia alguna para el Concesionario y, además, que la Entidad se abstuviera de iniciar o continuar con procedimientos sancionatorios en contra de TRANZIT S.A.S. que versen o estén relacionados con lo debatido en el Tribunal de Arbitramento.

En subsidio, solicitó a la Entidad que suspendiera el procedimiento hasta tanto el Tribunal no proferiera laudo o, en subsidio de lo anterior, hasta que no se pronunciara sobre la medida cautelar solicitada.

DESCARGOS DE SEGUROS DEL ESTADO

- 1.7.9. A su vez, la Doctora Marcela Galindo, apoderada de Seguros del Estado, procedió a rendir sus descargos, que se resumen así:

1.7.9.1. Falta de competencia de TRANSMILENIO S.A.

Reitera lo expuesto al inicio de la audiencia y expresa que preocupan los argumentos de TRANSMILENIO S.A. para continuar con el procedimiento, puesto que, de lo leído por el apoderado del Concesionario, se puede concluir que en el Proceso Arbitral sí se está discutiendo lo mismo que lo aquí requerido por la Entidad. En consecuencia, el presunto incumplimiento endilgado a TRANZIT S.A.S. en sede de

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

procedimiento administrativo puede ser desvirtuado por el Juez del Contrato, que es a quien le corresponde ahora determinar si existe un incumplimiento y a quién es atribuible, de manera que coincide con el apoderado del Concesionario sobre la pérdida de competencia del Ente Gestor frente a este sancionatorio.

En vista de que TRANSMILENIO S.A. decidió continuar con el procedimiento sancionatorio, indefectiblemente deberá analizar si existen factores no imputables al Concesionario que hayan generado el presunto incumplimiento y si existen incumplimientos por parte de TRANSMILENIO S.A. que hayan provocado el imputado incumplimiento por parte del Concesionario.

1.7.9.2. Violación al Debido Proceso

TRANSMILENIO S.A. se pronunció sobre la ausencia de violación al debido proceso del Concesionario pero no lo hizo frente a las aseguradoras a las que sí se les cercenó al derecho, toda vez que la Entidad no tuvo en cuenta el aplazamiento solicitado por éstas y se les negó el tiempo necesario para estudiar los documentos en conjunto con el Concesionario.

1.7.9.3. Improcedencia de la cláusula penal pecuniaria

La Doctora Galindo establece que coincide con el abogado del Concesionario en el sentido de que no se puede afectar la cláusula penal pecuniaria por el incumplimiento en la afectación a la prestación del servicio, toda vez que no existe ningún sustento técnico ni jurídico por parte de la Interventoría para esta aplicación y, además, porque la cláusula penal es una consecuencia económica de la declaratoria de incumplimiento total o parcial o una declaratoria de caducidad y, en este caso, de lo que se trata es de un incumplimiento transitorio, por lo que la sanción que procedería sería la imposición de una multa.

1.7.9.4. Afectación de la póliza

Finalmente, para Seguros del Estado es indispensable que, para que pueda afectarse la póliza expedida, los hechos materia del incumplimiento deben ser totalmente

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

imputables al contratista. Es decir, si se llegare a concluir que existen factores externos o imputables a la Entidad que produjeron la situación de incumplimiento, la póliza no podría ser afectada.

Como ya se ha dicho, la imputabilidad no es un elemento que se presente con total claridad dentro del procedimiento sancionatorio y que además está actualmente en discusión en otra instancia.

DESCARGOS DE SEGUROS MUNDIAL

1.7.10. A continuación, el Doctor Juan Pablo Araujo, apoderado especial de Seguros Mundial, presentó sus descargos:

1.7.10.1. Violación al Debido Proceso

Además de los argumentos presentados por el apoderado del Concesionario y la apoderada de Seguros del Estado, el apoderado de Seguros Mundial cuestiona el hecho de que en el requerimiento se introduzcan dos posibles consecuencias frente a los presuntos incumplimientos endilgados, toda vez que son consecuencias que pueden surgir de dos hipótesis de hecho distintas.

En efecto, la multa es la herramienta sancionatoria que tienen las Entidades para conminar al contratista a que cumpla con la obligación presuntamente incumplida, mientras que la cláusula penal pecuniaria es la tasación anticipada de perjuicios, la cual se hace efectiva en la medida en que el incumplimiento sea definitivo. Según el apoderado, para que haya incumplimiento, tiene que haber mora y ésta solamente se da cuando se esté ante obligaciones sometidas a plazo o condición y ésta haya acaecido.

En el caso que ocupa el procedimiento sancionatorio, el Informe de Interventoría determina que el servicio sí se está prestando, lo que ocurre es que los vehículos se están demorando en dejar y recoger pasajeros. Corolario de lo anterior es que las obligaciones sí se están ejecutando, por lo que no se entiende por qué se pretende afectar la cláusula penal pecuniaria.

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

Pero además, esta situación genera una preocupación por parte del garante, toda vez que dicha afectación implícitamente generaría la terminación del Contrato de Concesión que, en razón de que el Concesionario se encuentra en proceso de reorganización desde el 13 de marzo de 2017, se imposibilita de acuerdo con el tenor del artículo 21 de la Ley 1116 de 2006.

1.7.10.2. Vigencia de póliza

Se insiste en la vigencia de la póliza en la medida que la Doctora Julia Rey determinó que se limitaría a establecer lo indicado por el Decreto 1082 de 2015, no obstante debe darse aplicación a lo dispuesto por el artículo 1073 del Código de Comercio por ser una norma de superior jerarquía.

En esta medida, Seguros Mundial garantiza desde el 20 de octubre de 2017 y los Informes de Interventoría presentados son de una fecha previa a la asunción del riesgo por parte de esta aseguradora.

Existen 5 informes que se expidieron con una fecha posterior a la de la expedición de la póliza pero que se refieren a hechos acaecidos con anterioridad a dicha fecha.

1.7.10.3. Coaseguro y compensación

Toda vez que la póliza expedida por Seguros Mundial, fue expedida en coaseguro, los porcentajes establecidos en la carátula de la póliza deben ser tenidos en cuenta para una eventual afectación, toda vez que no se trata de obligaciones solidarias.

Asimismo, que en el evento en el que se decida imponer cualquier tipo de sanción, el valor de la condena sea compensado con las obligaciones que por cualquier concepto el Concesionario le adeude a TRANSMILENIO S.A.

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

DESCARGOS DE LIBERTY SEGUROS

1.7.11. Finalmente, se le da la palabra al doctor Camilo Hoyos, apoderado de Liberty Seguros, para que presente descargos:

1.7.11.1. Falta de competencia de TRANSMILENIO S.A.

En primer lugar, el Doctor Camilo Hoyos comparte los argumentos expuestos por los demás apoderados y sostiene que no se puede continuar con el procedimiento administrativo mientras exista el Tribunal de Arbitramento en donde se debaten los mismos temas como son la vinculación de flota operativa y de reserva.

1.7.11.2. Inviabilidad de imponer multas o de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria

Para que exista responsabilidad contractual debe probarse, entre otros, la causalidad, cosa que en este procedimiento no se da toda vez que, como alegó el apoderado de TRANZIT S.A.S., existen una serie de incumplimientos imputables a TRANSMILENIO S.A. como lo son la falta de implementación total del Sistema, la falta de implementación de rutas compartidas y demás.

En este sentido, la responsabilidad que se pretende derivar de TRANZIT S.A.S., así como de las aseguradoras no existe toda vez que su nexo de causalidad está roto por el actuar de TRANSMILENIO S.A.

Es decir, lo que aparece es la materialización del artículo 1609 del Código Civil, excepción de contrato no cumplido, puesto que el Contrato de Concesión ha sido sustancialmente incumplido por parte de TRANSMILENIO S.A., lo que genera que se enerve cualquier otro incumplimiento atribuible a su contratista y, por consiguiente, a sus aseguradoras. En consecuencia no es posible imponer las multas ni hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

1.7.11.3. Nulidad absoluta del Contrato de Concesión

Según los términos de la jurisprudencia, el juez del contrato está en la obligación de declarar la nulidad absoluta del contrato si se evidencia durante el proceso que el deber de planeación se omitió en la etapa precontractual.

Según el apoderado, este contrato podría estar viciado de nulidad absoluta y esto podría ser materia de pronunciamiento por parte del Tribunal de Arbitramento, por lo que mal haría la Entidad en continuar con el procedimiento sancionatorio en un contrato posiblemente nulo.

1.7.11.4. Desconocimiento de la buena fe

En concepto del abogado, TRANSMILENIO S.A. está violando el principio de buena fe, en especial la doctrina de los actos propios, toda vez que en situaciones anteriores, la Entidad ha suspendido los procedimientos sancionatorios cuando existe un proceso judicial.

1.7.11.5. Compensación

Si existe algún saldo a favor del Contratista, éste se debe tener a la hora de la condena que se produzca como posible consecuencia del procedimiento sancionatorio, en virtud de la compensación que, en este caso, opera por ministerio de la ley.

1.7.11.6. Solicitud de Pruebas

El apoderado de TRANZIT S.A.S., solicitó que se tuvieran como pruebas los siguientes documentos:

- a) Que se otorgue un término razonable para designar a un ajustar que examine los hechos que dan origen al procedimiento sancionatorio para que Liberty Seguros

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

S.A. pueda definir si existe cobertura de la póliza o no y hacer las pruebas técnicas pertinentes en relación con la situación financiera del Sistema.

- b) Testimonio del Gerente de la Interventoría JAHV McGregor, William Sastoque para que testifique sobre los hechos del Informe de Interventoría en relación con las obligaciones de la flota de reserva.
- c) Testimonio del Gerente de la Interventoría Consorcio J&S, Félix Segura para que testifique sobre los hechos que soportan el Informe de Interventoría en relación con las obligaciones de vinculación de flota y programación.

- 1.7.12. La Subgerente Jurídica de la Entidad toma la palabra y se pronuncia decretando la totalidad de las pruebas documentales solicitadas por el apoderado de TRANZIT S.A.S., advirtiendo que muchas de ellas ya están en el expediente y son de conocimiento del Concesionario.
- 1.7.13. Asimismo, decreta las pruebas testimoniales solicitadas por el apoderado de Liberty Seguros y denegó la prueba del ajustador por falta de pertinencia en el procedimiento administrativo.
- 1.7.14. La Doctora Julia Rey determina que el apoderado de Liberty Seguros queda encargado de la notificación de las personas requeridas.
- 1.7.15. Finalmente, se fija fecha para la reanudación de la audiencia en la que se practicarán los testimonios el 23 de abril de 2018, a las 8 am.

REANUDACIÓN DE LA AUDIENCIA

- 1.8. El 23 de abril de 2018, se reanudó la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en la que se surtieron las siguientes actuaciones:
 - 1.8.1. El apoderado de Liberty Seguros tomó la palabra con el fin de solicitar dos nulidades en el procedimiento administrativo:

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

- a) Consideró el apoderado que TRANSMILENIO S.A. carecía de competencia absolutamente para adelantar procedimientos sancionatorios, toda vez que no es una Entidad sometida al Estatuto General de la Contratación Pública, puesto que, de conformidad con los estatutos de la sociedad, es una sociedad por acciones constituida por entidades públicas del orden distrital bajo la forma de sociedad anónima de carácter comercial con aportes públicos y éstas, según la Ley 489 de 1998, se rigen por las disposiciones establecidas en los actos de creación y las disposiciones del Código de comercio.

Asimismo, alegó que el funcionamiento y, en general, el régimen jurídico de los actos, contratos, servidores y las relaciones con terceros de estas entidades, se sujetan a las disposiciones del derecho privado, en especial, las propias establecidas en el Código de Comercio y la legislación complementaria.

Recordó el tenor del artículo 14 de 1150 de 2007, según el cual las Entidades Públicas están sometidas al Estatuto General de la Contratación Pública, salvo que desarrollen sus actividades en competencia con particulares o que pertenezcan a un mercado regulado, que es el caso de TRANSMILENIO S.A.

- b) Adicionalmente, argumentó que el procedimiento estaba viciado de nulidad por violación al debido proceso por mezclarse cargos que conllevarían a la afectación de la cláusula penal pecuniaria y, a la vez, imposición de multa.

1.8.2. Al respecto, TRANSMILENIO S.A. dio respuesta en audiencia sobre los dos cargos de la siguiente manera:

- a) Frente a la primera solicitud, la Entidad ratificó que el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007 establece que las Empresas Industriales y Comerciales Estado, como es esta Entidad, que tengan una participación de dineros públicos superior al 50%, que es el caso de esta sociedad – que de hecho es 100% pública, se deben someter al Estatuto General de la Contratación Pública, lo que, en línea con el artículo 86 del Estatuto Anticorrupción, se compagina, toda vez que esta norma determina que ese será el procedimiento a seguir para las Entidades que se sometan al Estatuto General de la Contratación.

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

Adicionalmente, el sector transporte no es un mercado regulado porque no cumple con los requisitos de éste. En efecto, no tiene una comisión de regulación, las tarifas que son objeto de los contratos no se encuentran reguladas y, por el contrario, son objeto de pactos contractuales. TRANSMILENIO S.A., en consecuencia, no se encuentra en un mercado regulado.

El transporte público masivo, del que TRANSMILENIO S.A. es el Ente Gestor según el Acuerdo 4 de 1999, es un servicio público esencial y, en ese sentido, TRANSMILENIO S.A. no compite con particulares porque ni siquiera presta el servicio de manera directa, lo hace a través de concesiones para ejecutar el servicio público.

En ese sentido, no se cumple el requisito de que la Empresa tenga menos del 50% de recursos públicos, no se cumple con que sea un mercado regulado y tampoco con que esté en competencia con el sector privado.

Vale la pena, además, señalar que el Laudo Arbitral proferido en el Tribunal Arbitral de SUMA S.A.S. en contra de TRANSMILENIO S.A. determinó que cualquier procedimiento administrativo debía ceñirse a lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

En conclusión, TRANSMILENIO S.A. sí es competente para adelantar los procedimientos sancionatorios de la mencionada norma.

- b) Sobre el segundo cargo, ya hubo un pronunciamiento en este mismo procedimiento en el sentido de que sobre cada presunto incumplimiento se identifica la posible consecuencia, toda vez que es un procedimiento en el que se debaten múltiples posibles incumplimientos.

1.8.3. Subsanado el procedimiento hasta este punto, el doctor Hoyos manifestó que el señor Félix Segura se encontraba presente pero no había sido posible localizar al testigo William Sastoque, por lo que le solicitaba a la Entidad que lo localizara.

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

- 1.8.4. A continuación, se procedió con la práctica de la prueba del testigo Félix Segura, en la que, en primera medida, la Subgerente Jurídica lo requirió a presentar el testimonio bajo la gravedad de juramento, so pena de las sanciones penales a los que haya lugar.
- 1.8.5. En seguida, le solicitaron que, verbalmente, diera sus generalidades de ley.
- 1.8.6. El apoderado de Liberty Seguros inició el interrogatorio al testigo, continuó el apoderado de TRANZIT S.A.S. y finalizó el apoderado de Mundial de Seguros
- 1.8.7. Una vez agotado el testimonio programado, la Subgerente Jurídica suspendió la audiencia y programó la reanudación para el día 2 de mayo a las 9 am para practicar el testimonio del testigo William Sastoque, en caso de lograr su ubicación. En caso contrario, se citó para resolver de fondo el 9 de mayo a las 9 am.
- 1.9. El 4 de mayo de 2018, mediante radicado 2018ER13501, el apoderado de TRANZIT S.A.S. radicó solicitud de suspensión del procedimiento sancionatorio, toda vez que el Tribunal de Arbitramento, mediante Acta No. 23, había decretado la medida cautelar del mencionado procedimiento.
- 1.10. En respuesta, TRANSMILENIO S.A., mediante radicado 2018EE8867 del 4 de mayo de 2018, comunicó a TRANZIT S.A.S. y sus garantes la suspensión de los procedimientos No. 3 de 2018 y No. 15 de 2015.
- 1.11. El 30 de noviembre de 2018, se profirió el laudo dentro del Tribunal de Arbitramento en el que eran partes TRANSMILENIO S.A. y TRANZIT S.A.S., en cuya parte resolutive se lee:
- “Trigésimo tercero.- Disponer que a la ejecutoria del presente laudo se levante la medida cautelar de suspensión de los procedimientos sancionatorios Nos. 15 de 2015 y 3 de 2018.”*
- 1.12. Dada la claridad de la decisión del Tribunal de Arbitramento, la Entidad adelantó los trámites relacionados con la reanudación del procedimiento y, mediante correo electrónico del 11 de diciembre de 2018, solicitó manifestación expresa de los apoderados de Liberty

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

Seguros de su intención de continuar o no con la práctica del testimonio por parte del señor William Sastoque.

1.13. Ese mismo día, el apoderado de Liberty Seguros contestó en los siguientes términos:

“con el fin de darle celeridad a las results del proceso, desistimos de la prueba aludida.”

1.14. El 11 de diciembre de 2018, TRANSMILENIO S.A. envió reanudación del procedimiento sancionatorio No. 3 de 2018, mediante oficio con radicado 2018EE24031, citando al Concesionario y sus garantes a una audiencia con el fin de que presentaran alegatos de conclusión – pese a ser ésta una figura extraña al procedimiento desarrollado –, se pronunciaran sobre las pruebas practicadas y los presuntos incumplimientos debatidos, en aras de las máximas garantías al debido proceso.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.15. El 19 de diciembre de 2018 a las 2:53 pm se reanudó la audiencia a la que asistió la Doctora Olga Lucía Jaramillo en su calidad de Procuradora 6° Delegada para Asuntos Administrativos, según solicitud de TRANZIT S.A.S. En ésta se dieron las siguientes actuaciones:

- 1.15.1. La Doctora Julia Rey le reconoció poder a la apoderada especial de Seguros del Estado y recibió a la Doctora Olga Lucía Jaramillo.
- 1.15.2. Posteriormente, hizo un recuento de todo lo actuado en el procedimiento hasta el momento y expresó que, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde el inicio de la actuación, se abrió el espacio para que los asistentes rindieran alegatos de conclusión.

ALEGATOS DEL CONCESIONARIO

- 1.15.3. A continuación, se le dio la palabra al Doctor Miguel Molano, apoderado de TRANZIT S.A.S. con el fin de que presentara sus alegatos de conclusión que, además, aportó en documento físico en la audiencia. Se resumen a continuación:

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

En primera medida, el apoderado expresó que desde la suspensión del procedimiento se habían generado nuevos documentos y pruebas que debían tenerse en consideración para la decisión. Al respecto, mencionó el laudo proferido por el Tribunal de Arbitramento de TRANZIT S.A.S. contra TRANSMILENIO S.A. y el correspondiente auto de aclaración, complementación y adición.

En línea con lo anterior, mencionó que el laudo, que estaba en firme desde el 11 de diciembre, resolvía los presuntos incumplimientos debatidos en el procedimiento sancionatorio por lo que operaba la figura de la cosa juzgada y que, al ser una decisión proferida por el juez del contrato, era de obligatorio cumplimiento para las partes.

Los cuatro cargos que se endilgaron en el requerimiento fueron abordados, en muchos aspectos, por el Tribunal de Arbitramento. De hecho, TRANSMILENIO S.A. presentó una excepción en el proceso en la que se argumentaba que TRANZIT S.A.S. había asumido para con TRANSMILENIO S.A., en virtud del Contrato de Concesión, obligaciones directamente relacionadas con la implementación, obligaciones que no habían sido debidamente cumplidas, afectando el proceso de implementación del SITP, entre las cuales resalta el apoderado, en virtud de la cláusula 17.1.1 del Contrato la de la prestación del servicio en condiciones de libertad de acceso, calidad, estándares de servicio, permanencia, continuidad y seguridad de los usuarios toda vez que la programación de viajes que no se emprenden, la salida de vehículos que quedan fuera de la operación estando en ruta y la insuficiencia de flota de reserva, son situaciones que a diario se presentan.

En estos términos, argumenta el Doctor Molano, TRANSMILENIO S.A. puso de presente los hechos materia de los presuntos incumplimientos aquí debatidos, ante la decisión del Panel Arbitral quienes, por su parte, resolvieron que la falta de implementación del sistema no era un incumplimiento atribuible a TRANSMILENIO S.A. pero tampoco a TRANZIT S.A.S. El apoderado del Concesionario procedió a leer, entonces, una cita del laudo en la que se destaca que no está demostrado que el Concesionario no haya cumplido con su obligación de prestar el servicio en las condiciones de calidad, estándares de servicio, permanencia, continuidad y seguridad de

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

los usuarios, toda vez que la Entidad no cumplió con la carga de la prueba para respaldar este alegato.

En suma, para el Tribunal de Arbitramento no existe un incumplimiento atribuible de TRANZIT S.A.S por la falta de prestación del servicio y, según éste, el servicio sí fue prestado en las condiciones exigidas por el Contrato.

Según el apoderado del Concesionario, la misma suerte corren los supuestos incumplimientos referidos a la programación, vinculación de flota operativa y vinculación de flota de reserva, toda vez que no tendría sentido que hubiera incumplimientos de estas obligaciones cuando el Tribunal de Arbitramento concluyó que el servicio sí se prestó.

Sin embargo, lo que sí existe según el laudo es el desequilibrio económico del Contrato ocasionado por la terminación de los contratos de COOBUS S.A.S. y EGOBUS S.A.S. y la no finalización de la Fase II en la implementación del Sistema. Asimismo, el laudo también declaró que TRANSMILENIO S.A. era el obligado a reconocer al Concesionario lo correspondiente a los kilómetros en vacío desde el 3 de noviembre de 2015.

Por lo anterior, es un exabrupto – expresa el apoderado – que la Entidad pretenda sancionar al contratista por unos presuntos incumplimientos que, si llegaren a probarse, se deben a las situaciones ajenas que dieron lugar al desequilibrio económico y a las sumas que TRANSMILENIO S.A. debía y no había pagado.

Por último, recalcó el descargo presentado en su momento sobre la impertinencia de la efectividad de la cláusula penal ante incumplimientos parciales transitorios, resaltando el descontento expresado por los garantes y poniendo de presente que se ausentó, por parte de la Interventoría, una evaluación rigurosa de las sanciones a imponer por cada incumplimiento reportado. Más aún, después de la práctica del testimonio del Señor Félix Segura, todos los asistentes advirtieron que la Interventoría no conoce la diferencia entre multa y cláusula penal pecuniaria y los incumplimientos transitorios, totales, parciales o definitivos.

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

Con lo anterior en mente, el apoderado solicitó que se diera por terminado el procedimiento sin consecuencia alguna para el contratista, toda vez que no existen incumplimientos y, de llegar a existir, no son imputables al contratista.

ALEGATOS DE LAS ASEGURADORAS

- 1.15.4. Acto seguido se le dio la palabra al Doctor Camilo Hoyos Hoyos, en representación de Liberty Seguros, quien se limitó a reiterar lo dicho en los descargos presentados en su momento.
- 1.15.5. Por su parte, El Doctor Juan Pablo Araujo coadyuvó los argumentos del Concesionario en el sentido de reafirmar que los supuestos incumplimientos no son imputables a TRANZIT S.A.S. Al respecto, se refirió a las decisiones tomadas por el Tribunal de Arbitramento en el que se definieron temas relevantes como lo son la infraestructura transitoria y los kilómetros en vacío que tuvieron una importante repercusión en la ejecución del contrato.

Por lo demás, expresó el apoderado, que no era necesario que el Tribunal de Arbitramento se refiera expresamente a los incumplimientos o no sobre la flota o la programación. El tema, según él, es más de fondo, toda vez que incide en la situación económica – ajena al Concesionario – que ha afectado la ejecución del contrato. Son situaciones externas a TRANZIT S.A.S. y por lo anterior, TRANSMILENIO S.A. no podría imponer una sanción por éstas.

Recordó la excepción de contrato no cumplido, según la cual – argumentó el garante – TRANSMILENIO S.A. no ha cumplido con sus obligaciones y, por lo tanto, mal haría en exigir el cumplimiento del Concesionario.

En conclusión, las situaciones externas evidentemente afectan la ejecución contractual, afectan el equilibrio económico del contrato y, además, no son imputables al contratista.

En segundo punto, mencionó que la póliza de cumplimiento fue expedida con posterioridad a los incumplimientos y, en cualquier caso, sólo garantiza los

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

incumplimientos imputables al contratista, no siendo éste el caso, razón por la cual no podría afectarse.

Finalmente, solicitó que, en caso de expedirse decisión de imposición de multa o afectación de cláusula penal pecuniaria, se haga uso, en primera medida, de la figura de la compensación sobre los valores que por cualquier concepto TRANSMILENIO S.A. adeude al Concesionario, en específico el monto total de la condena proferida por el Tribunal de Arbitramento.

- 1.15.6. A continuación, la Doctora Aura Carolina Lozano coadyuvó los argumentos del Concesionario, en el sentido que es cierto que el Tribunal de Arbitramento efectivamente determinó que no existían incumplimientos de las obligaciones a cargo de TRANZIT S.A.S. y, además, que los incumplimientos no eran imputables a éste.

Al respecto, mencionó jurisprudencia del Consejo de Estado respecto de la figura de la cosa juzgada, según la cual un asunto que ha sido materia de pronunciamiento, no puede volver a ser ventilada ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En consecuencia, la apoderada solicitó que la Entidad cumpliera con las órdenes impartidas por el Tribunal y re-equilibrara el contrato. En subsidio, si se emite sanción de cualquier tipo, que se haga uso de la figura de la compensación antes de afectar la póliza.

INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

- 1.15.7. La Doctora Olga Lucía Jaramillo, en representación del Ministerio Público, tomó la palabra para hacer dos precisiones:

Determinó que la reanudación del procedimiento sancionatorio que nos ocupa tenía pleno sustento legal, toda vez que el Laudo Arbitral expresamente levantó la medida cautelar de suspensión.

Asimismo, que la entidad endilgó cuatro cargos fundamentales relativos a posibles incumplimientos del Concesionario, sin que sea posible elevar el argumento de que el

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

Tribunal de Arbitramento determinó que no hubiera incumplimientos atribuibles al Concesionario sino que, por el contrario, lo que concluyó fue que no se habían podido probar; dos fenómenos sustancialmente distintos.

- 1.15.8. Después de oír a los asistentes, TRANSMILENIO S.A. decretó que se incorporaría al expediente como pruebas los siguientes documentos:
- a) Laudo Arbitral de TRANZIT S.A.S. contra TRANSMILENIO S.A.
 - b) Solicitud de aclaración, complementación y corrección de TRANZIT S.A.S.
 - c) Solicitud de aclaración, complementación y corrección de TRANSMILENIO S.A.
 - d) Auto que resuelve las solicitudes de aclaración, complementación y corrección del laudo.
- 1.15.9. Asimismo, recibió en audiencia el resumen de los alegatos presentados por el apoderado especial de TRANZIT S.A.S. y procedió a citar a la reanudación de la audiencia el día 25 de enero de 2019 a las 9:00 am, en la que se proferiría la respectiva Resolución.
- 1.15.10. La citación a la reanudación fue notificada en audiencia.

II. ANÁLISIS DE LOS INCUMPLIMIENTOS

Con el fin de determinar si el Concesionario ha incurrido en los incumplimientos aquí endilgados, la Entidad procederá a analizar cada cargo a la vez, relacionando las obligaciones presuntamente incumplidas, los hechos reportados por la Interventoría y la sanción que se propuso aplicar en el requerimiento para después proceder con los descargos que al respecto presentaron el Concesionario y sus garantes, con el fin de determinar si éstos lograron enervar los cargos presentados o si, por el contrario, se demuestran los incumplimientos y se procede a dar aplicación a la sanción planteada.

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

2.1. Afectación en la prestación del servicio a los usuarios

En este primer cargo, la Interventoría puso de presente el presunto incumplimiento de las obligaciones a cargo de TRANZIT S.A.S. relativas a las condiciones y especificaciones en las que el servicio público debe ser prestado, contenidas en las cláusulas a continuación transcritas:

“CLAUSULA 3. PROPÓSITO DEL CONTRATO.

La concesión que por medio del presente Contrato se otorga, está orientada a la satisfacción de los siguientes propósitos:

3.1. Garantizar la prestación del servicio público esencial urbano masivo de pasajeros en condiciones de seguridad, comodidad y accesibilidad, bajos los derechos y principios consagrados en los artículos 24, 209 y 365 de la Constitución Nacional, la Ley 105 de 1993 y la Ley 336 de 1996, o cualquier otra que las modifique o sustituya.”
(Resaltados fuera del texto).

“CLÁUSULA 17. OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO DERIVADAS DE LA CONCESIÓN DE LA OPERACIÓN DEL SITP: (Modificado otrosí 1, 2 y 3).

17.1. Respecto a la prestación del servicio público de transporte urbano de pasajeros:

17.1.1. Prestar el servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros bajo el esquema del Sistema Integrado de Transporte Público - SITP, en condiciones de libertad de acceso, calidad, estándares de servicio, permanencia, continuidad y seguridad de los usuarios, conforme a lo dispuesto en este Contrato y a los Manuales y reglamentos que al efecto determine TRANSMILENIO S.A.” (Resaltados fuera del texto).

“CLÁUSULA 25. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS USUARIOS.

Además de lo previsto en la normatividad legal, los usuarios tienen los siguientes derechos y obligaciones:

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

25.1. Recibir el servicio en condiciones de calidad, eficiencia y seguridad.”
(Resaltados fuera del texto).

“CLÁUSULA 81. TAMAÑO DE LA FLOTA DE OPERACIÓN REGULAR

Será responsabilidad del operador mantener un Tamaño de Flota adecuado a las necesidades de la operación del Sistema, conforme a los servicios que se programen, según las condiciones de tiempo, Frecuencia y lugar de los mismos, que le permita cumplir adecuadamente los Estándares de Operación establecidos en el presente Contrato y en los Manuales y reglamentos.” (Resaltados fuera del texto).

“CLÁUSULA 92. PROGRAMACIÓN DE LA OPERACIÓN DEL SITP

La programación de la Operación Zonal será adelantada por el CONCESIONARIO, directamente y, cuando se trate de Operación Troncal y rutas compartidas, se adelantará en forma conjunta con otros concesionarios, en los términos del proceso licitatorio que dio origen al presente Contrato y en las cláusulas aquí contenidas, teniendo en cuenta la demanda total del Sistema, el nivel de servicio y los parámetros de programación que TRANSMILENIO S.A. determine para el mismo en el Manual de Operación.

En todo caso, el modelo de gestión y programación de la operación del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá -SITP se orientará al uso eficiente de la Flota, a la prestación del servicio público de transporte en condiciones de eficiencia, calidad y seguridad y se desarrollará conforme a lo establecido en el presente Contrato.” (Resaltados fuera del texto).

“CLÁUSULA 102. CONDICIONES DE LA OPERACIÓN

El inicio del recorrido y, en general, toda la operación se efectuará mediante la realización de todas las actividades que derivan en la movilización de los vehículos con el objetivo de cumplir con el Plan de Operación establecido por el CONCESIONARIO, sea en forma individual o conjunta para las rutas compartidas y la Operación Troncal aprobada por TRANSMILENIO S.A., conforme a lo señalado en el Manual de

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

Operación y en el Manual de Niveles de Servicio y se cumpla la finalidad de la prestación del servicio público de transporte en condiciones de seguridad, fiabilidad, calidad y eficiencia.

Es responsabilidad del CONCESIONARIO realizar y garantizar que su personal, llevará a cabo todas las actividades necesarias para que la operación del sistema se cumpla bajo las condiciones de operación previstas.” (Resaltados fuera del texto).

En estos términos, resulta claro que sí existe una voluntad incontestable de las partes, que resulta en la existencia de la obligación en cabeza del Concesionario de prestar el servicio público de transporte en condiciones de seguridad, comodidad, accesibilidad, calidad, permanencia, continuidad, eficiencia y fiabilidad y, además, que éste está obligado a tomar las medidas necesarias encaminadas a garantizar dicha prestación.

Bajo este cargo, la Interventoría – mediante el Informe de Posible Incumplimiento No. 60 de junio de 2017 – le reportó a esta Entidad una serie de hechos que, en su criterio, constituyen incumplimientos de TRANZIT S.A.S. a estas obligaciones contractuales, entre los cuales se puede destacar un elevado número de desvinculaciones de vehículos zonales, la no sustitución de los vehículos que se desvinculan, vehículos que – aunque vinculados – no salen a operar y menor número de vehículos efectivamente vinculados respecto de los programados, entre otros.

Todo lo anterior, conduce a que la prestación del servicio no se preste en las condiciones exigidas contractualmente por lo que ésta se ve afectada negativamente de cara al usuario.

En la medida en que éste se erige como una afectación grave a la prestación del servicio, a tal punto que, como lo presenta la Interventoría, *“su deficiencia se encarrila en un posible incumplimiento de las obligaciones, afectando considerablemente a los usuarios, teniendo en cuenta que no se prestó el servicio en la forma en que estaba programada, bajo las condiciones de eficiencia, vulnerando así los derechos de los usuarios a recibir un servicio óptimo en condiciones de calidad, eficiencia y seguridad”*¹, puede definirse que no se trata de un incumplimiento parcial, sino que al estar afectando a tal punto el servicio, se trataría

¹ Informe de Posible Incumplimiento No. 60 – p. 8

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

de un incumplimiento total. Asimismo, – de probarse – no sería un incumplimiento transitorio, puesto que la afectación del servicio hacia el pasado ya se dio y no habría manera de devolver el tiempo y subsanar dicha situación. Ahora bien, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece que durante el proceso sancionatorio se verifique si efectivamente permanece el incumplimiento, verificación que se hará posteriormente.

Por lo anterior, se decidió que la posible sanción aplicable a este presunto incumplimiento sería la declaratoria de incumplimiento total y la consecuente terminación del Contrato de Concesión 011 de 2010, afectando la totalidad de la cláusula penal pecuniaria.

2.2. Flota de Reserva

El Contrato de Concesión que nos ocupa estipula que el Concesionario está obligado a mantener una flota adicional a su flota operativa para sortear las posibles contingencias que se presenten durante la ejecución de su operación. Esta flota sería la flota de reserva, constituida para garantizar que el servicio se preste en las condiciones exigidas por el negocio jurídico. Las siguientes cláusulas contienen esta obligación:

“CLAUSULA 3. PROPÓSITOS DEL CONTRATO.

La concesión que por medio del presente Contrato se otorga, está orientada a la satisfacción de los siguientes propósitos:

3.1. Garantizar la prestación del servicio público esencial urbano masivo de pasajeros en condiciones de seguridad, comodidad y accesibilidad, bajos los derechos y principios consagrados en los artículos 24, 209 y 365 de la Constitución Nacional, la Ley 105 de 1993 y la Ley 336 de 1996, o cualquier otra que las modifique o sustituya.”

“CLÁUSULA 82. FLOTA DE RESERVA

*El CONCESIONARIO deberá mantener una Flota adicional al tamaño de la Flota de operación, como **reserva técnica**, que le asegure al sistema la **cobertura y disponibilidad permanente de la Flota para la prestación eficiente, oportuna y suficiente del servicio público de transporte y que permita cubrir las contingencias del***

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá- SITP en su operación y las necesidades de mantenimiento de la Flota. El tamaño de la Flota de reserva será determinado autónomamente por el CONCESIONARIO.” (Resaltado fuera del texto).

En este entendido, la Interventoría, mediante el Informe de Posible Incumplimiento No. 26 de enero de 2017, puso en conocimiento del Ente Gestor que los vehículos zonales que deberían hacer parte de la reserva técnica, no salen a suplir los inconvenientes que se presentan dentro de la operación y, adicionalmente, existe una cantidad determinada de vehículos que, estando programados, no salen a operar, lo que permite evidenciar que el Concesionario no cuenta con flota de reserva, toda vez que si tuviera, la enviaría a operar para cumplir con la programación, a falta de la flota operativa.

Asimismo, se pone de presente que – por sendos diálogos que se sostuvieron con el Concesionario – TRANZIT S.A.S. no ha negado que no cuente con la flota de reserva a la que está obligada contractualmente, sino que se ha excusado en la “*problemática general del sistema*” como la causa estructural que lo imposibilita a cumplir con esta obligación o “*asuntos operativos relacionados con la flota de reserva que han impactado negativamente en ésta*”.²

Este posible incumplimiento ha sido objeto de varios pronunciamientos por parte de las Interventorías del Contrato, la última del 5 de marzo de 2018, en la que se concluyó que persiste el incumplimiento de esta obligación.

Toda vez que se trata de un incumplimiento que ha venido dándose y continúa³ y, además, teniendo en cuenta que la intención de la Entidad sería la de conminar al Contratista para que cumpla con la obligación, se propuso como posible sanción la de imponer la multa contractual estipulada en la cláusula 122, correspondiente a 20 Salarios Mínimos Mensuales

² Comunicado de TRANZIT S.A.S. con número de radicado 2017ER8122 del 23 de marzo de 2017.

³ Mediante comunicado con radicado 2018ER6670, la Interventoría presentó Alcance de Informe de Posible Incumplimiento No. J&S-14-18, respecto de la obligación de vinculación de flota de reserva, en el que determina que para el periodo comprendido entre julio y diciembre de 2017, la flota vinculada se ha reducido en 17.5%, de manera que resulta que la flota operativa es constantemente insuficiente para cubrir la flota programada, sin que exista flota de reserva para cubrir estas contingencias. Asimismo, no se tiene noticia de que esta situación haya cesado.

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

Legales Vigentes por cada día de incumplimiento desde que éste se haya evidenciado, hasta que se verifique el cumplimiento.

2.3. Vinculación de flota

En cuanto a la obligación de vinculación de flota, el Contrato deviene claro en que el Concesionario debe mantener una flota regular de un tamaño tal que le permite garantizar adecuadamente la prestación del servicio, en condiciones de normalidad.

Al respecto, las siguientes cláusulas contienen esta obligación:

“CLÁUSULA 17. OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO DERIVADAS DE LA CONCESIÓN DE LA OPERACIÓN DEL SITP:

A través del presente Contrato, y como consecuencia de la Concesión no exclusiva y conjunta con otros concesionarios y de la explotación de la actividad de transporte mediante la operación del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá -SITP, el CONCESIONARIO adquiere las siguientes obligaciones: (...)

17.2. Respecto de la Flota:

17.2.1. Poner a disposición del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá SITP, los vehículos requeridos para la operación de los servicios, así como los que le solicite TRANSMILENIO S.A. por razones del servicio, según las condiciones técnicas, de tipología y de dotación previstas en el presente Contrato y en el Manual de Operación, en las fechas y bajo las condiciones determinadas por TRANSMILENIO S.A.

Las empresas operadoras deberán ser propietarias de la Flota a su cargo o contar con un esquema que garantice el Control Total de la misma.” (Resaltados fuera del texto).

“CLÁUSULA 75. PROVISIÓN DE VEHÍCULOS

Será responsabilidad del CONCESIONARIO, proveer los vehículos que se requieran para la atención de los servicios programados por el Sistema, con las características de dotación y tipología que TRANSMILENIO S.A. establezca, según las condiciones en las

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

que se le haya adjudicado la Licitación Pública No. TMSA-LP-004-2009 de 2009 convocada por TRANSMILENIO S.A. y sus anexos, de acuerdo con las normas legales vigentes y aplicables, el Contrato y el Manual de Operación.

Solo se entenderá cumplida la obligación relacionada con el aporte de vehículos a la operación, cuando los mismos respondan de manera precisa a la tipología establecida para su operación dentro del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá – SITP y TRANSMILENIO S.A. expida el Certificado de Vinculación del equipo a la operación.

Para el aporte de vehículos que hacen parte de la Flota Nueva será necesario acreditar el cumplimiento de la obligación relativa a la adquisición de Flota prevista en el presente Contrato y en el Manual de Operación.

Los vehículos que componen la Flota Usada y nueva del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá - SITP deberán cumplir con las características técnicas de tipología, de diseño, sistemas de emergencia y seguridad, accesibilidad de pasajeros y todas las demás condiciones y características definidas en el Manual de operación.”

“CLÁUSULA 80. VINCULACIÓN DE LA FLOTA DURANTE LA ETAPA DE OPERACIÓN

Durante la etapa de operación EL CONCESIONARIO deberá garantizar la disponibilidad de la Flota requerida para la operación, para lo cual vinculará los vehículos nuevos que se requieran, bien sea por la Reposición de los vehículos que cumplan su vida útil o para atender adecuadamente las necesidades de operación del sistema.

TRANSMILENIO S.A. y el CONCESIONARIO, previo a la solicitud de vinculación de nuevos vehículos, deberán revisar el estado de los proyectos de Tren de Cercanías y Metro y sobre esta base reconsiderar la cantidad de vehículos a vincular a fin de evitar incorporar más de los requeridos para la adecuada prestación del servicio.

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

El cumplimiento de la obligación de Reposición deberá acreditarse al momento de solicitar ante TRANSMILENIO S.A. el Certificado de Vinculación al servicio para cada vehículo. La vida útil de la flota para efectos de reposición se contará a partir de la fecha de matrícula del vehículo.” (Resaltados fuera del texto).

“CLÁUSULA 81. TAMAÑO DE LA FLOTA DE OPERACIÓN REGULAR

Será responsabilidad del operador mantener un Tamaño de Flota adecuado a las necesidades de la operación del Sistema, conforme a los servicios que se programen, según las condiciones de tiempo, Frecuencia y lugar de los mismos, que le permita cumplir adecuadamente los Estándares de Operación establecidos en el presente Contrato y en los Manuales y reglamentos.” (Resaltados fuera del texto).

Al respecto, la Interventoría, mediante Informe de Posible Incumplimiento No. J&S 12 – 2018 de febrero de 2018, reportó que para el segundo semestre de 2017 se obtuvo una muestra cuantiosa de flota con inmovilización prolongada, inoperativa y varada que resulta en la falta de disponibilidad de la flota necesaria para cumplir con la operación. Asimismo, se reportó la desvinculación del 17.5% de vehículos afectos a la prestación del servicio, afectando así la programación del servicio que se vio reducida en la misma proporción que se redujo el número de vehículos vinculados. En suma, la Interventoría sostiene que hacen falta 106 vehículos para que el Concesionario pueda cumplir con lo programado.

En este sentido, sostiene la Interventoría, el Concesionario no está disponiendo de la flota operativa necesaria para la prestación del servicio, incumpliendo así las obligaciones mencionadas en este acápite.

En la medida que, como la falta de vinculación de flota de reserva, se trata de presuntos incumplimientos parciales y transitorios que podrían ser superados si el Concesionario se dispone a complementar la flota necesaria, lo procedente – y así se determinó en el requerimiento – sería la imposición de las multas contractuales estipuladas en la cláusula 124.1 del Contrato, correspondiente a 50 Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes por cada incumplimiento detectado por cada día de incumplimiento demostrado que cesará sólo hasta tanto se satisfaga la obligación.

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

2.4. Programación

Tanto en el Contrato de Concesión 011 de 2010 como en el Manual de Operaciones del Componente Zonal, existen obligaciones a cargo del contratista, encaminadas a que éste – que en el componente zonal es quien propone la programación – cumpla con dicha programación. Las siguientes cláusulas materializan estas obligaciones:

“CLÁUSULA 17. OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO DERIVADAS DE LA CONCESIÓN DE LA OPERACIÓN DEL SITP:

A través del presente Contrato, y como consecuencia de la Concesión no exclusiva y conjunta con otros concesionarios y de la explotación de la actividad de transporte mediante la operación del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá -SITP, el CONCESIONARIO adquiere las siguientes obligaciones: (...)

17.1.1. Prestar el servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros bajo el esquema del Sistema Integrado de Transporte Público - SITP, en condiciones de libertad de acceso, calidad, estándares de servicio, permanencia, continuidad y seguridad de los usuarios, conforme a lo dispuesto en este Contrato y a los Manuales y reglamentos que al efecto determine TRANSMILENIO S.A.

17.1.2. Efectuar la programación y operación en la forma prevista en este Contrato, en el Manual de Operación.” (Resaltado fuera del texto).

“CLÁUSULA 98. PROGRAMACIÓN DE LA OPERACIÓN NO TRONCAL

Los Concesionarios de las rutas No Troncales elaborarán bimestralmente el Programa de Operación No Troncal (PSONT), con base en los estándares establecidos en el Manual de Operación y en el Manual de Niveles de Servicio.

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

Este Programa deberá ser suscrito por el asistente técnico contratado por los CONCESIONARIOS en los términos establecidos en el pliego de condiciones de la licitación TMSA-LP-004-2009 de 2009 y en este Contrato.

La elaboración de la programación debe garantizar la distribución proporcional entre los Concesionarios de la Operación No Troncal en cuanto a Frecuencias y horarios.

En todo caso, EL CONCESIONARIO, en forma conjunta con los demás operadores, será responsable frente a TRANSMILENIO S.A. por la programación de la operación, aun cuando subcontrate esta actividad, en consecuencia, no podrá eximirse de la misma aduciendo fallas o incumplimientos de su subcontratista y/o de su asistente técnico.” (Resaltado fuera del texto).

DEL MANUAL DE OPERACIONES DEL COMPONENTE ZONAL:

“5.4. PROGRAMA DE SERVICIOS DE OPERACIÓN NO TRONCAL (PSONT)

El Programa de Servicios de Operación No Troncal incluye todos aquellos parámetros de operación que el operador debe cumplir para alcanzar el nivel de servicio y estándares de operación del Sistema Integrado de Transporte Público.

En caso de presentarse el incumplimiento de cualquiera de los factores de operación establecidos por el P.S.O.N.T., se procede conforme a la aplicación de las multas o desincentivos del contrato, sin perjuicio de las demás facultades y recursos provistos en el Contrato de Concesión para la prestación del Servicio Público de Transporte Terrestre Masivo Urbano de Pasajeros en el Sistema Integrado de Transporte Público.

En otras palabras, los Concesionarios de Operación del sistema zonal son los obligados a desarrollar el PSONT, en el que deberán incluir la programación de las rutas a operar bimestralmente. Asimismo, son éstos los responsables de la programación de la operación ante TRANSMILENIO S.A. así subcontraten esta actividad y, en cualquier caso, según el Manual de Operaciones, el Concesionario debe cumplir todos los parámetros incluidos en el PSONT elaborado por él mismo.

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

En el caso que nos ocupa, las Interventorías del Contrato – JAVH McGregor S.A.S. y Consorcio J&S – advirtieron al Ente Gestor el posible incumplimiento de estas obligaciones, siendo el último el Informe de Posible Incumplimiento No. J&S 16 – 2018 de marzo de 2018, en donde se pone de presente que existen desviaciones constantes, recurrentes, significativas y cada vez más críticas, en relación con los intervalos programados y los ejecutados, afectando las condiciones de calidad, estándares de servicio, permanencia y continuidad en la prestación del servicio.

La recomendación de la Interventoría fue la de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, de manera proporcional según los incumplimientos parciales que se llegaren a verificar.

2.5. Descargos y conclusiones

2.5.1. Sobre la competencia de TRANSMILENIO S.A. para adelantar el procedimiento administrativo No. 3 de 2018

Bien es sabido que en el momento en el que se presentaron los descargos en el presente procedimiento administrativo, estaba en curso el Tribunal de Arbitramento de TRANZIT S.A.S. contra TRANSMILENIO S.A., razón por la cual los apoderados del Concesionario y de los garantes insistieron en que TRANSMILENIO S.A. no tenía competencia para adelantar este procedimiento administrativo, toda vez que los mismos incumplimientos aquí endilgados eran materia de discusión en el proceso judicial.

En la medida que, como se ha dicho, el mencionado Tribunal de Arbitramento profirió laudo y su correspondiente auto de complementación, aclaración y adición y, por consiguiente, la firmeza del laudo se reputa desde el 11 de diciembre de 2018, los descargos tendientes a desvirtuar la competencia de la Entidad para adelantar procedimientos sancionatorios y expedir el correspondiente acto administrativo, serán desestimados.

Lo anterior, en virtud de dos razones elementales. La primera porque – de llegarse a aceptar esta tesis – según la cual TRANSMILENIO S.A. alguna vez perdió competencia para hacer cumplir las obligaciones de sus contrapartes contractuales por la mera existencia de un

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

proceso judicial, lo cierto es que posterior a la firmeza de la decisión judicial, recuperó dicha competencia.

En segundo lugar y la más evidente, porque la medida cautelar proferida por el Tribunal de Arbitramento, consistente en la suspensión de los procesos No. 15 de 2015 y No. 3 de 2018, fue expresamente levantada en la parte resolutive del mencionado laudo, asunto que mereció pronunciamiento expreso por parte del Ministerio Público, quien determinó que la reanudación del procedimiento tenía pleno sustento legal, de conformidad con lo expuesto.

Dicho lo anterior, queda zanjada la discusión sobre la competencia de TRANSMILENIO S.A. para adelantar y reanudar los procedimientos administrativos en contra de TRANZIT S.A.S. y para expedir el acto administrativo que resuelva lo que en derecho corresponda.

Asimismo, se desestima el descargo presentado por el apoderado de Liberty Seguros, en el sentido de proponer que el Contrato de Concesión 011 de 2010 podría estar viciado de nulidad absoluta por falta de planeación, toda vez que el Tribunal de Arbitramento no declaró esta situación y, actualmente, el negocio jurídico no se encuentra sometido a un proceso judicial que pueda resultar en esta decisión.

2.5.2. Sobre la violación al debido proceso por falta de razonabilidad y proporcionalidad en el ejercicio de una potestad discrecional

El Concesionario alegó en sus descargos que TRANSMILENIO S.A. había vulnerado su derecho al debido proceso, toda vez que había citado a audiencia de descargos tan sólo 7 días hábiles después de enviar un requerimiento que, según el apoderado, constaba de 360 páginas.

Sin embargo, la Entidad contestó en audiencia en su momento – e insiste ahora – que todos los presuntos incumplimientos relacionados en los Informes de Posible Incumplimiento anexados al requerimiento, habían sido enviados con anterioridad por la Interventoría al Concesionario mediante requerimientos de Interventoría y, además, se habían sostenido mesas de trabajo sobre los posibles incumplimientos, de manera que el Concesionario

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

conocía de antemano y con suficiente tiempo los hechos materia de los presuntos incumplimientos, relacionados en el requerimiento⁴.

Por lo anterior, se reitera que el Concesionario realmente no contó con 7 días hábiles para analizar lo relacionado en el requerimiento sino con mucho tiempo más, razón por la cual no hay vulneración al derecho al debido proceso.

No obstante lo anterior, se recuerda que – después de la audiencia en la que los asistentes rindieron los descargos, el procedimiento se suspendió durante más de 7 meses, tiempo del cual dispusieron – razonablemente – el Concesionario y sus garantes para analizar el contenido del requerimiento y sus anexos, aunado al hecho de que en la reanudación del procedimiento, la Entidad le dio la oportunidad al Concesionario y sus garantes de presentar alegatos de conclusión.

En suma, el derecho al debido proceso del Concesionario no fue vulnerado, como tampoco el de sus garantes, quienes, en mérito de lo expuesto, contaron con 7 meses para preparar su defensa técnica y exponerla en la presentación de alegatos de conclusión.

⁴ Los hechos relacionados en los Informes de Posible Incumplimiento, fueron presentados por la Interventoría al Concesionario en las siguientes fechas:

- a) Informe de Posible Incumplimiento No. 26 de JAHV McGregor S.A.S.: Oficio JAHV – CONS – 149 – 2016 del 14 de junio de 2016
- b) Informe de Posible Incumplimiento No. J&S-12-18: radicados de TRANSMILENIO S.A. No. 2017ER20664 del 28 de julio de 2017, 2017ER3102 del 25 de agosto de 2017, 2017ER24972 del 13 de septiembre de 2017, 2017ER30901 del 3 de noviembre de 2017, 2018ER2462 del 29 de enero de 2018, 2018ER2769 del 31 de enero de 2018 y 2018ER2771 del 31 de enero de 2018 y 2018ER3874 del 9 de febrero de 2018. Mesas de trabajo adelantadas desde agosto de 2017 hasta enero de 2018.
- c) Informe de Posible Incumplimiento No. J&S-16-18: radicados de TRANSMILENIO S.A. No. 2017ER24287 del 5 de septiembre de 2017, 2017ER24455 del 5 de septiembre de 2017, 2017ER27325 del 26 de septiembre de 2017, 2017ER28754 del 9 de octubre de 2018, 2017ER30923 del 30 de octubre de 2017, 2017ER33963 del 4 de diciembre de 2017, 2018ER261 del 4 de enero de 2018, 2018ER353 del 3 de enero de 2018, 2018ER601 del 5 de enero de 2018, 2018ER302 del 5 de enero de 2018, 2018ER594 del 5 de enero de 2018, 2018ER1621 del 19 de enero de 2018, 2018ER1917 del 19 de enero de 2018, 2018ER2346 del 23 de enero de 2018 y 2018ER3117 del 31 de enero de 2018. Mesas de trabajo adelantadas desde agosto de 2017 hasta enero de 2018.

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

2.5.3. Sobre la cosa juzgada

En la presentación de los alegatos de conclusión, el apoderado del Concesionario sostuvo la tesis según la cual las partes contractuales habían – voluntariamente – sometido a la decisión del Panel Arbitral los presuntos incumplimientos aquí debatidos, provocando así un pronunciamiento expreso sobre éstos. Siendo así, las partes contractuales estaban obligadas a acatar lo allí decidido, sin que le fuera posible a la Entidad Estatal declarar el incumplimiento del Concesionario unilateralmente.

Por su parte, la apoderada de Seguros del Estado coadyuvó este argumento, sosteniendo que, según el Consejo de Estado, un asunto que ha sido materia de pronunciamiento, no puede volver a ser ventilado ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Ahora bien, el artículo 303 del Código General del Proceso preceptúa:

“La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes. (...)”.

Al respecto, la jurisprudencia ha definido reiteradamente sobre esta figura que:

“Que el elemento formal de la cosa juzgada tiene que ver con la imposibilidad de que el juez pueda volver a pronunciarse dentro del mismo proceso sobre un asunto que se decidió en una providencia ejecutoriada o, que otro juez, en un proceso diferente resuelva sobre una materia debatida con identidad de pretensiones y fundamentos jurídicos”⁵

Es decir, la institución de la cosa juzgada lo que persigue es que un asunto que ha sido **previamente decidido** por un juez, no pueda ser nuevamente materia de decisión.

⁵Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia de 26 de febrero de 2015. C.P. Susana Buitrago Valencia. Rad. 17001-23-33-000-2014-00219-01

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

En el caso que nos ocupa, resulta palmario que el Tribunal de Arbitramento de TRANZIT S.A.S. contra TRANSMILENIO S.A. no resolvió ni se pronunció expresamente sobre los presuntos incumplimientos aquí debatidos, como se pasará a revisar:

“El Tribunal, al resolver la pretensión vigésima primera, decidió que la falta de implementación de la Fase II del SITP no es un incumplimiento contractual de TRANSMILENIO. Esta falta de implementación de la Fase II del sistema tampoco es atribuible a la conducta de TRANZIT, pues la permanencia del Transporte Público Colectivo, y su transformación posterior en el denominado SITP Provisional provienen de actuaciones de la Secretaría de Movilidad Distrital y del propio TRANSMILENIO, sin que pueda afirmarse que sobre dichas actuaciones tiene injerencia TRANZIT. (...)”

A juicio del Tribunal, la no implementación del sistema no corresponde a un incumplimiento de TRANZIT, como alega la Parte Convocada. (...).”⁶

Mediante la lectura de lo anterior, el apoderado pretendía demostrar que el laudo había declarado que no existían incumplimientos de parte de TRANZIT S.A.S

Sin embargo, lo que se concluye de una lectura completa de la decisión, es que el Tribunal de Arbitramento declaró, en este punto, que la implementación del SITP correspondía a las dos partes contractuales y que respecto de esta obligación no había habido incumplimiento de ninguna de ellas.

Por otra parte, el Tribunal determinó lo siguiente:

*“Por otra parte, este Tribunal **no encuentra debidamente sustentada la afirmación de la Convocada, consistente en señalar que el concesionario no prestó el servicio en condiciones de calidad, permanencia y continuidad. Teniendo en cuenta que la Parte Convocada afirma dicho incumplimiento, le correspondía a ella aportar al proceso los debidos elementos probatorios que sustenten la afirmación.**”⁷* (Resaltado fuera del texto).

⁶ Laudo Arbitral – Tribunal de Arbitramento de TRANZIT S.A.S contra TRANSMILENIO S.A. p. 243.

⁷ Laudo Arbitral – Tribunal de Arbitramento de TRANZIT S.A.S contra TRANSMILENIO S.A. p. 246.

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

Lo que se evidencia del aparte transcrito es que el Tribunal concluyó de cara al cobro retroactivo del Factor de Calidad que TRANSMILENIO S.A. había fallado en el intento de probar la afirmación según la cual el Concesionario no prestó el servicio en las condiciones exigidas por el Contrato. Es decir, el Tribunal reprocha un déficit probatorio por parte de la Entidad que le **impide pronunciarse** sobre la retroactividad del cobro del factor de calidad, lo cual no se compagina con aspecto alguno del proceso sancionatorio en curso.

En este orden de ideas y en la medida de que el Tribunal de Arbitramento **no se pronunció sobre este asunto** – habida cuenta de la ausencia de pruebas –, es decir, que **huelga un pronunciamiento judicial anterior**, se llega a la evidente conclusión que **no opera para este caso el fenómeno de cosa juzgada**.

Como consecuencia, no existe cosa juzgada – como lo alegaron los apoderados del Concesionario y de Seguros del Estado – frente al presunto incumplimiento consistente en que TRANZIT S.A.S. no ha prestado el servicio en condiciones de calidad, permanencia y continuidad.

Lo único que, de conformidad con los alegatos del apoderado, fue materia de juzgamiento por parte del Tribunal de Arbitramento y, en ese sentido, sí constituye cosa juzgada, es el que la no implementación de la Fase II del SITP no es atribuible a un incumplimiento de TRANSMILENIO S.A. ni TRANZIT S.A.S.

De conformidad con lo anterior, este presunto incumplimiento – el de la prestación del servicio en las condiciones exigidas contractualmente – sigue siendo materia de debate y TRANSMILENIO S.A. cuenta con plenas facultades para probarlo en desarrollo del procedimiento sancionatorio adelantado bajo el amparo del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, como bien lo expresó la Procuradora 6° Delegada para Asuntos Administrativos.

Adicionalmente, el apoderado del Concesionario alegó que si ya se había definido que no existía incumplimiento por la prestación del servicio en las condiciones exigidas contractualmente, se debía entender que tampoco había incumplimientos por vinculación de flota operativa, de reserva o programación, toda vez que esto conllevaría a que la prestación del servicio se hubiera visto afectada, cosa que no fue declarada por el laudo arbitral.

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

Sin embargo y en línea con la argumentación expuesta hasta ahora, al no haber cosa juzgada frente al presunto incumplimiento en la prestación del servicio, tampoco la hay respecto de los otros tres presuntos incumplimientos mencionados, razón por la cual frente a ellos también se reputa la capacidad de TRANSMILENIO S.A. para adelantar el procedimiento administrativo que nos ocupa.

Sin embargo, lo que sí se concluye en el laudo se expresa con claridad en el auto de aclaraciones, adiciones y correcciones, así:

“El apoderado de la parte convocada expresa en esta solicitud que, “es importante se aclare y complemente por el Tribunal si el concesionario incumplió sus obligaciones relacionadas con el suministro de la flota en el marco del contrato No. 011 de 2010, en consideración a que se tiene por probada la “excepción de contrato no cumplido” encaminada a desvirtuar las pretensiones derivadas de la mora del eventual incumplimiento de las obligaciones del excepcionante, sin que se haya dicho nada al respecto, siendo evidente que el concesionario demandante igualmente incumplió con sus obligaciones de vinculación de flota”-

En este punto, el Tribunal se remite a las consideraciones expuestas en las páginas 503 a 505 del laudo, que fundamentan la prosperidad de la pretensión No. 21 de la demanda de reconvención, las cuales son concordantes con las consideraciones expuestas en la página 520 del laudo, en la que se declara probada la excepción de contrato no cumplido.”⁸

Finalmente, la Entidad encuentra que merece pronunciamiento expreso el que el procedimiento administrativo adelantado no es, ni hace parte de un proceso de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, como lo alegó la apoderada de Seguros del Estado.

⁸ Auto de aclaraciones, adiciones y correcciones. P. 15.

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

2.5.4. Sobre la inimputabilidad de los incumplimientos de TRANZIT S.A.S.

Después de un análisis integral de los descargos y alegatos de conclusión presentados por el Concesionario y sus garantes, la Entidad evidenció que existen una serie de argumentos – expuestos bajo diferentes títulos – que tienden a exponer que si se llegaran a probar incumplimientos, éstos no son imputables a TRANZIT S.A.S., motivo por el cual no podría deprecarse, como consecuencia, la afectación de la cláusula penal pecuniaria ni la imposición de multas.

Así, recordemos que, en sus descargos, el apoderado del Concesionario mencionó que para TRANZIT S.A.S. ha sido imposible atender totalmente las obligaciones contractuales por las graves fallas de las que adolece el Sistema, imputables a TRANSMILENIO S.A., argumento que fue coadyuvado en dicha oportunidad por el apoderado de Liberty Seguros quien insistió en que lo que se presentaba era la materialización de la excepción de contrato no cumplido, toda vez que, si el contrato había sido sustancialmente incumplido por TRANSMILENIO S.A., no podía reclamarse el incumplimiento de su contraparte contractual.

Este mismo argumento fue reiterado por la apoderada de Seguros del Estado, quien determinó que la póliza expedida, solamente podría afectarse si se probaba que los incumplimientos eran imputables al contratista, cosa que – para el momento – no era claro, puesto que estaba en discusión en un proceso judicial.

Posteriormente, en sede de alegatos de conclusión, el Concesionario alegó que el Tribunal de Arbitramento había declarado el desequilibrio económico del Contrato, por lo que los presuntos incumplimientos alegados se debían, en cualquier caso, a estas situaciones ajenas e imputables a TRANZIT S.A.S.

En esta oportunidad, el apoderado de Seguros Mundial coadyuvó este argumento sosteniendo que la situación económica del Sistema, ajena al Concesionario, había afectado la ejecución contractual, por lo que la Entidad no podía imponer sanción alguna; asimismo, recordó la excepción de contrato no cumplido, según la cual si TRANSMILENIO S.A. no ha cumplido con sus obligaciones, no podía exigir el cumplimiento de su Concesionario.

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

Para resolver las inquietudes planteadas, la Entidad se refiere a lo expuesto en el laudo, primeramente, respecto de la excepción de contrato no cumplido:

“A este respecto, TRANSMILENIO ha manifestado que:

“El Concesionario contrajo con TRANSMILENIO la obligación, en cuanto a poner a disposición del SITP los vehículos requeridos para la operación de los servicios, en las fechas y bajo las condiciones determinadas por TRANSMILENIO, lo cual efectivamente no ocurrió (...).”

“No puede el concesionario elevar reclamaciones relacionadas con las supuestas implicaciones de una no implementación del Sistema, en relación con lo cual y por razón de su incumplimiento, el avance en la implementación se ha visto afectado. No es admisible que el concesionario eleve reclamaciones de riesgos que él mismo asumió, y en los que, además, ha sido actor relevante en la concreción del aludido riesgo (...).”

A este respecto encuentra el Tribunal que se trata de la formulación de la “excepción de contrato no cumplido” encaminada a enervar las pretensiones derivadas de la mora del eventual incumplimiento de las obligaciones del excepcionante cuando el demandante igualmente ha incumplido.

En este caso, la excepción se tiene por probada, según ha quedado analizado al decidir la pretensión que en el mismo sentido se ha formulado en la demanda de reconvención, pretensión que prosperó.”⁹

De lo anterior, se desprende que, en el proceso judicial, TRANZIT S.A.S. pretendió que se le reconocieran las implicaciones derivadas de la no implementación del Sistema, frente a lo que TRANSMILENIO S.A. propuso la excepción de contrato no cumplido, alegando que la no implementación del Sistema se había dado, en parte, por la no vinculación de flota operativa por el Concesionario. Por su parte, el Tribunal de Arbitramento tuvo por probada esta excepción que, se insiste, fue **propuesta por TRANSMILENIO S.A.**

⁹ Laudo Arbitral – Tribunal de Arbitramento de TRANZIT S.A.S contra TRANSMILENIO S.A. p. 520

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

En este sentido, el Tribunal no endilgó – ni en este aparte ni en ningún otro del laudo – incumplimiento alguno a TRANSMILENIO S.A. y, por el contrario, la excepción de contrato no cumplido se declaró en favor de la Entidad.

Por lo expuesto hasta ahora, se desestiman todos los argumentos conducentes a repudiar la imputabilidad de los incumplimientos de TRANZIT S.A.S. por la excepción de contrato no cumplido, toda vez que – se reitera – no existen incumplimientos atribuibles a TRANSMILENIO S.A. en la ejecución contractual.

Ahora bien, en cuanto a la declaratoria del laudo sobre el desequilibrio económico del contrato, debemos recordar la naturaleza de esta figura, prevista – de manera general – en el artículo 868 del Código de Comercio:

“Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.”

En estos términos, es claro que el desequilibrio económico del contrato es una figura cuya existencia puede predicarse cuando circunstancias sobrevinientes **agravan el cumplimiento de la obligación debida**, mas no lo imposibilitan, como lo ha reconocido la jurisprudencia administrativa:

“El incumplimiento determinado por la fuerza mayor debe distinguirse de la situación que se presenta en aplicación de la teoría de la imprevisión, puesto que la fuerza mayor exime de responsabilidad al contratista incumplido, en tanto que en aplicación de la teoría de la imprevisión el contratista cumple el contrato con dificultades, a cambio de lo cual tiene derecho al restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, alterada en razón del hecho imprevisible.”

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

En presencia de la teoría de la imprevisión, la prestación contractual se cumple en condiciones gravosas para el contratista y ello determina su derecho a que se restablezca la ecuación financiera del contrato.”¹⁰

Es decir, la teoría de la imprevisión como causante del desequilibrio económico de los contratos no exonera al contratista en el cumplimiento de sus obligaciones.

En el caso que nos ocupa, se reitera que el Tribunal de Arbitramento concluyó que la terminación de los contratos de COOBUS S.A.S. y EGOBUS S.A.S. fue un hecho imprevisible que afectó el equilibrio económico del contrato.¹¹

Se reitera en este punto – como lo señaló el Tribunal de Arbitramento mediante el Auto de Aclaración, Adición y Corrección – que en sede judicial se concluyó que la situación de COOBUS S.A.S. y EGOBUS S.A.S., lejos de tratarse de un incumplimiento atribuible a TRANSMILENIO S.A., era la consumación del desequilibrio económico del contrato:

“A pesar de ello, el Tribunal considera que el razonamiento contenido en las páginas 218 a 228 del laudo es suficientemente claro en el sentido de señalar que el reconocimiento del rompimiento del equilibrio económico del contrato por el cese total de operaciones de EGOBUS y COOBUS y la liquidación de sus respectivos contratos de concesión no se fundamenta en incumplimiento alguno por parte de Transmilenio, sino en la ocurrencia de un evento extraordinario, un riesgo no previsto en la matriz de riesgos del contrato, como es, precisamente, el cese total de la operación de dos concesionarios del SITP (...)”¹²

Según lo anterior, al tratarse de la consumación de un desequilibrio económico contractual y no de un incumplimiento por parte de la Entidad concedente, el contratista no se exonera del cumplimiento de sus obligaciones, ni tampoco le es posible alegar esta situación para justificar sus no cumplimientos.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 10 de noviembre de 2005. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp: 14392.

¹¹ Laudo Arbitral – Tribunal de Arbitramento de TRANZIT S.A.S contra TRANSMILENIO S.A. p. 226.

¹² Auto No. 54 – Auto de aclaraciones, adiciones y correcciones –Tribunal de Arbitramento de TRANZIT S.A.S contra TRANSMILENIO S.A. p. 10.

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

En conclusión, no se tendrán en cuenta para la desestructuración de los cargos endilgados, los argumentos expuestos por los apoderados del Concesionario y sus garantes, tendientes a desvirtuar la imputabilidad de los hechos que constituyen los presuntos incumplimientos en virtud del desequilibrio económico del contrato.

Por otra parte, debe también resaltarse que el Tribunal de Arbitramento declaró próspera la pretensión vigésima séptima propuesta por TRANZIT S.A.S., que establecía lo siguiente:

“Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. está obligada a soportar las consecuencias económicas que genera para TRANZIT S.A.S., la no entrega de los patios o terminales zonales a partir de la finalización de la Etapa de Transición contractualmente prevista, es decir, desde el 3° de noviembre de 2015, hasta que se verifique la entrega de los terminales definitivos, o durante el periodo que establezca el Tribunal.”

Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal de Arbitramento declaró probada la pretensión consecuencial, que en seguida se lee:

“Centésimo tercero. Que como consecuencia de la pretensión Vigésimo séptima, se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a TRANZIT S.A.S. la suma que actualmente asciende a CUATRO MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS DIEZ MIL OCHOCIENTOS UN PESOS M/CTE (\$4.348.210.801), por concepto de arriendo, inversiones en patios o terminales zonales transitorios y kilómetros en vacío, causados entre el 3 de noviembre de 2015 y el 30 de junio de 2017, por la no entrega oportuna de los patios o terminales zonales, o en la oportunidad y condiciones que se encuentren probadas.”

En este sentido, resulta palmario que el Tribunal de Arbitramento no declaró un incumplimiento atribuible a TRANSMILENIO S.A.; por el contrario, **declaró la existencia de la obligación** y, como consecuencia, condenó a pagarla retroactivamente.

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

Lo anterior implica que antes del laudo no había certeza sobre la existencia de la obligación a cargo de TRANSMILENIO S.A., lo que significa que dicha obligación no era exigible. En consecuencia, si dicha obligación no era exigible, palmario resulta que no se puede deprecar un incumplimiento por parte de la Entidad.

Según lo expuesto, no podría – en este punto – alegarse la excepción de contrato no cumplido pues – se reitera – no existen incumplimientos atribuibles a TRANSMILENIO S.A.

Tampoco podría el Concesionario alegar que la falta de pago de este hecho sobreviniente generó el desequilibrio económico del contrato que le imposibilitó el cumplimiento de sus obligaciones contractuales por los argumentos ya suficientemente expuestos y, además, porque el Tribunal de Arbitramento no se pronunció sobre el desequilibrio en este punto.¹³

En conclusión, la Entidad no evidencia que exista una verdadera causa que logre romper el nexo de causalidad expuesto en el requerimiento, toda vez que quedó demostrado que:

1. No existen incumplimientos atribuibles a TRANSMILENIO S.A., razón por la cual, no procede la excepción de contrato no cumplido.
2. La ruptura del equilibrio económico no es óbice para el no cumplimiento de obligaciones a cargo del contratista.

Por lo anterior, estos argumentos no logran enervar los cargos endilgados en el procedimiento administrativo.

2.5.5. Sobre la cláusula penal pecuniaria y la multa

Generó preocupación por parte del Concesionario y sus garantes el que el requerimiento contemplara, a la vez, la efectividad de la cláusula penal pecuniaria y la imposición de las multas.

¹³ Laudo Arbitral – Tribunal de Arbitramento de TRANZIT S.A.S contra TRANSMILENIO S.A. p. 197.

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

Al respecto, la Entidad expresó múltiples veces en audiencia – y resalta nuevamente – que no existe debate ni divergencia sobre las diferentes situaciones fácticas que pueden resultar en la efectividad de la cláusula penal pecuniaria, por un lado y, por el otro, la imposición de las multas contractuales. Al respecto, la jurisprudencia ha sostenido:

“La multa contractual tiene como función primordial compeler al deudor a la satisfacción de la prestación parcialmente incumplida, es decir, tiene una finalidad eminentemente conminatoria, a diferencia de la cláusula penal, medida coercitiva mediante la cual lo que se busca no sólo es precaver sino también sancionar el incumplimiento total o parcial de las obligaciones a cargo del contratista”¹⁴

Sin embargo, como en múltiples veces se expresó en audiencia, las consecuencias – que por supuesto son excluyentes entre sí – estaban previstas, cada una, para cada incumplimiento endilgado.

Como se expuso en acápites anteriores, para la afectación en la prestación del servicio y el incumplimiento en la programación, el requerimiento planteó la afectación a la cláusula penal pecuniaria, puesto que no habría manera que el Concesionario cumpliera con estas obligaciones hacia el pasado.

Por el contrario, la no vinculación de flota operativa y de reserva son incumplimientos transitorios que podrían ser superados por el Concesionario, por lo que para estos presuntos incumplimientos, se presentó la imposición de multas.

Los apoderados, entonces, alegaron que los presuntos incumplimientos consistentes en la afectación a la prestación del servicio y programación eran verdaderamente incumplimientos parciales y transitorios, razón por la cual, la efectividad de la cláusula penal pecuniaria, era improcedente.

En respuesta a lo anterior, la Entidad se permite hacer varias precisiones. En primer lugar, resulta importante señalar que la jurisprudencia ha sido enfática en la facultad que tienen

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 10 de septiembre del 2014. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. (28875).

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

las Entidades sometidas al Estatuto General de Contratación Pública para declarar el incumplimiento del contrato durante la ejecución contractual:

“queda claro que en vigencia de todos los estatutos contractuales, incluidas las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, la potestad sancionatoria para cobrar la cláusula penal se puede ejercer durante el plazo del contrato e incluso con posterioridad a su vencimiento.”¹⁵

Asimismo, en virtud del principio de proporcionalidad en las actuaciones administrativas, las entidades también pueden declarar el incumplimiento parcial del contrato, tasando la cláusula penal pecuniaria de manera proporcional al incumplimiento demostrado.¹⁶

En el caso que nos ocupa, respecto del presunto incumplimiento frente a la programación, se planteó un incumplimiento parcial, en la medida que el Concesionario no está incumpliendo con la totalidad (100%) de la programación, pero sí en un porcentaje correspondiente al 86%¹⁷.

No obstante, esta parcialidad no debe ser confundida con la transitoriedad, toda vez que los viajes programados y no realizados, no pueden ser subsanados por el Concesionario con más viajes en el futuro. En otras palabras, cada viaje programado y no realizado es un incumplimiento, que aunque parcial, es definitivo, motivo por el cual se descarta la eventual procedencia de imposición de multa.

Por otro lado, respecto del presunto incumplimiento en la prestación al servicio público en las condiciones exigidas contractualmente, el requerimiento sí planteó la declaratoria de incumplimiento total, con la respectiva afectación total a la cláusula penal pecuniaria.

Lo anterior, toda vez que – en línea con lo hasta ahora expuesto – lo que se le imputa al Concesionario es que, en un periodo de tiempo determinado y pasado, no prestó el servicio

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 24 de octubre de 2013. C.P. Enrique Gil Botero. Rad. 24697.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008, C.P. Enrique Gil Botero. Rad. 17009.

¹⁷ Informe de Posible Incumplimiento No. J&S-16-18. P. 17.

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

en las condiciones exigidas, afectando en un periodo de tiempo la prestación del servicio objeto del contrato. No podría el Concesionario devolver el tiempo y cumplir con estas obligaciones en este periodo, razón por la cual la multa no podría ser impuesta en este procedimiento.

Por las razones señaladas, la Entidad considera que cada sanción propuesta para cada uno de los incumplimientos endilgados es la correcta, por lo que el argumento según el cual la Interventoría no conocía la diferencia entre multa y cláusula penal pecuniaria e incumplimientos transitorios, totales, parciales o definitivos, no encuentra asidero.

El apoderado del Concesionario cuestionó el conocimiento del Gerente de la Interventoría Consorcio J&S – Félix Segura –, toda vez que en el testimonio rendido, éste se abstuvo de contestar las preguntas referentes a las mencionadas diferencias jurídicas, expresando que eran respuestas del resorte exclusivo del área legal de la empresa de la cual, evidentemente, él no era parte. En sede de alegatos de conclusión, el apoderado del Concesionario resaltó este desconocimiento para acusar a la Interventoría Consorcio J&S de desconocimiento sustancial de las figuras jurídicas.

Al respecto, la Entidad se permite esclarecer que el Doctor Segura, en su calidad de Gerente de la Interventoría, no está obligado a conocer términos y elementos jurídicos como lo son la diferencia entre la multa y la cláusula penal pecuniaria o los diferentes tipos de incumplimiento; los obligados a manejar dichos términos son los abogados pertenecientes al área legal de la Interventoría quienes, de hecho, son quienes efectúan los Informes de Posible Incumplimiento.

Hasta este punto, la Entidad ha expuesto las razones por las cuales sí procede hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria en los incumplimientos relacionados como definitivos (afectación a la prestación del servicio y programación) y, además, desestimó los argumentos mediante los cuales se pretendió desacreditar el criterio de la Interventoría. En conclusión, no proceden los descargos aquí estudiados.

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

2.5.6. Sobre la falta de apoyo por parte de TRANSMILENIO S.A. a las propuestas estructurales de TRANZIT S.A.S.

Durante la presentación de los descargos, el apoderado del Concesionario mencionó que, en varias ocasiones, TRANZIT S.A.S. había intentado proponerle al Ente Gestor modificaciones estructurales que mejoraran la situación del Sistema mediante la suscripción de otrosíes y que, de haber sido aprobadas por TRANSMILENIO S.A., los incumplimientos no se estarían presentando.

TRANSMILENIO S.A. no entiende qué elemento de la responsabilidad contractual pretende desvirtuar el apoderado del Concesionario mediante este descargo.

En primer lugar, en virtud del principio *pacta sunt servanda*, las partes se obligan a cumplir con lo pactado en el negocio jurídico en los precisos términos en los que fue celebrado. Si, durante la ejecución del contrato, las partes, en ejercicio de su libre voluntad, deciden suscribir un acuerdo modificatorio, quedarán vinculadas por estos nuevos términos contractuales.

Sin embargo, lo que de ninguna manera encuentra soporte en nuestro ordenamiento jurídico, es que se pretenda justificar un incumplimiento en el hecho de que la contraparte contractual no quiso suscribir un otrosí que modificara las obligaciones inicialmente concebidas.

En conclusión, se desestima este descargo.

Por lo demás, no sobra resaltar que TRANSMILENIO S.A. sí dio respuesta al proyecto de Otrosí mediante oficio con radicado 2017EE11254 y, asimismo, ha venido adelantando mesas de trabajo con el Concesionario con el fin de verificar las condiciones que permitan garantizar la continuidad en la prestación del servicio, lo cual no obstante, de ninguna manera exonera el cumplimiento del contrato por parte del concesionario.

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

2.6. Decisión sobre incumplimientos

Habiendo analizado la totalidad de los descargos y alegatos propuestos por el Concesionario y sus garantes respecto de los incumplimientos de TRANZIT S.A.S. debatidos en el presente procedimiento administrativo – y haciendo la salvedad que los descargos propuestos por los garantes respecto de los contratos de seguro serán analizados posteriormente –, se continuará con el análisis sobre si los argumentos presentados lograron enervar los cargos endilgados.

Al respecto, la Entidad encuentra que la totalidad de los descargos propuestos por el Concesionario y sus garantes fueron desestimados y, por el contrario, ninguno si quiera pretendió demostrar el efectivo cumplimiento de las obligaciones presuntamente incumplidas.

En efecto, para el caso del presunto incumplimiento sobre la no vinculación de flota de reserva, la Interventoría presentó unas gráficas que le permiten arribar a la siguiente conclusión:

“cada uno de los parámetros expuestos evidenciará la inexistencia de una flota de reserva que cubra las contingencias de la operación y las necesidades de mantenimiento (...).

Uno de los factores claves en el desarrollo de este análisis es la cantidad elevada que presenta mensualmente esta empresa operadora de los zonales que no salen a operar, esta cantidad de buses, sumada a los vehículos que hacen falta para cumplir la programación, evidencian que no se tiene flota de reserva operativa para cubrir con las contingencias durante la operación y, además, confirma que no se está asegurando la cobertura y disponibilidad permanente de la flota para la prestación eficiente, oportuna y suficiente del servicio”¹⁸

En consecuencia, la Entidad entiende que la Interventoría relacionó la información recopilada y analizada que le permitió concluir que existía un déficit en la vinculación de

¹⁸ Informe de Posible Incumplimiento No. 26 – JAHV McGregor S.A.S. – P. 4

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

flota de reserva por parte de TRANZIT S.A.S. En cambio, el Concesionario no logró demostrar, ni aportó pruebas tendientes a ello, que sí estaban cumpliendo con esta obligación.

Lo mismo ocurrió con la obligación presuntamente incumplida sobre la no vinculación de flota operativa, punto en el cual se determinó que:

“la flota vinculada se ha reducido en un 17.5% durante el periodo [1 de julio a 31 de diciembre de 2017], debido a la desvinculación de la flota (en promedio 16 vehículos mensualmente, 105 vehículos desvinculados en total para el periodo) afectando la programación de la flota, que ha venido ajustándose en la misma proporción en que ha sido disminuida por desvinculación de la misma.”¹⁹

“Finalmente, conforme se ilustra en la gráfica No. 3, durante el periodo comprendido entre el 1 de julio y el 31 de diciembre de 2017, del total mensual de la flota desvinculada (92 vehículos), no se llevó a cabo sustitución o vinculación de flota alguna en su reemplazo.”²⁰

Se evidencia en este punto que la Interventoría presentó los hechos materia de incumplimiento, soportado en un análisis de información suficiente que le permite a TRANSMILENIO S.A. concluir que TRANZIT S.A.S. efectivamente está incumpliendo con su obligación de mantener vinculada la flota necesaria para su operación regular. Asimismo, se pone de presente que tampoco se hizo un esfuerzo probatorio por parte del Concesionario o sus garantes en el sentido de demostrar el cumplimiento.

Más aún y teniendo en cuenta que el procedimiento administrativo debe darse por terminado cuando, por cualquier medio, la Entidad tenga noticia de la cesación del incumplimiento, TRANSMILENIO S.A. refuerza esta decisión con apoyo en el alcance al Informe de Presunto Incumplimiento radicado por la Interventoría, en el que se da cuenta de que los hechos relacionados con la no vinculación de flota operativa continuaban presentándose hasta el 30 de junio de 2018.

¹⁹ Informe de Posible Incumplimiento No. J&S-12-18 – Consorcio J&S – P. 8

²⁰ Informe de Posible Incumplimiento No. J&S-12-18 – Consorcio J&S – P. 10

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

En cuanto al presunto incumplimiento en la programación, la Interventoría estableció que: *“para el periodo objeto de estudio, se ejecutaron en total 27.535 viajes mayores a 00:20:00 minutos, con una diferencia respecto de lo programado de 24.700 intervalos más, generando un 86% de desviación en promedio para el periodo (...)”*²¹

Las pruebas aportadas en este caso – y el análisis efectuado por la Interventoría – resultan en el convencimiento del Ente Gestor sobre el incumplimiento del Concesionario de la obligación de cumplir con la programación por él propuesta en el PSONT. Igualmente, los hechos materia de este cargo no fueron desvirtuados en el proceso.

Por último, se tiene que la Interventoría reportó, respecto de la obligación de la prestación al servicio en condiciones de calidad y eficiencia, que *“la tendencia de vehículos que NO salen a operar en días hábiles representa un promedio de ciento veintinueve (129) buses diarios durante el segundo semestre de 2016 y el primer trimestre de 2017, esta cifra se constituye en un 21.3% del total de los vehículos vinculados por el Concesionario”*²², situación que, conjunto a otras, lo llevó a *“afectar el servicio a los usuarios ya que no recibieron en condiciones de calidad y eficiencia el servicio público de transporte”*²³.

Debe reiterarse que el apoderado del Concesionario intentó desvirtuar este cargo alegando que el laudo arbitral había declarado expresamente que no existía tal incumplimiento. Como quiera que – de conformidad con lo expuesto en acápites anteriores – este alegato no logró enervar este cargo y no obrando en el expediente prueba alguna que demuestre que el Concesionario sí está cumpliendo con esta obligación o su incumplimiento ha cesado, la Entidad da por probado este cargo.

En este sentido, la Entidad encuentra que, en principio, los cuatros presuntos incumplimientos imputados tendrían vocación de declararse, según lo hasta ahora expuesto.

²¹ Informe de Posible Incumplimiento No. J&S-16-18 – Consorcio J&S – P. 17

²² Informe de Posible Incumplimiento No. 60 – JAHV McGregor S.A.S. – P. 3

²³ Informe de Posible Incumplimiento No. 60 – JAHV McGregor S.A.S. – P. 8

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

Sin embargo, esta Subgerencia encuentra que la no vinculación de flota de reserva y la no vinculación de flota operativa conducen a que el Concesionario incumpla con la obligación de programación lo que, a su vez, genera la afectación de la prestación en el servicio público en las condiciones exigidas contractualmente, por lo que, imponer una consecuencia a cada presunto incumplimiento endilgado resultaría en la violación al *non bis in idem*, no obstante que los cuatro cargos encuentren pleno respaldo probatorio en el presente proceso.

El principio *non bis in idem* ha sido tratado extensamente por la jurisprudencia constitucional:

“Ahora bien, la Corte pone de presente que el principio non bis in idem no se circunscribe únicamente al tenor literal de la norma pues sus finalidades incluyen tanto la prohibición de un eventual doble juzgamiento como la de una doble sanción por el mismo hecho. Esta posición es acorde con los fundamentos del principio non bis in idem, ya que la seguridad jurídica y la justicia material se ven igual o más afectados cuando un individuo es sancionado dos veces por el mismo hecho. Por lo tanto, sería contrario al principio pro libertatis dar un alcance restrictivo al debido proceso, de manera tal que supusiera una afectación del sindicado únicamente a partir de un juicio repetido y fuera indiferente ante la posibilidad de que fuera sancionado dos veces por el mismo hecho.”²⁴ (Resaltados fuera del texto).

Es claro entonces que la violación al *non bis in idem* resulta de la imposición de una múltiple condena por los mismos hechos.

En desarrollo de este procedimiento, la Entidad ha evidenciado que el incumplimiento en la vinculación de flota de reserva y en la vinculación de flota operativa – vastamente probados en esta sede administrativa – conllevan a que se incumpla la programación propuesta por el Concesionario en el PSONT, cosa que conduce a la afectación en la prestación del servicio público.

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-870 de 2002.

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

En esta medida, imponer una sanción por las consecuencias que generan por los incumplimientos, sería lo mismo que imponer doble sanción por los mismos hechos, cosa que redundaría en la vulneración al principio non bis in ídem.

Por lo anterior y con el fin de respetar todos los derechos fundamentales de los afectados, la Entidad encuentra que el Concesionario está incumpliendo con las obligaciones a su cargo contenidas en las cláusulas 3, 17.2.1, 75, 80, 81 y 82 referentes a la no vinculación de flota de reserva y flota operativa.

Se insiste que en el acervo probatorio del presente procedimiento administrativo no consta elemento alguno que permita desvirtuar el incumplimiento de estas obligaciones endilgado en los términos de los Informes de Posible Incumplimiento de la Interventoría.

III. CONSECUENCIAS

3.1. Imposición de Multas Contractuales

El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 determina que:

“El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

PARÁGRAFO. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.” (Resaltados fuera del texto).

Asimismo, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, autoriza a las Entidades a imponer las multas a que haya lugar, en los siguientes términos:

*“Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, **imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato**, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento (...)”*

El contrato de Concesión 011 de 2010, suscrito entre TRANZIT S.A.S. y TRANSMILENIO S.A. estipula en su cláusula 122, lo siguiente:

“CLÁUSULA 122.- MULTAS ASOCIADAS A LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO AL USUARIO.

*Si el CONCESIONARIO incumpliere los parámetros, requisitos, obligaciones y responsabilidades previstos en el presente Contrato, manuales y reglamentos emitidos por TRANSMILENIO S.A., relacionadas con la prestación del servicio en condiciones de **calidad, continuidad** y seguridad para los usuarios, y en especial cuando con la conducta del CONCESIONARIO o de sus empleados, agentes o dependientes, contratistas o subcontratistas, se desconozcan los principios de igualdad de acceso, respeto y dignidad de los usuarios, TRANSMILENIO S.A. podrá imponer una multa diaria, de acuerdo con lo previsto en la presente cláusula sin sujeción a condición alguna diferente de la ocurrencia de los supuestos fácticos que dan lugar a la imposición de la multa, y sin requerirse declaración alguna de autoridad judicial o extrajudicial de cualquier naturaleza.*

*Por cada parámetro, requisito, obligación, o responsabilidad incumplida TRANSMILENIO S.A. podrá imponer una **multa diaria de hasta veinte (20) salarios mínimos mensuales**, mientras subsista el incumplimiento.*

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

Las multas asociadas específicamente a las actividades y a las obligaciones del CONCESIONARIO están contenidas en los distintos Manuales que constituyen el régimen técnico del presente Contrato de concesión. (...)”

Toda vez que – como ya se ha concluido – el Concesionario ha incumplido con su obligación de vincular la flota de reserva necesaria, ha afectado la prestación eficiente, oportuna y suficiente del servicio público en condiciones de calidad y continuidad, razón por la cual la imposición de la multa contenida en la cláusula 122, resulta procedente.

En esta medida, la multa a imponer por el incumplimiento de vincular flota de reserva, corresponde a 20 salarios mínimos mensuales legales vigentes por cada día de incumplimiento verificado.

Asimismo, la cláusula 124.1 del Contrato de Concesión determina que:

“124.1. Dará lugar a multa diaria de cincuenta (50) salarios mínimos mensuales por cada incumplimiento detectado y hasta que se satisfaga la obligación, las siguientes conductas:

124.1.1. El incumplimiento del deber de suministrar la Flota prometida con la suscripción del presente Contrato, sea nueva o usada. Este incumplimiento será considerado frente a cada vehículo en particular. ”

Es decir, por el incumplimiento consistente en no vincular la flota necesaria para la operación regular, se impondrá una multa correspondiente a 50 salarios mínimos legales vigentes por cada vehículo faltante, según lo reportado por la Interventoría, para cada mes desde que haya iniciado el incumplimiento.

No obstante, debe resaltarse la cláusula 121:

“En todo caso y para efectos la tasación, en ningún evento se impondrán multas por un valor total acumulado que supere el diez por ciento (10%) del valor total de los ingresos que por todo concepto perciba el CONCESIONARIO con ocasión del presente Contrato, durante el mes en que se haya causado la sanción correspondiente”

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

Para el incumplimiento por la no vinculación de flota de reserva, el Informe de Presunto Incumplimiento pertinente señala que el incumplimiento fue verificado desde el 1 de junio de 2016 y hasta el momento no ha cesado, según lo expuesto en acápite anteriores.

Respecto del incumplimiento por la no vinculación de flota operativa, se determinó que los hechos se verificaron desde el 1 de julio de 2017 y tampoco se tiene noticia de la cesación de esta situación.

De conformidad con lo anterior, corresponde imponer las multas mencionadas, como a continuación se explica:

El número de días en los que se verifique el incumplimiento en cada mes se multiplica por el salario mínimo legal vigente en el año del incumplimiento²⁵, cifra que, a su vez, se multiplica por el número de salarios mínimos que corresponda según la sanción, lo que da el valor de la multa a imponer por cada concepto (tercera columna: Flota de reserva – cuarta columna: Flota operativa).

Las cifras de la tercera y cuarta columna se suman para definir el total a imponer por multa en cada mes, lo que da el resultado de la quinta columna (subtotal multa), valor, a su vez, restringido por el límite contenido en la cláusula 121, (séptima columna – límite 10% ingresos), generando el total de la multa a imponer mes a mes (octava columna: total multa).

La multa total que será impuesta mediante esta Resolución, es la suma total de todos los meses en los que se verificó el incumplimiento, correspondiente a un total de \$20.550.944.205:

²⁵ <http://www.banrep.gov.co/es/salarios>:

2016: \$689.455

2017: \$737.717

2018: \$781.242

2019: \$828.116

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

mes	días	Flota de reserva (20 SMLMV)	Flota operativa (50 SMLMV)	Subtotal multa	Ingresos del Concesionario ²⁶	Límite (10% ingresos)	Total multa
jun-16	30	\$ 413.673.000		\$ 413.673.000	\$ 12.013.912.539	\$ 1.201.391.254	\$ 413.673.000
jul-16	31	\$ 427.462.100		\$ 427.462.100	\$ 9.522.716.140	\$ 952.271.614	\$ 427.462.100
ago-16	31	\$ 427.462.100		\$ 427.462.100	\$ 9.713.460.751	\$ 971.346.075	\$ 427.462.100
sep-16	30	\$ 413.673.000		\$ 413.673.000	\$ 12.261.368.335	\$ 1.226.136.833	\$ 413.673.000
oct-16	31	\$ 427.462.100		\$ 427.462.100	\$ 9.507.089.241	\$ 950.708.924	\$ 427.462.100
nov-16	30	\$ 413.673.000		\$ 413.673.000	\$ 9.234.920.230	\$ 923.492.023	\$ 413.673.000
dic-16	31	\$ 427.462.100		\$ 427.462.100	\$ 11.151.505.386	\$ 1.115.150.539	\$ 427.462.100
ene-17	31	\$ 457.384.540		\$ 457.384.540	\$ 8.272.073.970	\$ 827.207.397	\$ 457.384.540
feb-17	30	\$ 442.630.200		\$ 442.630.200	\$ 9.360.406.832	\$ 936.040.683	\$ 442.630.200

²⁶ Valores certificados por la Subgerencia Económica mediante memorando interno 2019IE310 del 23 de enero de 2019.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DISTRITAL DE MOVILIDAD
TRANSMILENIO S.A.

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

		0					
mar-17	31	\$ 457.384.540	\$ 457.384.540	\$ 11.741.821.043	\$ 1.174.182.104	\$ 457.384.540	\$ 457.384.540
abr-17	30	\$ 442.630.200	\$ 442.630.200	\$ 8.704.800.358	\$ 870.480.036	\$ 442.630.200	\$ 442.630.200
may-17	31	\$ 457.384.540	\$ 457.384.540	\$ 8.726.941.999	\$ 872.694.200	\$ 457.384.540	\$ 457.384.540
jun-17	30	\$ 442.630.200	\$ 442.630.200	\$ 10.886.016.208	\$ 1.088.601.621	\$ 442.630.200	\$ 442.630.200
jul-17	31	\$ 457.384.540	\$ 1.143.461.350	\$ 1.600.845.890	\$ 8.632.106.961	\$ 863.210.696	\$ 863.210.696
ago-17	31	\$ 457.384.540	\$ 1.143.461.350	\$ 1.600.845.890	\$ 10.822.408.859	\$ 1.082.240.886	\$ 1.082.240.886
sep-17	30	\$ 442.630.200	\$ 1.106.575.500	\$ 1.549.205.700	\$ 8.586.022.958	\$ 858.602.296	\$ 858.602.296
oct-17	31	\$ 457.384.540	\$ 1.143.461.350	\$ 1.600.845.890	\$ 8.187.608.233	\$ 818.760.823	\$ 818.760.823
nov-17	30	\$ 442.630.200	\$ 1.106.575.500	\$ 1.549.205.700	\$ 10.034.874.273	\$ 1.003.487.427	\$ 1.003.487.427
dic-17	31	\$ 457.384.540	\$ 1.143.461.350	\$ 1.600.845.890	\$ 7.860.243.375	\$ 786.024.338	\$ 786.024.338
ene-	31	\$	\$	\$	\$	\$	\$



RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

**“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión
 No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL
 INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”**

18		484.370.04 0	1.210.925.10 0	1.695.295.14 0	7.391.966.407	739.196.641	739.196.641
feb-18	30	\$ 468.745.20 0	\$ 1.171.863.00 0	\$ 1.640.608.20 0	\$ 7.938.502.975	\$ 793.850.297	\$ 793.850.297
mar-18	31	\$ 484.370.04 0	\$ 1.210.925.10 0	\$ 1.695.295.14 0	\$ 9.216.976.895	\$ 921.697.690	\$ 921.697.690
abr-18	30	\$ 468.745.20 0	\$ 1.171.863.00 0	\$ 1.640.608.20 0	\$ 7.081.932.912	\$ 708.193.291	\$ 708.193.291
may-18	31	\$ 484.370.04 0	\$ 1.210.925.10 0	\$ 1.695.295.14 0	\$ 9.136.872.230	\$ 913.687.223	\$ 913.687.223
jun-18	30	\$ 468.745.20 0	\$ 1.171.863.00 0	\$ 1.640.608.20 0	\$ 7.189.721.163	\$ 718.972.116	\$ 718.972.116
jul-18	31	\$ 484.370.04 0	\$ 1.210.925.10 0	\$ 1.695.295.14 0	\$ 7.053.603.964	\$ 705.360.396	\$ 705.360.396
ago-18	31	\$ 484.370.04 0	\$ 1.210.925.10 0	\$ 1.695.295.14 0	\$ 8.910.077.660	\$ 891.007.766	\$ 891.007.766
sep-18	30	\$ 468.745.20 0	\$ 1.171.863.00 0	\$ 1.640.608.20 0	\$ 6.989.650.380	\$ 698.965.038	\$ 698.965.038
oct-18	31	\$ 484.370.04 0	\$ 1.210.925.10 0	\$ 1.695.295.14 0	\$ 6.802.797.583	\$ 680.279.758	\$ 680.279.758
nov-18	30	\$ 468.745.20 0	\$ 1.171.863.00 0	\$ 1.640.608.20 0	\$ 7.841.745.514	\$ 784.174.551	\$ 784.174.551
dic-18	31	\$	\$	\$	\$	\$	\$

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

18	484.370.04 0	1.210.925.10 0	1.695.295.14 0	9.323.213.509	932.321.351	932.321.351
----	-----------------	-------------------	-------------------	---------------	-------------	-------------

	\$
TOTAL	20.550.944.20 5

Resulta importante señalar que, toda vez que no existe determinación en los ingresos que por todo concepto haya recibido el Concesionario en el mes de enero de 2019, no puede hacerse la liquidación del respectivo mes, razón por la cual no se incluye en esta tasación.

3.2. Compensación

En sus alegatos de conclusión y descargos, los apoderados de los garantes solicitaron que, de llegar a imponerse multa por cualquier concepto o hacerse efectiva la cláusula penal pecuniaria, se procediera a compensar las sumas que a cualquier título le deba la Entidad al Concesionario. Entre éstos, el apoderado de Seguros Mundial alegó explícitamente que se procediera a la compensación frente a las sumas adeudadas por TRANSMILENIO S.A. en virtud de la condena impuesta en el laudo arbitral vastamente mencionado en esta resolución.

3.2.1. De la compensación en general

La compensación es, según el Código Civil, un modo de extinguir obligaciones, que opera así:

“ARTICULO 1714. COMPENSACION. Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse.

ARTICULO 1715. OPERANCIA DE LA COMPENSACION. La compensación se opera por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores; y ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores, desde el momento que una y otra reúnen las calidades siguientes:

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

- 1.) *Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad.*
 - 2.) *Que ambas deudas sean líquidas; y*
 - 3.) *Que ambas sean actualmente exigibles.*
- Las esperas concedidas al deudor impiden la compensación; pero esta disposición no se aplica al plazo de gracia concedido por un acreedor a su deudor.”*

De lo anterior, resulta palmario que la compensación opera sin necesidad de pacto previo o expreso, siempre que existan obligaciones recíprocas, ambas exigibles y líquidas; pero adicionalmente, en este caso, las condiciones generales de las pólizas expedidas con el fin de garantizar el cumplimiento del contratista establecen explícitamente que – en caso de la imposición de una multa o la efectividad de la cláusula penal pecuniaria – antes de la afectación de la póliza, deberán compensarse las sumas que por cualquier concepto adeude la Entidad a su contratista.

Para los efectos, debemos remitirnos al Parágrafo del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, que autoriza la aplicación de la figura en los procedimientos administrativos:

“La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.”

En el caso que nos ocupa, se verifica que la Entidad efectivamente adeuda a TRANZIT S.A.S. la suma de \$14.577.952.515 COP correspondiente a la condena impuesta por el Tribunal de Arbitramento. Se tiene que esta es una obligación dineraria, tanto exigible como líquida, cumpliéndose los requisitos del artículo 1715 del Código Civil.

Por otra parte, la multa que se impone mediante la presente resolución, también es una obligación líquida y exigible desde el momento en el que el acto administrativo adquiera firmeza, en los términos del artículo 87 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo.

En consecuencia, la Entidad procederá a compensar de este valor, el valor total de las multas a imponer mediante esta resolución, correspondiente a \$20.550.944.205.

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

3.2.2. De la compensación con una sociedad en trámite de reorganización

Teniendo en cuenta que TRANZIT S.A.S. se encuentra en proceso de reorganización empresarial en los términos de la Ley 1116 de 2006, podría alegarse que no es posible efectuar la compensación pretendida sin que medie autorización del juez del concurso:

“Artículo 17. Efectos de la presentación de la solicitud de admisión al proceso de reorganización con respecto al deudor. A partir de la fecha de presentación de la solicitud, se prohíbe a los administradores la adopción de reformas estatutarias; la constitución y ejecución de garantías o cauciones que recaigan sobre bienes propios del deudor, incluyendo fiducias mercantiles o encargos fiduciarios que tengan dicha finalidad; efectuar compensaciones, pagos, arreglos, desistimientos, allanamientos, terminaciones unilaterales o de mutuo acuerdo de procesos en curso; conciliaciones o transacciones de ninguna clase de obligaciones a su cargo; ni efectuarse enajenaciones de bienes u operaciones que no correspondan al giro ordinario de los negocios del deudor o que se lleven a cabo sin sujeción a las limitaciones estatutarias aplicables, incluyendo las fiducias mercantiles y los encargos fiduciarios que tengan esa finalidad o encomienden o faculten al fiduciario en tal sentido; salvo que exista autorización previa, expresa y precisa del juez del concurso. (...)

Parágrafo 1°. Cualquier acto celebrado o ejecutado en contravención a lo dispuesto en el presente artículo dará lugar a la remoción de los administradores, quienes serán solidariamente responsables de los daños y perjuicios causados a la sociedad, a los socios y acreedores. Así mismo, se podrá imponer multas sucesivas hasta de doscientos (200) salarios mínimos mensuales legales vigentes al acreedor, al deudor y a sus administradores, según el caso, hasta tanto sea reversada la operación respectiva; así como a la postergación del pago de sus acreencias. El trámite de dichas sanciones se adelantará de conformidad con el artículo 8° de esta ley y no suspende el proceso de reorganización.

Parágrafo 2°. A partir de la admisión al proceso de insolvencia, de realizarse cualquiera de los actos a que hace referencia el presente artículo sin la respectiva autorización, será ineficaz de pleno derecho, sin perjuicio de las sanciones a los administradores señaladas en el parágrafo anterior.

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

Parágrafo 3°. Adicionado por la Ley 1429 de 2010, artículo 34. Desde la presentación de la solicitud de reorganización hasta la aceptación de la misma, el deudor únicamente podrá efectuar pagos de obligaciones propias del giro ordinario de sus negocios, tales como laborales, fiscales y proveedores. (...)”

Según esta disposición, una vez admitida en reorganización la sociedad, no habría lugar a efectuar compensaciones, salvo que éstas versen sobre obligaciones relacionadas con el giro ordinario de sus negocios.

Sin embargo, la Ley 1116 también determina que:

“Artículo 71. Obligaciones posteriores al inicio del proceso de insolvencia. Las obligaciones causadas con posterioridad a la fecha de inicio del proceso de insolvencia son gastos de administración y tendrán preferencia en su pago sobre aquellas objeto del acuerdo de reorganización o del proceso de liquidación judicial, según sea el caso, y podrá exigirse coactivamente su cobro, sin perjuicio de la prioridad que corresponde a mesadas pensionales y contribuciones parafiscales de origen laboral, causadas antes y después del inicio del proceso de liquidación judicial. Igualmente tendrán preferencia en su pago, inclusive sobre los gastos de administración, los créditos por concepto de facilidades de pago a que hace referencia el parágrafo del artículo 10 y el parágrafo 2° del artículo 34 de esta ley.”

De lo anterior se concluye que las acreencias causadas con posterioridad al inicio del proceso de insolvencia tendrán el tratamiento de gastos de administración, quedando excluidas de las prohibiciones a las que se refiere el citado artículo 17.

En esta medida, estas acreencias posteriores sí podrían ser compensadas, como lo ha manifestado en varias oportunidades la Superintendencia de Sociedades:

“(...) no debe de perderse de vista que la apertura del referido trámite concursal, impone reglas distintas a aquellas que serían predicables en circunstancias normales de una empresa en marcha. Cosa distinta es cuando se trate de obligaciones causadas con posterioridad a la fecha de iniciación del proceso de insolvencia, las cuales, se repite, no están sujetas al acuerdo de reorganización que se llegare a celebrar entre la sociedad deudora y sus acreedores, y por tener el carácter de gastos de administración deben pagarse de preferencia

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

*sobre cualquier otra obligación objeto de dicho acuerdo, en cuyo caso la DIAN puede, en los términos de los artículos 815 y 816 del Estatuto Tributario **compensar las obligaciones a cargo del deudor** con los saldos a favor del declarante por impuesto sobre la renta, pagos en exceso o pago de lo no debido.*

Así las cosas, la concursada para realizar el pago de obligaciones causadas a favor de la DIAN con posterioridad al inicio de proceso de acuerdo de reorganización, mediante la figura de la compensación, no requiere de autorización previa, expresa y precisa por parte del juez del concurso, sino simplemente atender tales créditos con la preferencia prevista en el artículo 71 de la Ley 1116 de 2006, sin importar el medio utilizado para ello. En los anteriores términos se ha dado contestación a su consulta, no sin antes anotarle que el presente.

*En resumen se tiene lo siguiente: a) que dentro de un proceso de reorganización empresarial, no le es posible al deudor concursado efectuar compensaciones con la DIAN, respecto de obligaciones causadas con anterioridad a la apertura del proceso, toda vez que ello constituirá un pago preferente en detrimento de los demás acreedores reconocidos y admitidos dentro del proceso; b) salvo que exista autorización previa, expresa y precisa del juez del concurso; c) **que solamente podrá pagar obligaciones originadas con posterioridad al inicio del proceso de insolvencia, mediante la figura de la compensación, sin que para tal efecto requiera autorización del juez concursal,** y d) que igual circunstancia se predica respecto del pago de obligaciones objeto del acuerdo de reorganización. Sin embargo, es de anotar que se debe revisar las cláusulas del acuerdo para verificar que allí no se haya estipulado ninguna limitante o se haya exigido autorización alguna por parte del Comité de Vigilancia para el efecto, en cuyo caso deberá procederse de conformidad, sin perjuicio de que las condiciones y pautas de la negociación sean concertadas entre las partes intervinientes en el que se proyecta realizar.²⁷*

Es decir, en estos casos, las obligaciones pueden ser compensadas entre sí cuando ambas acreencias sean posteriores al inicio del proceso de reorganización.

²⁷ Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-282481 del 07 de diciembre de 2017.

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

En el caso que nos ocupa, TRANZIT S.A.S. fue admitido al trámite de reorganización de que trata la Ley 1116 de 2006, el 13 de marzo de 2017. Por otra parte, el 2 de abril de 2018, mediante radicado 2018EE6521, el Ente Gestor requirió formalmente al Concesionario por los presuntos incumplimientos contractuales, dando así inicio al presente procedimiento administrativo. Finalmente, el laudo arbitral que condenó a TRANSMILENIO S.A. a las sumas que aquí se pretenden compensar, fue proferido el 30 de noviembre de 2018 y quedó en firme el 11 de diciembre de 2018.

Es decir, la exigibilidad y liquidez de ambas obligaciones se dio posterior al inicio del proceso de reorganización: la deuda que TRANSMILENIO S.A. tiene para con TRANZIT S.A.S. adquirió exigibilidad y liquidez el día en que quedó en firme la decisión judicial – 11 de diciembre de 2018 – y la deuda que TRANZIT S.A.S. tiene para con TRANSMILENIO S.A. adquirirá exigibilidad y liquidez el día en el que el acto administrativo quede en firme, momento – en cualquier caso – posterior al inicio del proceso de reorganización.

Por lo manifestado, se considera que resulta posible aplicar lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 1116 de 2006, en los términos analizados por la Superintendencia de Sociedades, en cuanto a que los créditos causados con posterioridad a la admisión en reorganización deben ser cancelados como créditos ordinarios y, en esta medida, la compensación opera como modo de extinguir obligaciones.

En consecuencia, la Entidad determina – y así se expresará en la parte resolutive de la resolución – que la multa a imponerse, será compensada de los dineros que TRANSMILENIO S.A. le adeuda a TRANZIT S.A.S. en virtud de la condena impuesta en el laudo arbitral.

En estos términos, la Entidad puede compensar la obligación aquí declarada con el valor total de la condena del laudo, correspondiente a \$14.577.952.515 COP, existiendo un remanente equivalente a \$5.972.991.690 COP.

3.3. Afectación de pólizas

Toda vez que existe un remanente en los términos establecidos en el acápite anterior, la Entidad debe proceder a afectar las pólizas de cumplimiento que respaldan el Contrato de Concesión 011 de 2010, de conformidad con lo siguiente.

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

3.3.1. Posibilidad de afectar pólizas

El artículo 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1082 determina lo siguiente:

“Artículo 2.2.1.2.3.1.7. Garantía de cumplimiento. La garantía de cumplimiento del contrato debe cubrir: (...)

3. Cumplimiento del contrato. *Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios derivados de:*

- 3.1. El incumplimiento total o parcial del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;*
- 3.2. El cumplimiento tardío o defectuoso del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;*
- 3.3. Los daños imputables al contratista por entregas parciales de la obra, cuando el contrato no prevé entregas parciales; y*
- 3.4. El pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria. (...)*”

El literal c) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece que la Entidad Estatal, habiendo adelantado el procedimiento administrativo reglado en esta norma, proferirá acto administrativo decidiendo sobre la imposición de la multa o declaratoria de incumplimiento, según el caso:

“Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;”

Lo anterior, se complementa con el parágrafo del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, que determina que:

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

“La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.”

En línea con el Decreto 1082 de 2015, que dispone:

“Artículo 2.2.1.2.3.1.19. Efectividad de las garantías. La Entidad Estatal debe hacer efectivas las garantías previstas en este capítulo así:

- 1. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare la caducidad del contrato y ordene el pago al contratista y al garante, bien sea de la cláusula penal o de los perjuicios que ha cuantificado. El acto administrativo de caducidad constituye el siniestro.*
- 2. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal impone multas, debe ordenar el pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente constituye el siniestro.*
- 3. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare el incumplimiento, puede hacer efectiva la cláusula penal, si está pactada en el contrato, y ordenar su pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente es la reclamación para la compañía de seguros.”*

De conformidad con lo expuesto, se tiene que – si es el caso – la Entidad Estatal profiere acto administrativo en el que verifica el incumplimiento del contratista e impone las multas contractuales. Como consecuencia, la Entidad puede – en el mismo acto administrativo – afectar las pólizas de cumplimiento expedidas que, por ministerio de la ley, cubren el pago de dichas multas.

Toda vez que, en el caso que nos ocupa, la tasación de las multas se hizo de conformidad con los incumplimientos verificados desde junio de 2016, se impone la necesidad de revisar las pólizas estaban vigentes durante este periodo:

- 1. Liberty Seguros S.A. expidió la póliza de cumplimiento a favor de entidades estatales No. 2118537, cuyo anexo 7 amparaba la vigencia del 20 de octubre de 2015 a 20 de octubre de**

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

- 2016, con valor asegurado del amparo de cumplimiento equivalente a \$23.517.202.400 COP, en coaseguro con Seguros del Estado S.A., quien compartía el riesgo en un 40%.
2. Dicha póliza fue prorrogada mediante anexo 10, amparando la vigencia del **20 de octubre de 2016 a 20 de octubre de 2017**, con valor asegurado del amparo de cumplimiento equivalente a \$25.334.377.019 COP, en los mismos términos de coaseguro.
 3. Por su parte, **Seguros Mundial S.A.** expidió la póliza de seguro de cumplimiento – Entidades Estatales Decreto 1082 – No. NB-100079411 con vigencia del **20 de octubre de 2017 a 20 de octubre de 2018**, con valor asegurado del amparo de cumplimiento equivalente a \$26.755.948.804 COP, en coaseguro con Seguros del Estado, quien compartía el riesgo en un 50%.
 4. Dicha póliza fue prorrogada mediante anexo 5, amparando la vigencia del **20 de octubre de 2018 a 29 de octubre de 2019**, con valor asegurado del amparo de cumplimiento equivalente a \$28.650.269.979, en los mismos términos de coaseguro.

Así las cosas, resulta claro que, en principio, estas son las pólizas que podrían afectarse mediante esta resolución, resaltando el hecho de que la totalidad de estas aseguradoras estuvieron presentes en el desarrollo del presente procedimiento administrativo.

3.3.2. Vigencias de la pólizas

El apoderado de Seguros Mundial S.A.S. insistió, tanto en la presentación de descargos, como en los alegatos de conclusión, en que se debía dar estricta aplicación al artículo 1073 del Código de Comercio, incluso, sobre el Decreto 1082 del 2015 por ser aquella una norma de superior jerarquía; por lo anterior, la póliza expedida por esta aseguradora no podría afectarse.

Al respecto, es claro que el Código de Comercio incluye las siguientes reglas:

“ARTÍCULO 1057. <TÉRMINO DESDE EL CUAL SE ASUMEN LOS RIESGOS>. En defecto de estipulación o de norma legal, los riesgos principián a correr por cuenta del asegurador a la hora veinticuatro del día en que se perfeccione el contrato.”

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

“ARTÍCULO 1073. <RESPONSABILIDAD DEL ASEGURADOR SEGÚN EL INICIO DEL SINIESTRO>. Si el siniestro, iniciado antes y continuado después de vencido el término del seguro, consume la pérdida o deterioro de la cosa asegurada, el asegurador responde del valor de la indemnización en los términos del contrato.

Pero si se inicia antes y continúa después que los riesgos hayan principiado a correr por cuenta del asegurador, éste no será responsable por el siniestro.”

Es decir, el estatuto determina que, como regla general, los riesgos amparados por el asegurador son aquellos cuya ocurrencia se da durante la vigencia del contrato de seguro, de manera que, si el **siniestro** ha iniciado antes de que la póliza fuere expedida, el asegurador no será responsable por éste.

Resulta necesario, entonces, remitirse a la definición de siniestro que trae esta misma codificación:

“ARTÍCULO 1072. <DEFINICIÓN DE SINIESTRO>. Se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado.”

Para el caso del seguro de cumplimiento, el riesgo asegurado es – como es apenas lógico – el incumplimiento del contratista:

“El riesgo asegurado está constituido por la eventualidad de un incumplimiento por parte del deudor, quien por múltiples circunstancias puede desatender los compromisos adquiridos con ocasión del contrato.”²⁸

Es decir, el riesgo asegurado es el incumplimiento del contratista, lo que significa que si el contratista incumple, se materializa el riesgo y, consecuentemente, nace el siniestro.

Ahora bien, habría que determinar, para cada caso, desde cuándo es predicable la existencia del incumplimiento y, en consecuencia, el siniestro. Para los efectos, se reitera lo establecido por el Decreto 1082 de 2015:

²⁸ Vasta jurisprudencia ha reiterado esta tesis. Entre otras, Corte Suprema de Justicia, sentencia de 2 de mayo de 2002; sentencia de 24 de julio de 2006 y sentencia de 3 de abril de 2017.

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

“Artículo 2.2.1.2.3.1.19. Efectividad de las garantías. La Entidad Estatal debe hacer efectivas las garantías previstas en este capítulo así:

- 1. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare la caducidad del contrato y ordene el pago al contratista y al garante, bien sea de la cláusula penal o de los perjuicios que ha cuantificado. El acto administrativo de caducidad constituye el siniestro.*
- 2. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal impone multas, debe ordenar el pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente constituye el siniestro.*
- 3. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare el incumplimiento, puede hacer efectiva la cláusula penal, si está pactada en el contrato, y ordenar su pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente es la reclamación para la compañía de seguros.”*

Puede evidenciarse que el Decreto claramente diferenció las tres hipótesis planteadas, definiendo – y de esto no cabe duda – que el acto administrativo mediante el cual la Entidad impone multas, es **constitutivo de siniestro**.

En otras palabras, el siniestro solamente nace con el acto administrativo que impone las multas, cosa que – como se ha expresado – significa que el riesgo solamente se materializa con dicha resolución.

En el caso en cuestión, el acto administrativo que impone la multa se profiere el 25 de enero de 2019, momento para el cual la póliza vigente es la No. NB-100079411 – anexo 5 – expedida por Seguros Mundial S.A. en coaseguro con Seguros del Estado S.A., en 50%.

En conclusión, toda vez que el acto administrativo que impone la multa es constitutivo de siniestro, y esta resolución se profiere el 25 de enero de 2019, **resulta claro que el siniestro se da el 25 de enero de 2019**, de suerte que – en consideración a lo establecido por el artículo 1057 del Código de Comercio – se debe afectar la póliza vigente en esta fecha, es decir, la No. NB-100079411 – anexo 5 – expedida por Seguros Mundial S.A.

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

Siendo así, esta Entidad procederá a afectar la póliza No. NB-100079411 – anexo 5 – y así se incluirá en la parte resolutive de este acto administrativo – expedida por Seguros Mundial S.A. en coaseguro con Seguros del Estado S.A. en un 50%, por un valor de \$5.972.991.690 COP.

3.3.3. Coaseguro

Como quiera que la póliza No. NB-100079411 – anexo 5 – a afectar fue expedida por Seguros Mundial S.A. en coaseguro con Seguros del Estado S.A. en un 50% y teniendo en consideración que no se trata de una obligación solidaria, se resolverá que cada aseguradora adeuda a TRANSMILENIO S.A., como consecuencia de la afectación de esta póliza, un total de:

Seguros Mundial S.A.: \$2.986.495.845 COP.
Seguros del Estado S.A.: \$2.986.495.845 COP.

En virtud de todo lo anterior, se estima que TRANSMILENIO S.A. en calidad de Ente Gestor del Sistema Integrado de Transporte Público, responsable de la supervisión de la ejecución de los Contratos de Concesión adjudicados en virtud de la Licitación TMSA – LP – 004 de 2009, no sólo tiene la facultad constitucional, legal y contractual para atender la situación en particular, sino que además está obligado a adoptar las determinaciones que sean necesarias en relación con el Contrato, con el fin de conminar al contratista incumplido para garantizar la efectiva prestación del servicio público.

En mérito de lo expuesto,

IV. RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar que la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S. con Nit. 900.394.177-1 ha incurrido en incumplimientos reiterativos en la ejecución del Contrato de Concesión No. 011 del 16 de noviembre de 2010, cuyo objeto es “Otorgar en

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

concesión no exclusiva y conjunta con otros concesionarios la explotación del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá-SITP, al CONCESIONARIO, en la Zona, 13) USME (...)”, por la no vinculación de flota de reserva y la no vinculación de flota operativa, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de la presente resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: Como consecuencia, imponer las multas contractuales estipuladas en las cláusula 122 y 124.1 del Contrato de Concesión 011 de 2010, equivalentes a \$20.550.944.205 COP, teniendo en cuenta el límite establecido en la cláusula 124 del Contrato de Concesión 011 de 2010.

ARTÍCULO TERCERO: Efectuar la compensación con los dineros que TRANSMILENIO S.A. adeuda a TRANZIT S.A.S. con ocasión a las condenas impuestas en el laudo arbitral del 30 de noviembre de 2018, por un total de \$14.577.952.515 COP.

ARTÍCULO CUARTO: Afectar la póliza No. NB-100079411 – anexo 5 – expedida por Seguros Mundial S.A. en coaseguro con Seguros del Estado S.A., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

ARTÍCULO QUINTO: Como consecuencia, declarar que SEGUROS MUNDIAL S.A. con NIT 860.037.013-6 adeuda a TRANSMILENIO S.A. un total de \$2.986.495.845 COP.

ARTÍCULO SEXTO: Como consecuencia, declarar que SEGUROS DEL ESTADO S.A. con NIT 860.009.578-6 adeuda a TRANSMILENIO S.A. un total de \$2.986.495.845 COP.

ARTÍCULO SÉPTIMO: La presente Resolución se notifica en estrados al Concesionario y sus garantes y contra ésta procede el recurso de reposición que deberá interponerse en la misma audiencia de conformidad con el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

RESOLUCIÓN No. 031 DE 2019
(25 de enero de 2019)

“Por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.”

ARTÍCULO OCTAVO: Comuníquese el contenido del presente acto administrativo al Subgerente Económico de TRANSMILENIO S.A. para los efectos pertinentes.

ARTÍCULO NOVENO: Comuníquese el contenido del presente acto administrativo a la Cámara de Comercio de Bogotá D.C. para lo pertinente.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., el 25 de enero de 2019


JULIA REY BONILLA
Subgerente Jurídica

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

**LA SUBGERENTE JURÍDICA DE LA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER
MILENIO – TRANSMILENIO S.A.**

En uso de las facultades que le fueron delegadas por la Gerente General de TRANSMILENIO S.A., mediante el artículo 4° de la Resolución No. 374 de 2018 y con fundamento en los artículos 2, 29 y 365 de la Constitución Política Colombiana, artículos 14 y 18 de la Ley 80 de 1993 y sus demás reglamentarios

CONSIDERANDO

Que, según el Acuerdo 4 de 1999, TRANSMILENIO S.A. tiene a su cargo la gestión, organización y planeación del Transporte Público Urbano Masivo de Pasajeros.

Que en ejercicio de sus funciones establecidas estatutaria y legalmente, el representante legal de TRANSMILENIO S.A. tiene facultades de dirección y control sobre la contratación que ejecute el Ente Gestor, con fundamento en lo establecido por el Acuerdo 4 de 1999, reglamentado para el efecto por el Decreto 831 del mismo año.

Que el artículo 8 del Decreto 309 de 2009, establece que TRANSMILENIO S.A. será el Ente Gestor del Sistema Integrado de Transporte Público – SITP y tendrá a su cargo *"la planeación, gestión y control contractual del Sistema; el proceso de integración, evaluación y seguimiento de la operación (...)"*

Que mediante la Resolución No. 064 de 2010, TRANSMILENIO S.A. convocó la Licitación Pública No. TMSA – LP – 004 – 2009 con el objeto de otorgar en concesión no exclusiva y conjunta con otros concesionarios la explotación del servicio público de transporte terrestre automotor urbano del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá – SITP, al CONCESIONARIO, en los términos, bajo las condiciones y con las limitaciones que se previeran en el contrato correspondiente.

Que el día 2 de noviembre de 2010, a las 9:00 a.m., se llevó a cabo la audiencia de adjudicación en primera ronda del proceso de la Licitación Pública No. TMSA – LP – 004 – 2009, según lo previsto por el numeral 4.6.1 del pliego de condiciones.

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

Que mediante la Resolución No. 449 de 2010, le fue adjudicada la Licitación Pública No. TMSA – LP – 004 de 2009, zona Usme, a la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S., notificada el día dos (2) de noviembre de 2010.

Que el 17 de noviembre de 2010, TRANSMILENIO S.A. y la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S., suscribieron el contrato de concesión No. 011 de 2010, cuyo objeto consiste en:

*"Otorgar en concesión no exclusiva y conjunta con otros concesionarios la explotación del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros del **Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá-SITP**, al **CONCESIONARIO**, en la **Zona, 13) USME** bajo los términos, condiciones y con las limitaciones previstas en el presente **Contrato** y en el pliego de condiciones de la licitación.*

*Dicha concesión otorgará el derecho a operar de forma preferencial y no exclusiva al **CONCESIONARIO** las siguientes **Zonas** en que se ha dividido la ciudad, para la prestación del Servicio de Transporte Público Masivo de Pasajeros bajo el esquema SITP: **5) SUBA ORIENTAL, 6) SUBA CENTRO, 7) CALLE 80, 8) TINTAL – ZONA FRANCA, 9) KENNEDY, 10) BOSA, 11) PERDOMO, 12) CIUDAD BOLÍVAR Y 13) USME**, que hacen parte de las trece (13) zonas en las que se ha dividido la ciudad de Bogotá.*

El alcance del Contrato de Concesión incluye el aporte de lotes de vehículos para las zonas del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá- SITP y su operación, conforme al esquema de gradualidad que se prevé en el Contrato."

Que dentro de las obligaciones contractuales del concesionario, fueron estipuladas, entre otras, las referidas a la prestación del servicio público de transporte urbano de pasajeros, la vinculación de flota necesaria para la prestación del servicio, el mantenimiento de la flota, el cumplimiento de la programación de la operación, el mantenimiento de todos los bienes afectos al servicio en buen estado de conservación y uso, el cumplimiento de la normatividad ambiental, el cumplimiento de las obligaciones asociadas a la participación y sostenibilidad de propietarios, la acreditación y el sostenimiento del cierre financiero del proyecto y la vigencia de la garantía única de cumplimiento.

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

Que el 1 de noviembre de 2016, TRANZIT S.A.S. presentó demanda arbitral contra TRANSMILENIO S.A. pretendiendo el reconocimiento de varios incumplimientos contractuales cuyas pretensiones ascendían al valor aproximado de \$216.000.000.000 COP.

Que el 13 de marzo de 2017, la sociedad TRANZIT S.A.S. fue admitida a proceso de reorganización ante la Superintendencia de Sociedades, con expediente No. 85890.

Que, en concordancia con las obligaciones contractuales del Concesionario, mediante comunicación con radicado 2018EE6521 del 2 de abril de 2018, TRANSMILENIO S.A. envió al Concesionario y sus garantes el requerimiento en el que se relacionaron los hechos materia del presunto incumplimiento, se acompañaron los Informes de Posible Incumplimiento realizados por la interventoría del contrato, así como las posibles consecuencias derivadas de cada presunto incumplimiento y se citó a audiencia para la presentación de descargos, dando así estricto cumplimiento al tenor del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Que, en la citada comunicación, se identificaron los siguientes presuntos incumplimientos:

1. Afectación en la prestación del servicio a los usuarios.
2. No vinculación de flota de reserva.
3. No vinculación de flota operativa.
4. Incumplimiento en la programación.

Que, en el pliego de cargos, se refirió al posible desconocimiento de las obligaciones contractuales establecidas en las siguientes cláusulas del Contrato de Concesión No. 011 de 2010:

1. En cuanto a la afectación en la prestación del servicio a los usuarios, las cláusulas 3, 17.1.1, 17.2.1, 75, 80 y 81.
2. En cuanto a la no vinculación de flota de reserva, las cláusulas 3 y 82.
3. En cuanto a la no vinculación de flota operativa, las cláusulas 17.2, 75, 80 y 81.
4. En cuanto al incumplimiento en la programación, las cláusulas 17.1.1, 17.1.2, 17.1.4, 17.1.17 del Contrato de Concesión y la cláusula 5.4 del Manual de Operaciones del Componente Zonal.

Que, en el mencionado requerimiento también se establecieron las posibles consecuencias según cada posible incumplimiento, así:

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

1. Para la afectación a la prestación del servicio a los usuarios, la posible sanción aplicable sería la afectación de la cláusula penal pecuniaria, toda vez que, según la recomendación de la Interventoría, *"sí debe entenderse que se trata de un hecho cumplido y reiterado (...)"*
2. Para la no vinculación de flota de reserva necesaria para atender la prestación del servicio público de transporte y las contingencias que puedan presentarse en la operación, la posible sanción aplicable sería la imposición de la multa estipulada en la cláusula 122 del Contrato de Concesión, equivalente a 20 Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes por cada día en el que se demuestre el incumplimiento y hasta tanto se verifique el efectivo cumplimiento de la obligación presuntamente incumplida.
3. Para la no vinculación de flota operativa necesaria para la operación regular, la posible sanción sería la imposición de la multa estipulada en la cláusula 124.1 del Contrato de Concesión, equivalente a 50 Salarios Mínimos Legales Vigentes por cada incumplimiento detectado por cada día en que se demuestre el incumplimiento y hasta tanto se verifique el efectivo cumplimiento de la obligación presuntamente incumplida.
4. Para el presunto incumplimiento en la programación, la posible sanción aplicable sería la afectación de la cláusula penal pecuniaria tasada proporcionalmente, toda vez que no se trata de un incumplimiento total del Contrato.

Que durante varios meses se han venido desarrollando mesas de negociación entre TRANSMILENIO S.A. y los diferentes concesionarios para lograr la modificación de los Contratos de Concesión, condición determinante para superar algunas de las causas de la crisis de TRANZIT S.A.S., especialmente en lo relacionado con la tarifa técnica, terminales zonales, evasión, operación y manuales de operaciones y servicios:

Que el 6 de julio de 2018, durante una reunión con los operadores del sistema, la Gerente General de TRANSMILENIO S.A. – Doctora María Consuelo Araujo – le comunicó a TRANZIT S.A.S. que la Procuraduría General de la Nación había informado serios reparos a la negociación y conciliación de las pretensiones contempladas en la demanda arbitral instaurada por TRANZIT S.A.S. contra TRANSMILENIO S.A., por lo que las conversaciones tendientes a buscar una conciliación debían darse por terminadas.

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

Que, no obstante lo anterior, dicha decisión no afectaba las mesas de trabajo instauradas de forma permanente para revisar las propuestas de modificación a los Contrato de Concesión, por lo que éstas se reanudaron desde finales del 2018 con acompañamiento, desde ese momento, de la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación, en las que se ha buscado la renegociación de los Contratos de Concesión en aspectos estructurales del contrato tales como: (I) tarifa actualizada a toda la flota, (II) incentivos adicionales por pasajeros, (III) entrega de patios definitivos, (IV) pago de kilómetros en vacío, (V) chatarrización y (VI) niveles de servicio.

Que el 30 de noviembre de 2018 fue proferido el laudo que puso fin al proceso arbitral, reconociendo a favor de TRANZIT S.A.S. un valor total de \$14.577.952.515 COP por concepto de reconocimiento de kilómetros en vacío, desequilibrio económico por no culminación de la fase II, por no implementación del servicio en las zonas de COOBUS S.A.S. y EGOBUS S.A.S. y terminación anticipada de los Contratos de COOBUS S.A.S. y EGOBUS S.A.S.

Que, adicionalmente, se condenó a TRANSMILENIO S.A. a devolver a TRANZIT S.A.S., los valores descontados por concepto de desincentivos por valor de \$3.129.162.941 COP.

Que el 14 de diciembre de 2018, se suscribió un memorando de entendimiento por parte de la Gerente General y los siete operadores del Sistema, en el que se dejó constancia de las intenciones de las partes de llegar a un acuerdo que redunde en una mejor prestación del servicio público.

Que el 4 de febrero de 2019, los operadores presentaron su propuesta de otrosí modificatorio.

Que la propuesta fue evaluada por el Ente Gestor y, actualmente, se encuentra – con las observaciones pertinentes – en estudio por parte de los Concesionarios.

Que el 22 de marzo de 2019, TRANSMILENIO S.A. y 6 de los Concesionarios de la Fase III del Sistema – incluyendo TRANZIT S.A.S. – suscribieron memorando de entendimiento con el objetivo de definir los acuerdos respecto de la adopción de acciones que propendan por la sostenibilidad del sistema, la continuidad y la mejora en la prestación del servicio de transporte público en la ciudad de Bogotá D.C.

Que el acuerdo de reorganización presentado por TRANZIT S.A.S. se fundamentó en las consideraciones 1.13, 1.14, 1.15 y 1.16, según las cuales las proyecciones de ingresos y egresos futuros

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

se sustentaban en los siguientes supuestos: (i) laudo arbitral favorable a TRANZIT S.A.S. por valor de \$17.707.115.456 COP y (ii) modificación del Contrato de Concesión.

Que, en consecuencia, en el evento de no materializarse uno, algunos o todos los supuestos de hecho referidos en esos numerales, se acordó por las partes un COMPROMISO DE REVISIÓN de la fórmula de pago como una obligación a cargo de TRANZIT S.A.S.

Que el 29 de marzo de 2019, TRANZIT S.A.S. solicitó a la Superintendencia de Sociedades suspensión del término del proceso de reorganización.

Que el 1 de abril de 2019, la Superintendencia de Sociedades – mediante auto con radicado 400-002576 – resolvió suspender el proceso de reorganización por un término de 30 días, contados a partir del día siguiente en que se presentó la solicitud de suspensión por parte de TRANZIT S.A.S.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

- 1.1. El 25 de enero de 2019, en desarrollo del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y habiendo evacuado la oportunidad procesal para presentar descargos, solicitar y practicar pruebas y alegar de conclusión, la Entidad expidió la Resolución No. 031 de 2019, *"por medio de la cual se imponen multas contractuales en el marco del Contrato de Concesión No. 011 de 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S."* por los incumplimientos respecto de la vinculación de flota de reserva y flota operativa.
- 1.2. La Resolución impuso una multa equivalente a \$20.550.944.205 COP.
- 1.3. La Resolución se leyó en audiencia y fue notificada al Concesionario y sus garantes en estrado.
- 1.4. Posterior a la lectura, la Subgerente Jurídica procedió a suspender la audiencia y ordenó su reanudación el 4 de febrero de 2019, con el fin de que el Concesionario y sus garantes interpusieran el recurso de reposición, de considerarlo pertinente.

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

- 1.5. El 4 de febrero de 2019 se reanudó la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, a la que asistieron: la representante legal de TRANZIT S.A.S., las apoderadas del Concesionario, la promotora de la sociedad en reorganización, el apoderado de Seguros Mundial S.A. y la apoderada de Seguros del Estado S.A.
- 1.6. En dicha audiencia, se surtieron las siguientes actuaciones:
- 1.6.1. La Subgerente Jurídica de la Entidad reconoció a las doctoras María Isabel Patiño Osorio y Diana Rivera como apoderadas de la sociedad TRANZIT S.A.S. y el Doctor Juan Pablo Araujo reasumió el poder de SEGUROS MUNDIAL S.A.

RECURSO DE REPOSICIÓN DEL CONCESIONARIO

- 1.6.2. A continuación, el Concesionario presentó recurso de reposición, primero, mediante la Doctora María Isabel Patiño como apoderada y, posteriormente, mediante la Doctora Rivera.
- 1.6.2.1. **Inimputabilidad de incumplimientos**

La Doctora Patiño argumentó que TRANSMILENIO S.A. había desconocido el laudo proferido en el marco del Tribunal de Arbitramento suscitado por TRANZIT S.A.S. contra TRANSMILENIO S.A.

Como quiera que dicha decisión judicial declaró la materialización de 5 riesgos y, en consecuencia, el desequilibrio económico del contrato, era evidente que los incumplimientos declarados en el procedimiento administrativo eran inimputables al concesionario.

Al respecto, el Concesionario insistió en que la Entidad no había efectuado un análisis riguroso del laudo, ni de la conducta del contratista, ni de las causas que llevaron a los incumplimientos y su respectiva imputabilidad al Concesionario.

Resaltó que en materia de contratación estatal en Colombia no opera la responsabilidad objetiva, según la cual basta verificar el incumplimiento para imponer la sanción

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

correspondiente. Por el contrario, se requiere el análisis sobre si las causas que llevaron al incumplimiento, son imputables o no a la sociedad.

Manifestó que, en vastas ocasiones, TRANZIT S.A.S. ha dado explicaciones de por qué está en la situación actual, entre otras, en desarrollo del proceso arbitral suscitado por éste y cuyo laudo arbitral concluyó que se había dado la materialización de los riesgos que había devenido en el desequilibrio económico del contrato. Se resumen a continuación:

1.6.2.1.1. Kilómetros en vacío

En la página 196 del laudo arbitral, el Tribunal define que se materializó un riesgo contenido en la matriz y TRANSMILENIO S.A. debe reconocer los mayores kilómetros en vacío efectuados por el Concesionario. Adicionalmente, iteró que TRANZIT S.A.S. había solicitado el reconocimiento de este rubro y la Entidad se había negado, situación que afectó el flujo de caja del contratista.

1.6.2.1.2. COOBUS S.A.S. y EGOBUS S.A.S.

El 36% de las rutas asignadas a TRANZIT S.A.S. eran compartidas con COOBUS S.A.S. y EGOBUS S.A.S. y, como consecuencia de la terminación unilateral de los Contratos de Concesión celebrados con estas sociedades, TRANZIT S.A.S. no pudo operar de conformidad con lo planeado.

En efecto, el laudo determinó que estos eventos eran ajenos a TRANZIT S.A.S. y que, de contera, habían desequilibrado la ecuación financiera del contrato. La apoderada, entonces, argumentó que, en la medida que se había declarado la ajenidad de las situaciones, no se trataba de un incumplimiento contractual y, consecuentemente, era imposible imputar éstos a la empresa.

Asimismo, citó apartes de laudo para resaltar que no existían aún soluciones para el fracaso de COOBUS S.A.S. y EGOBUS S.A.S., motivo por el cual, el desequilibrio económico del contrato subsistía.

1.6.2.1.3. Retraso en implementación de la Fase II

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

En este mismo sentido, la apoderada de TRANZIT S.A.S. dejó sentada la posición según la cual el laudo determinó que la situación de COOBUS y EGOBUS S.A.S. impactó la implementación de la Fase II del SITP; riesgo materializado, también ajeno a la posibilidad de control por parte del Concesionario y, como tal, lejos de un actuar culposos que, por lo demás, devino en el desequilibrio económico del contrato.

Así las cosas, el Concesionario dejó de recibir ingresos que, de haber recibido, le hubieran posibilitado el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

TRANZIT S.A.S., entonces, se ve impactada de dos maneras: la primera, directamente, por el compartir rutas con COOBUS S.A.S. y EGOBUS S.A.S. y no poder desarrollar su contrato en los términos en los que lo suscribió y, además, por el retraso en la implementación de la Fase II del SITP.

En este aparte, valga la pena resaltar, la apoderada del Concesionario expresamente reconoció que sí existían incumplimientos de obligaciones a cargo de TRANZIT S.A.S., no obstante lo cual, la materialización de los riesgos alegados debían determinar la sanción a imponer.

1.6.2.1.4. Restablecimiento del equilibrio económico del contrato desde la presentación de la demanda hasta la actualidad

También se alegó que el desequilibrio económico se había reconocido por la no implementación de la Fase II del SITP, no obstante no obrar prueba sobre la cuantía para el periodo comprendido desde la fecha de la presentación de la demanda hasta el momento en el que el laudo fue expedido y, por ende, menos a la fecha en la que se sustentó el recurso.

1.6.2.1.5. Evasión

En última medida, la apoderada destacó que el riesgo de evasión también se había materializado según lo declarado por el laudo, por lo que no había razón para imputarle a TRANZIT S.A.S. la situación en la que se encontraba.

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

1.6.2.2. **Obligación de TRANSMILENIO S.A. de restablecer el equilibrio económico del contrato de manera inmediata.**

A continuación, la Doctora Patiño, sustentándose en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993¹, se refirió a la obligación en cabeza de TRANSMILENIO S.A. de restablecer inmediatamente el equilibrio económico del contrato, en cuanto se trataba de un derecho estructural y fundamental de TRANZIT S.A.S.

Asimismo, citó los artículos 27 y 14 de la Ley 80 para que se diera el restablecimiento inmediato.

Expuso que el Consejo de Estado se había pronunciado sobre el deber que tienen las entidades públicas de ayudar a los contratistas con el fin de no imposibilitar el cumplimiento de las obligaciones y siempre que se demostrara que la situación era parcial y temporal.

En este sentido, la apoderada sostuvo que TRANSMILENIO S.A. no podía exigir el cumplimiento del 100% de las obligaciones cuando el contrato se encontraba desequilibrado.

1.6.2.3. **Incompatibilidad de sanciones propuestas**

En este punto, el Concesionario citó la página 30 de la Resolución 031 de 2019 con el fin de resaltar que una de las posibles consecuencias propuestas por el requerimiento que dio inicio al procedimiento administrativo fue la de la terminación total del contrato por incumplimiento en la prestación del servicio con la consecuente afectación total de la cláusula penal pecuniaria.

Aunque reconoció que tal posibilidad no tuvo efecto, la apoderada insistió en su incomprensión respecto de lo que el requerimiento determinó y lo que el acto administrativo finalmente resolvió y volvió sobre el alegato ya presentado sobre la supuesta confusión por parte de la Interventoría.

¹ En atención a la lectura que da la apoderada de la norma, se entiende que se refiere al artículo 5 de la Ley 80 de 1993.

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

1.6.2.4. Cosa Juzgada

La apoderada argumentó que no se entendía el *"hilo jurídico de causa – efecto o de relación"* que permitió a la Resolución concluir que no operaba la cosa juzgada, puesto que, según la apoderada, es cierto que el Tribunal concluyó que no se encontraba acreditado que el Concesionario no hubiera prestado el servicio en las condiciones exigidas contractualmente, toda vez que no se aportaron las pruebas que condujeran a esta conclusión; sin embargo, resultaba distinto señalar que la cosa juzgada operaba frente a la imputabilidad a TRANZIT S.A.S. de las causas que dieron lugar a los incumplimientos.

Admitió, una vez más, que sí existe afectación a la prestación al servicio e incumplimientos parciales de las obligaciones a cargo del Concesionario. No obstante, consideró que no era éste el tema de debate, sino la imputabilidad de las causas que llevaron a los incumplimientos, cosa que sí hacía tránsito a cosa juzgada por lo resuelto por el Tribunal de Arbitramento.

Es decir, las causas – ajenas a TRANZIT S.A.S. – justifican la situación de incumplimiento y, en concordancia con lo anterior, la apoderada concluyó que, entre otras, la materialización de los riesgos constituía causal exonerativa de responsabilidad por incumplimiento.

1.6.2.5. Facultad de la administración

TRANZIT S.A.S. resaltó que el imponer multas o las sanciones a que hubiere lugar era una facultad de la administración, es decir, que ésta puede decidir si hacerlo o no.

De hecho, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, las Entidades del Estado tienen una amplia discrecionalidad pues, en lugar de la imposición de sanciones, pueden interpretar y modificar unilateralmente los documentos contractuales.

Debe, entonces, tenerse en cuenta que el Concesionario no ha cesado en su operación, cosa que le ha implicado un esfuerzo "sobre humano" pero, sobre todo, que el hecho de que los hayan admitido a proceso de reorganización implica que la sociedad está viva, negociando un acuerdo de reorganización, cosa que supone cierta viabilidad.

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

Por lo anterior, a TRANSMILENIO S.A. no le es dable exigir el cumplimiento del 100% de las obligaciones de cara al desequilibrio económico ya declarado y, por el contrario, sí tiene el deber de hacer cumplir el fin del contrato; deber que, por lo demás se tornaría imposible si TRANZIT S.A.S. entra en liquidación judicial, puesto que retrasaría aún más la implementación del SITP y, en consecuencia – razón más política que jurídica – se ahondaría en la problemática del SITP Provisional.

1.6.2.6. **Proporcionalidad de la sanción**

Finalmente, la Doctora Patiño se refirió a que la cláusula penal pecuniaria se aplica cuando se está ante una situación de incumplimiento imputable al contratista, cosa que no ocurre en el presente caso, toda vez que el laudo no expresó en ningún momento que el contratista se encontrara incumplido por causas imputables a éste.

Repitió los argumentos vastamente expuestos, no sólo en la sustentación del recurso sino en los descargos, sobre la incompatibilidad de la aplicación de la cláusula penal con la imposición de multas.

En consecuencia, la apoderada argumentó que no había posibilidad de afectar la cláusula penal pecuniaria.

Frente a la multa, expuso la necesidad de proporcionarla en función a su objetivo, que es el de apremio. En su sentir, es imposible imponer una multa de cerca de 20 mil millones cuando existen topes contractuales que limitan las sumas liquidadas.

En este aparte, resulta necesario transcribir lo expresado por la apoderada, que después será objeto de pronunciamiento expreso por parte de la Entidad:

"Doctora Julia, también no me queda claro cómo entonces, por el principio de que nadie puede ser sancionado dos veces por el mismo hecho, entonces descartan en el resuelve la aplicación de la cláusula penal pecuniaria y nos quedamos entonces con la imposición de una multa que es a todas luces completamente desproporcionada. ¿Al fin qué? Entonces no se está haciendo efectiva la cláusula penal pecuniaria pero entonces en la parte de las

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

aseguradoras se afecta la póliza porque después de la compensación que se hace sobre el resultado del laudo queda un saldo que deben responder las aseguradoras afectando la cláusula penal pecuniaria para respaldar el resto del valor de una multa por causas no imputables a TRANZIT (?). Eso queda ahí como un intrínquilis jurídico que francamente no me queda claro"

1.6.2.7. Compensación

Acto seguido, se sustituye el poder a la Doctora Diana Rivera para referirse a los argumentos en lo tocante a la compensación pretendida por la Resolución 031 de 2019.

En efecto, la Doctora Rivera repitió – en múltiples ocasiones – que TRANZIT S.A.S. se acogió a la Ley 1116 de 2006 *"no porque estuviera bien sino, por el contrario, porque estaba en dificultades"*, razón por la cual, el actuar de TRANSMILENIO S.A. al ordenar compensar, *"es descabellado frente a la situación actual que tiene la sociedad"*.

La ley de reorganización tiene como fin proteger a la empresa y su función social que, en este caso, es el transporte público. Asimismo, el artículo 126 de la Ley 1116 determina que ésta prevalece sobre cualquier otra norma, incluso las de contratación estatal, por su carácter sustancial y procesal.

La apoderada, entonces, se refirió al carácter universal del trámite concursal. Es decir, todos los acreedores – incluyendo TRANSMILENIO S.A. – cobran ante el proceso, posterior a una graduación de créditos y en virtud al principio de igualdad. Por lo anterior, según la apoderada, cuando se decide compensar, se deben tener en cuenta a los demás acreedores y la prelación legal aplicable.

Continúa el Concesionario argumentando que la multa, aún si se entiende como gasto de administración, es un crédito graduado en quinta clase, razón por la cual la compensación se desprecia.

Ya en ocasiones anteriores, se iteró, el juez del concurso multó a TRANSMILENIO S.A. por una compensación, pues la figura procede siempre que sea del giro ordinario de los negocios o que medie autorización del juez del concurso para ello.

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

En este sentido, repitió, la Entidad tendría que presentar su crédito ante el proceso; sin embargo, en la oportunidad procesal debida, TRANSMILENIO S.A. no reclamó ningún valor por un posible incumplimiento por parte de TRANZIT S.A.S., razón por la cual la obligación no está relacionada dentro del pasivo del deudor, a pesar de que existen incumplimientos causados antes a la admisión al proceso de reorganización.

En consecuencia, la administración no podría compensar dicha deuda, así como tampoco podría cobrarla en el proceso de reorganización. Debe entonces esperar a que la sociedad cumpla con las obligaciones devenidas del acuerdo de reorganización y, posteriormente, cobrar la deuda pretendida.

Más aún, el Concesionario arguyó que la multa no es exigible y, en consecuencia, la compensación no procede. Asimismo, la compensación no procede cuando sea en perjuicio de terceros, cosa que ocurriría en detrimento de los acreedores de clases preferentes, así se tome como un gasto de administración.

Posteriormente, la Doctora Rivera citó el artículo 442 del Código General del Proceso en el que, según ella, se determina lo referente a la compensación de fallos judiciales, en el sentido de habilitar la figura solamente de obligaciones posteriores al fallo, norma con plena aplicación en el caso en estudio toda vez que lo que se pretende compensar es la condena de un laudo arbitral.

De otra parte, se explicó que lo único que podría eventualmente compensarse son los gastos de administración que es lo propio del giro ordinario de sus negocios, descripción que no es predicable de la multa toda vez que *"habitualmente yo no pago multas de 20 mil millones de pesos"*.

En cualquier caso, – se repitió – las multas que se causaron antes de la entrada en reorganización de la sociedad, han debido ser alegadas en la oportunidad procesal judicial de la Ley 1116 de 2006.

Finalmente, y respecto de las obligaciones posteriores a la admisión a reorganización, TRANZIT S.A.S. recordó que, en tanto la finalidad de la multa era la de conminar el cumplimiento, ésta se tenía que tasar de manera tal que el cumplimiento fuera posible,

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

puesto que de lo contrario, aunado a la ausencia de recquilibrio por parte de la Entidad, se imposibilitaba el cumplimiento del Concesionario.

Para concluir, reasumió poder la Doctora María Isabel Patiño quien solicitó que se revocara la Resolución 031 de 2019 y que se declarara la inimputabilidad de los incumplimientos. Subsidiariamente, se solicitó que, de imponerse las multas, se tuviera en cuenta su naturaleza de apremio y que no se compensara con la condena impuesta por el Tribunal de Arbitramento.

RECURSO DE REPOSICIÓN DE SEGUROS MUNDIAL S.A.

1.6.3. Posteriormente, se le dio la palabra al Doctor Juan Pablo Araujo en representación de Seguros Mundial S.A.

1.6.3.1. Inimputabilidad de incumplimientos

El apoderado empezó coadyuvando los argumentos del Concesionario respecto de la no imputabilidad de los incumplimientos a la sociedad.

Al respecto, señaló que no es suficiente demostrar el no cumplimiento de las obligaciones; se exige que se haga un análisis – que para el caso en cuestión se ausentó – de las circunstancias especiales del contratista.

En efecto, las circunstancias especiales del contratista se materializan en la privación a la que se enfrentó TRANZIT S.A.S. de obtener los ingresos con los que contaba, como resultado de que el 36% de las rutas fueran compartidas con COOBUS S.A.S. y EGOBUS S.A.S.

En el mismo sentido, reiteró los argumentos del Concesionario frente a la implementación de la Fase II, la evasión y los kilómetros en vacío, para concluir que son hechos imprevisibles y externos a la voluntad del contratista que llevaron a que la sociedad no contara con los recursos para cumplir con sus obligaciones en un 100%; no obstante, resaltó que TRANZIT S.A.S. sí viene prestando el servicio, aunque no en su totalidad.

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

Coadyuvó, asimismo, los argumentos expuestos por la Doctora María Isabel Patiño en el sentido del deber que tiene TRANSMILENIO S.A. de restablecer el equilibrio económico del contrato, de conformidad con la orden proferida por el laudo, sustentado en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993.

Solicita, en consecuencia, que se revoque la Resolución 031 de 2019.

1.6.3.2. Errónea interpretación de la Cláusula 121 del Contrato de Concesión 011 de 2010

El Doctor Araujo reclamó que, de cara a la naturaleza conminatoria de la multa, la interpretación lógica de la cláusula 121 del Contrato es en la que el límite del 10% de los ingresos del Concesionario se toma, no mes a mes como hizo la Resolución 031 de 2019, sino respecto del mes en el que se impone la multa. Lo contrario, desnaturaliza el objetivo de la figura.

En consecuencia y subsidiariamente, se solicita que se interprete de conformidad la cláusula 121 y se tase la multa con el límite de los ingresos del mes de enero de 2019.

1.6.3.3. Prescripción derivada del contrato de seguro

El artículo 1081 del Código de Comercio contempla la prescripción derivada del contrato de seguro y determina que, en caso de ser ordinaria, opera a los dos años desde que el asegurado tuvo o debió tener conocimiento del hecho dañino.

Es absolutamente claro que la Entidad ha venido conociendo de los incumplimientos del contratista desde junio de 2016, razón por la cual ha operado la prescripción respecto de los hechos anteriores a enero de 2017.

1.6.3.4. Multa como figura constitutiva del siniestro

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

En este punto y en concordancia con la errónea interpretación de la Cláusula 121, el apoderado argumentó que la multa, al ser constitutiva de siniestro, debe ser tasada con el límite contractual del mes en el que efectivamente se constituye.

En efecto, el apoderado considera que la Resolución 031 de 2019 no impuso una multa sino 31 multas, una por cada mes en el que se evidenció el incumplimiento.

Sorprende que TRANSMILENIO S.A., al proferir la Resolución 337 de 2018 mediante la cual impuso una multa por el incumplimiento de la obligación de pago de rentas, dividió la multa mes a mes y cada multa fue asumida por la aseguradora que tuviera la póliza vigente en cada momento; sin embargo, ahora, en desarrollo de otro procedimiento, se cambió la interpretación y se determinó que, al ser la multa constitutiva de siniestro, la aseguradora que debe asumir el riesgo es la que se encuentra vigente al momento de expedición del acto administrativo.

El apoderado no compartió los argumentos expuestos por la Resolución en el sentido de que Seguros Mundial, habiendo expedido la póliza en octubre de 2017, deba responder por siniestros – multas impuestas – con anterioridad a dicha fecha, toda vez que – repitió – no se trata de la imposición de una multa, sino de 31.

1.6.3.5. Compensación

El Doctor Araujo dejó sentada su posición según la cual la multa – de llegar a confirmarse – sí puede ser compensada con la condena del laudo arbitral.

En primer lugar, porque la figura opera por ministerio de la ley como una manera de extinguir las obligaciones, pero además, porque las pólizas expresamente así lo establecen.

En segundo lugar, el apoderado retoma los argumentos expuestos en la Resolución 031 de 2019 sobre el artículo 71 de la Ley 1116 de 2006 para determinar que las obligaciones causadas después de la admisión sí son gastos de administración y prevalecen sobre otras obligaciones. Existe, entonces, un antes y un después del 13 de marzo de 2017 – fecha de admisión a la reorganización –, motivo por el cual – se dirige a la Doctora Diana Rivera –

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

"cómo iban a llevar ellos [TRANSMILENIO S.A.] una acreencia cuando es que el acto administrativo de multas se profirió el 25 de enero de 2019".

De cara a que las obligaciones en este contrato – precisó el apoderado – son de tracto sucesivo, los hechos anteriores a marzo de 2017 no hacen parte del supuesto de hecho del artículo 71 de la Ley 1116 de 2006 y no pueden compensarse, pero por supuesto que lo posterior al ingreso a la reorganización sí.

Aún más, la multa sí es un gasto administrativo toda vez que deviene de los incumplimientos en la ejecución del objeto social de la empresa, pero sin tener que entrar en la discusión, con la sola lectura del artículo 71 de la Ley 1116, se concluye diáfananamente que las obligaciones causadas con posterioridad al proceso, sí son gastos de administración.

En fin, la compensación no sólo procede por los montos de la condena del laudo, sino por cualquier otro concepto que TRANSMILENIO S.A. le adeude a TRANZIT S.A.S.

Finalmente, le recuerda al Concesionario que afectar las pólizas solamente provoca movimientos jurídicos posteriores entre el tomador – TRANZIT S.A.S. – y el asegurador, en virtud de la subrogación incorporada en el artículo 1096 del Código de Comercio.

RECURSO DE REPOSICIÓN DE SEGUROS DEL ESTADO S.A.

1.6.4. Finalmente, la Doctora Aura Carolina Lozano tomó la palabra para sustentar su recurso como apoderada de Seguros del Estado S.A.

1.6.4.1. Violación de norma superior – prescripción derivada del contrato de seguro

La apoderada de Seguros del Estado reiteró los argumentos expuestos por el apoderado de Seguros Mundial respecto del límite temporal en el que debe darse la reclamación a la aseguradora, so pena de que opere la prescripción extintiva.

Al respecto, argumentó que para TRANSMILENIO S.A. corre el término de los dos años desde que tuvo conocimiento o debió tener conocimiento de la ocurrencia del siniestro:

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

"la administración tiene como plazo máximo dos años desde que tuvo conocimiento, de tal suerte que expedido el acto administrativo que lo declara y ejecutoriado el mismo mediante el agotamiento de la vía gubernativa, empezará a correr el término de prescripción de los dos años que la ley ha previsto para el ejercicio de la acción contractual. Lo anterior no significa que el acto administrativo que declara el siniestro deba encontrarse en firme dentro de los dos años siguientes al conocimiento del hecho por parte de la administración, sino que basta con que haya sido declarado por éste dentro del término. Lo contrario, significaría limitar la competencia por parte de la administración para expedir el acto administrativo".

Concluyó entonces la apoderada – insistentemente – que, para que la administración pueda hacer efectiva la póliza de cumplimiento, debe proferir el acto administrativo que declare el siniestro dentro de los dos años siguientes a la ocurrencia del incumplimiento contractual que origine la actuación administrativa.

Por lo anterior y teniendo en cuenta que los hechos materia de discusión iniciaban en junio de 2016, TRANSMILENIO S.A. tenía hasta junio de 2018 para afectar la póliza de cumplimiento y sólo hasta el 25 de enero de 2019 expidió el acto administrativo mediante el que afectaba las pólizas, por lo que operó la prescripción derivada del contrato de seguro.

Más aún, en gracia de discusión, si se tomara la suspensión de que fue objeto el procedimiento sancionatorio por orden del Tribunal de Arbitramento, el término de prescripción se cumplió el 19 de enero de 2019 y el acto administrativo se expidió el 25 de enero.

Solicita, como consecuencia, que Seguros del Estado sea desvinculado del procedimiento por haber operado la prescripción como forma de extinguir obligaciones.

1.6.4.2. Falsa motivación – inimputabilidad de incumplimientos

La aseguradora imputó falsa motivación a la Resolución 031 de 2019 pues, en su sentir, el no cumplimiento de las obligaciones era inimputable a TRANZIT S.A.S., de conformidad con la repetición de los argumentos ya vastamente expuestos por parte del

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

Concesionario y el apoderado de Seguros Mundial y, en consecuencia, se desestructuraba la posibilidad de afectar las pólizas.

Aún más, TRANZIT S.A.S. sí ha buscado opciones para dar cabal cumplimiento al contrato. Citó, para los efectos, el otrosí estructural, la solicitud de los kilómetros en vacío y el proceso de reorganización.

1.6.4.3. Proporcionalidad de la multa

Se dijo en este acápite que la Entidad impuso una multa desproporcionada, adoptando un límite que no es el contemplado por la cláusula 121 del Contrato, en reiteración somera del argumento expuesto por el apoderado de Seguros Mundial.

Asimismo, determinó TRANSMILENIO S.A. no puede imponer las multas referidas a los incumplimientos de mayo de 2017 en adelante, toda vez que no fueron objeto de discusión en el presente proceso.

1.6.4.4. Ausencia de solidaridad entre coaseguradores

La apoderada hizo una profunda exposición sobre la ausencia de solidaridad entre los coaseguradores y, posteriormente, se refirió a las vigencias de las pólizas que garantizaron el Contrato de Concesión 011 de 2010 desde junio de 2016 en adelante.

A continuación, solicitó que se cambiaran las afectaciones efectuadas en la Resolución 031 de 2019 y se resolviera que, por los hechos materia de incumplimiento, debía afectarse la póliza vigente en cada uno de esos momentos y de conformidad con los porcentajes de coaseguro establecidos en cada póliza.

1.6.4.5. Compensación

Coadyuvó los argumentos del Doctor Araujo respecto de la procedencia de la figura.

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

- 1.6.5. Finalizada la sustentación de los recursos de los asistentes a la audiencia, la Subgerente Jurídica dejó constancia que no se hizo presente el apoderado de Liberty Seguros S.A., no obstante haber sido citado.
- 1.6.6. Asimismo, informó sobre la suspensión de la audiencia para su reanudación el 4 de marzo de 2019, fecha en la que se expediría el acto administrativo que resuelve los recursos.
- 1.7. El 4 de marzo de 2019, mediante oficio con radicado 2019EE3879, TRANSMILENIO S.A. presentó solicitud de concepto a la Superintendencia de Sociedades para que fuera resuelta la siguiente pregunta:

“¿Procede la compensación de obligaciones recíprocas de una sociedad que se encuentra en proceso de reorganización empresarial – en el marco de la Ley 1116 de 2006 – cuando, tanto la obligación debida por la empresa en reorganización, como la debida por su acreedor recíproco, se causaron con posterioridad a la admisión al proceso?”
- 1.8. Como quiera que el contenido del acto administrativo que resuelve los recursos interpuestos contra la Resolución 031 de 2019 estaría sustentado en lo que resolviera la Superintendencia de Sociedades sobre el punto anterior, el mismo 4 de marzo se comunicó al Concesionario y sus garantes el aplazamiento de la audiencia programada.
- 1.9. Por su parte, TRANZIT S.A.S. radicó – el mismo día – comunicación con radicado 2019ER6919 en la que solicitaba que se definiera nueva fecha para la celebración de la audiencia.
- 1.10. Mediante oficio con radicado 2019EE3957 de 5 de marzo, TRANSMILENIO S.A. contestó a TRANZIT S.A.S. informando que *“con el fin de resguardar las máximas garantías al debido proceso, derecho de defensa y al deber de pronunciarse de fondo sobre los recursos interpuestos contra la Resolución 031 de 2019”* se le había solicitado concepto a la Superintendencia de Sociedades respecto de la procedencia de la compensación en el caso bajo estudio, por lo que la audiencia se reanudaría en cuanto se recibiera la respectiva respuesta.

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

- 1.11.** Asimismo, el 8 de marzo de 2019, TRANZIT S.A.S. solicitó concepto a la Superintendencia de Sociedades – radicado No. 2019-01-054575 – con las siguientes preguntas:

¿Se considera que una multa por \$20.550 millones de pesos impuesta por parte de una entidad pública contratante a una entidad contratista, en el marco de un contrato público de concesión, es un gasto administrativo producto del giro ordinario de los negocios?

¿Procede la compensación de los valores producto de un laudo arbitral que condena a una entidad pública contratante, en el marco de un Contrato de Concesión, proferido por cuenta de una demanda de una sociedad que se encuentra en proceso de reorganización empresarial –en el marco de la Ley 1116 de 2006- con los valores que resultan de una multa impuesta por esa misma entidad contratante a la entidad contratista, empresa en reorganización, luego de proferido el laudo condenatorio, por supuestos incumplimientos ocurridos antes de la admisión al proceso de reorganización del contratista al que se pretende multar?

- 1.12.** El 21 de marzo de 2019, la Superintendencia de Sociedades contestó a la solicitud realizada por TRANSMILENIO S.A., mediante oficio con radicado 2019-01-066210.
- 1.13.** El 29 de marzo de 2019, dicha Entidad contestó la solicitud de concepto efectuada por TRANZIT S.A.S., mediante oficio con radicado 2019-01-083335.
- 1.14.** En los dos conceptos, la Superintendencia de Sociedades concluyó que si bien las obligaciones causadas con posterioridad a la admisión en reorganización debían ser entendidas como gastos de administración y, consecuentemente, su compensación – con obligaciones recíprocas en los términos del artículo 1715 del Código Civil – era procedente,

“Las multas impuestas en ejecución de un contrato estatal por una Entidad pública a un contratista insolvente en reorganización empresarial, constituyen “valores derivados de sanciones pactadas mediante acuerdos de voluntades”, y en tal virtud son ajenos a los gastos administrativos “producto del giro ordinario de los negocios” y están catalogados como “créditos legalmente postergados” al tenor del artículo 69 de la Ley 1116 de 2006.

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

Es decir que las multas como sanciones contractuales impuestas al deudor insolvente en reorganización no pueden ser reclamadas o exigidas mientras no se haya atendido el pago de las demás obligaciones del deudor ni de aquellas que tengan una mejor posición en el orden de prelación, y por ende no pueden ser objeto de compensación mientras esto no acontezca."

- 1.15.** El 4 de abril de 2019, se comunicó mediante correo electrónico y mediante oficio con radicado 2019EE6780 al Concesionario y sus garantes, que la reanudación de la audiencia para resolver los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 031 de 2019 se fijaba para el 11 de abril de 2019.

II. COMPETENCIA

Los artículos 209 y 211 de la Constitución Política autorizan la delegación de funciones administrativas a subalternos u otras autoridades. En concordancia, el artículo 44 de los Estatutos Sociales de TRANSMILENIO S.A. – contenidos en el acto de constitución, el cual fue elevado a Escritura Pública número 1528 otorgada en la Notaría 27 de Bogotá D.C. el 13 de octubre de 1999 – determina que el Gerente General del Ente Gestor está facultado para delegar las funciones que le son propias en los empleados públicos de la entidad, previa autorización de la Junta Directiva.

Para los efectos, la Gerente General de TRANSMILENIO S.A. profirió la Resolución 374 de 2018, cuyo artículo cuarto delegó a la Subgerente Jurídica, entre otras, *"los procesos administrativos de índole sancionatorios y conminatorios de los contratos suscritos por la Entidad, lo cual contiene instrucción, dirección de la audiencia, notificaciones, resolución de recursos y en general todos los actos que se requieran por TRANSMILENIO S.A. en desarrollo y ejecución de los mismos"*.

Es decir, la Subgerente Jurídica de TRANSMILENIO S.A. tiene la facultad – delegada por la Gerente General – de adelantar los procedimientos administrativos de índole sancionatoria o conminatoria y desplegar las actuaciones necesarias en desarrollo de éstos, motivo por el cual tiene la competencia para proferir el presente acto administrativo.

Asimismo, no sobra manifestar que la Subgerente Jurídica de la Entidad mantendrá dicha facultad hasta tanto no se profiera un acto administrativo que modifique o derogue la Resolución 374 de 2018, cosa que, al momento de proferir este acto administrativo, no ha ocurrido.

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

III. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

3.1. Inimputabilidad de los incumplimientos

De conformidad con los antecedentes expuestos, se evidencia que todos los recurrentes argumentaron la falta de imputabilidad a TRANZIT S.A.S. de las causas que condujeron a los incumplimientos.

En efecto, argumentaron que no bastaba con comprobar el mero incumplimiento del contratista para estructurar su responsabilidad contractual – incumplimiento que admitieron sí ocurría –; por el contrario, se exigía el análisis subjetivo de la conducta para determinar si las causas que condujeron al no cumplimiento eran o no imputables a éste.

En este orden de ideas, trajeron a colación el laudo arbitral de TRANZIT S.A.S. contra TRANSMILENIO S.A. para concluir que éste había declarado la materialización de cinco riesgos, todos ajenos a la dirección y control del Concesionario, razón por la cual se había declarado el desequilibrio económico del contrato que, en consecuencia, justificaba los incumplimientos del contratista.

Dicho pronunciamiento, según el Concesionario, hace tránsito a cosa juzgada respecto de la inimputabilidad de las causas del incumplimiento a TRANZIT S.A.S., cosa que se erige como una causal exonerativa de la responsabilidad.

En otras palabras, se sostuvo que, como consecuencia del desequilibrio económico del contrato, TRANZIT S.A.S. había dejado de recibir ingresos que de haber recibido, le habrían permitido cumplir con el objeto contractual.

En este orden de ideas, la Entidad se permite hacer las siguientes precisiones:

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

3.1.1. La responsabilidad contractual y la multa contractual

En primer lugar, respecto de la responsabilidad contractual, se tiene que ésta, al igual que *"toda responsabilidad civil persigue la reparación del daño"*²; es decir, la responsabilidad se pretende en función a su objetivo, que es el de la **indemnización de los perjuicios** causados.

Sobre esta responsabilidad, la jurisprudencia ha dicho que:

*"En ese contexto, cabe precisar que la «responsabilidad civil contractual» encuentra su fundamento en el «título 12 del libro cuarto» del Código Civil, que regula lo atinente al «efecto de las obligaciones», perfilándose así una institución distinta a la denominada «responsabilidad civil por los delitos y las culpas» a la que se refiere el «título 34 del libro cuarto» del citado ordenamiento; tesis acogida por esta Corporación desde hace aproximadamente un siglo, siguiendo el criterio de la doctrina y jurisprudencia francesa, a partir del cual se define aquella, en sentido amplio, como la obligación de resarcir el daño sufrido por el «acreedor» debido al incumplimiento del «deudor» de obligaciones con origen en el «contrato»."*³

En este sentido, el que busque la reparación de los daños en virtud de la responsabilidad contractual, deberá demostrar los requisitos necesarios para que ésta se estructure, a saber:

"(...) la demostración de la existencia de un contrato bilateral válido celebrado entre quienes concurren al proceso en calidad de parte; actuación de la actora conforme a lo estipulado o haberse allanado a satisfacer las prestaciones a su cargo; incumplimiento del deudor demandado de las obligaciones derivadas de ese vínculo, o su tardía o defectuosa ejecución; daño irrogado al derecho del

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 24 de julio de 2013. Expediente 25131; Sentencia del 26 de marzo de 2014, Expediente 26831.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 9 de junio de 2015. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo. Rad: 11001-31-03-034-2003-00515-01

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

*acreedor, y que el mismo sea consecuencia directa de alguna de aquellas conductas del obligado."*⁴

Se requiere entonces i) la existencia de un contrato válidamente celebrado, ii) la existencia de una obligación exigible derivada del negocio jurídico, ii) el no cumplimiento del deudor, iii) la mora del deudor⁵ y iv) la existencia de un daño directamente causado por la conducta del deudor.

La jurisprudencia también ha establecido que en lo referente a la responsabilidad contractual,

*"se estará en presencia de un incumplimiento si la prestación no se satisface en la forma y en la oportunidad debida y si además esa insatisfacción es imputable al deudor. Y es que si la insatisfacción no es atribuible al deudor, ha de hablarse de "no cumplimiento"⁶ y esta situación, por regla general⁷, no da lugar a la responsabilidad civil⁸."*⁹

Es decir, la verificación de la falta de cumplimiento objetivo de la obligación no es incumplimiento hasta tanto se verifique la imputabilidad al deudor, de manera que sin dicha imputabilidad, no puede predicarse responsabilidad civil de éste.

Sin embargo, no es menos cierto que las normas a las que se refiere la jurisprudencia al concluir lo respectivo a la inimputabilidad, son aquellas que ponen de presente el

⁴ Ibídem.

⁵ Requisito introducido por la jurisprudencia para la estructuración de la responsabilidad contractual. Entre otras: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 10 de julio de 1995. Rad. 4540.

⁶ HINESTROSA, Fernando. Tratado de las obligaciones. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 237.

⁷ Se exceptúa el caso, por ejemplo, en el que el deudor conviene en responder aún en el evento de fuerza mayor o caso fortuito, tal como se desprende de los incisos finales de los artículos 1604 y 1616 del Código Civil.

⁸ Artículos 1604, inc. 2º, y 1616, inc. 2º, ibídem.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 10 de septiembre de 2014. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Rad: 28875

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

acaecimiento del caso fortuito (artículo 1604 y 1616 del Código Civil) o la fuerza mayor (artículo 1616 del Código Civil).¹⁰

En suma, el no cumplimiento se torna en incumplimiento cuando éste es imputable al deudor – es decir, que no se haya dado como consecuencia del acaecimiento de un caso fortuito o fuerza mayor – y dicho incumplimiento, en concurrencia con los demás requisitos mencionados, da lugar a la responsabilidad contractual que, a su vez, permite el resarcimiento de los perjuicios causados.

Por su parte, la multa contractual – como lo determina la misma Ley 1150 de 2007 y ha sido reiterado por la jurisprudencia administrativa – pretende la conminación del cumplimiento de las obligaciones:

*"Artículo 17: (...) las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de **conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones.**"*

En este sentido, la jurisprudencia ha determinado que:

*"(...) para la viabilidad de la imposición de las multas, resulta necesario que no se haya vencido el plazo de ejecución o decretado la caducidad del contrato, pues, se precisa, **ellas no tienen una naturaleza indemnizatoria sino compulsiva por cuanto sirven para apremiar o conminar al contratista a cumplir el contrato**, lo que implica que deben ser aplicadas durante el término fijado por las partes para su cumplimiento en tiempo oportuno y no cuando ese período ha expirado o extinguido en forma anormal"*¹¹

Resulta entonces evidente que las multas – en virtud de su naturaleza conminatoria – están lejos de pretender la indemnización de perjuicios y, en este sentido, no puede

¹⁰ "ARTICULO 64. FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO. Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc."

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 7 de octubre de 2009, Expediente No. 17.936

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

decirse que mediante su imposición se busque la declaración de la responsabilidad contractual del deudor.

En efecto, son dos eventos distintos: de un lado, la administración está facultada para declarar – unilateralmente – la responsabilidad contractual de su contratista. En este evento, declara el incumplimiento total o parcial mediante acto administrativo en el que prueba el lleno de los requisitos de este tipo de responsabilidad y, consecuentemente, afecta la cláusula penal pecuniaria como la manera de indemnizar los perjuicios producto del incumplimiento.

Hipótesis distinta resulta del procedimiento que pretende afectar las multas contractuales, de cara a su naturaleza meramente conminatoria. En este caso, la administración no pretende indemnizar perjuicios, motivo por el cual no está obligada a probar ni siquiera la ocurrencia de un daño¹² y, en este sentido, **resulta claro que no está declarando la responsabilidad contractual de su contratista**. Por lo anterior, la administración no está atada a la comprobación de los requisitos necesarios para la estructuración de esta responsabilidad.

Lo único que pretende la administración mediante la imposición de multas – y se reitera lo dicho por la jurisprudencia – es que su contratista se preste a cumplir la obligación que se ha verificado como no cumplida.

En este sentido, los puntos a verificar por parte de la administración cuando su pretensión es conminatoria, es el incumplimiento de la obligación por parte de su contratista y que el cumplimiento fuera materialmente posible.

Lo anterior, toda vez que es claro que la administración no podría apremiar a su contratista al cumplimiento de lo imposible: por ejemplo, un contratista obligado a la entrega de una cosa cierta que fue destruida como consecuencia de un huracán. Nada haría la administración imponiendo multas que pretendieran conminar al deudor al cumplimiento de dicha obligación pues dicha prestación se tornó imposible¹³.

¹² En efecto, la imposición de multas, a diferencia de todos los tipos de responsabilidad, no está sujeta a la verificación de la existencia de un daño, tal como lo ha corroborado la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, entre otras, en sentencia de 7 de octubre de 2009. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp: 17.936

¹³ Se violaría, por consiguiente, el postulado general del derecho según el cual nadie está obligado a lo imposible.

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

Como consecuencia, la inimputabilidad en el incumplimiento solamente se estructuraría si se comprobara el acaecimiento de fuerza mayor o caso fortuito, que son los eventos, no sólo regulados por la jurisprudencia para determinar la no imputabilidad, sino que además son los que imposibilitan de manera total y material el cumplimiento de la obligación.

Al respecto, la Resolución 031 de 2019 fue enfática y, sustentándose en jurisprudencia, determinó que:

*"En estos términos, es claro que el desequilibrio económico del contrato es una figura cuya existencia puede predicarse cuando circunstancias sobrevinientes **agravan el cumplimiento de la obligación debida, mas no lo imposibilitan**, como lo ha reconocido la jurisprudencia administrativa:*

*"El incumplimiento determinado por la fuerza mayor debe distinguirse de la situación que se presenta en aplicación de la teoría de la imprevisión, puesto que la fuerza mayor exime de responsabilidad al contratista incumplido, **en tanto que en aplicación de la teoría de la imprevisión el contratista cumple el contrato con dificultades, a cambio de lo cual tiene derecho al restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, alterada en razón del hecho imprevisible.***

*En presencia de la teoría de la imprevisión, **la prestación contractual se cumple** en condiciones gravosas para el contratista y ello determina su derecho a que se restablezca la ecuación financiera del contrato."*¹⁴

Es decir, la teoría de la imprevisión como causante del desequilibrio económico de los contratos no exonera al contratista en el cumplimiento de sus obligaciones."

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 10 de noviembre de 2005. C.P. Alir Eduardo Hernández Enríquez. Exp: 14392.

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

En el caso que nos ocupa, tenemos que la Resolución 031 de 2019 impuso una multa contractual con el fin – como no podría ser otro – de conminar a su Concesionario.

En este sentido, **nos situamos ante el evento de la conminación o apremio**, radicalmente distinto a aquel que pretende declarar la responsabilidad contractual por el incumplimiento del deudor.

En esta medida y de conformidad con lo analizado, no resulta dable analizar los elementos estructurales de la responsabilidad contractual toda vez que – se repite – no se busca la reparación de los perjuicios causados en virtud del incumplimiento.

Por este motivo, la sustentación dirigida a desvirtuar la existencia de la responsabilidad contractual por parte de los recurrentes, será desestimada.

Por otro lado, el laudo de TRANZIT S.A.S. contra TRANSMILENIO S.A. declaró el desequilibrio económico del contrato; es decir, que ha implicado una mayor onerosidad para TRANZIT S.A.S. el cumplimiento de las obligaciones, de donde deviene su derecho a que se le reestablezca el equilibrio.

De conformidad con lo ya expuesto, la declaratoria de la materialización de los cinco riesgos que produjo el desequilibrio económico del contrato no equivale a admitir la exoneración del cumplimiento de las obligaciones del Concesionario.

En efecto – y se hace especial énfasis en este aspecto – la consecuencia de lo resuelto por el laudo es la mayor onerosidad en la carga prestacional de TRANZIT S.A.S. mas no la imposibilidad física y material de cumplir, motivo por el cual no es cierto que exista causal que exonere el cumplimiento y tampoco que TRANSMILENIO S.A. no pueda exigir el cumplimiento de la totalidad de obligaciones adquiridas por TRANZIT S.A.S. en su pleno alcance contractual.

Así las cosas, la Entidad no acoge el argumento según el cual TRANZIT S.A.S., de haber recibido los ingresos que dejó de recibir como consecuencia del desequilibrio económico del contrato, sí habría cumplido con su carga prestacional, **pues esto no es más que admitir que el Concesionario sí tenía – y tiene – cómo cumplir con la obligación, sin duda, con mayor onerosidad, pero en un plano de lo materialmente posible.**

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

Por esta misma razón, la cosa juzgada que se predica del laudo arbitral solamente existe respecto de la efectiva materialización de los riesgos y del desequilibrio económico del contrato, sin que esto se traduzca – de ninguna manera – en que el Tribunal se pronunciara sobre la imposibilidad material de TRANZIT S.A.S. de cumplir con sus obligaciones.

En consecuencia, todos los argumentos conducentes a exponer que la materialización de los riesgos y el consecuente desequilibrio económico del contrato reconocido en el laudo justifican el incumplimiento contractual, serán desestimados.

En conclusión, los argumentos aquí expuestos de los recursos no prosperan por dos razones:

La primera, los fundamentos de los recurrentes que apuntan a demostrar la ausencia de imputabilidad de los incumplimientos al Concesionario, para efectos de la imposición de la multa son irrelevantes, toda vez que ésta – a diferencia de lo que se pretende con la reparación de perjuicios – tiene simplemente un objetivo conminatorio, luego, resulta fútil esbozar argumentos que pretendan desestructurar la responsabilidad contractual.

La segunda, porque el desequilibrio económico del contrato – contrario a lo que ocurre con la fuerza mayor o el caso fortuito – no imposibilita el cumplimiento y, en esta medida, la administración está facultada para exigir el cumplimiento total de las obligaciones.

En suma, se evidencia que la Resolución 031 de 2019 probó el incumplimiento – que por lo demás fue aceptado por la apoderada del Concesionario – y la posibilidad material de cumplir, motivo por el cual se confirmará lo respectivo.

3.1.2. Nexo de causalidad entre la ruptura del equilibrio económico y los incumplimientos

Adicionalmente, los recurrentes argumentan un supuesto nexo de causalidad entre la ruptura del equilibrio económico del contrato declarado por el Tribunal de Arbitramento y los incumplimientos en este procedimiento demostrados. Es decir que dichos incumplimientos se han dado como consecuencia directa del desequilibrio financiero.

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

En el acápite anterior nos hemos dedicado a demostrar que el desequilibrio económico del contrato no exonera de manera alguna el cumplimiento de las obligaciones por parte del contratista. Sin embargo y solamente con el fin de pronunciarnos sobre la totalidad de los argumentos, se procederá a analizar el nexo de causalidad alegado por los recurrentes.

Por una parte, la condena del laudo en virtud del desequilibrio económico del contrato asciende a la suma de \$14.577.952.515 COP. Lo que significa que, para que el argumento de los recurrentes tenga validez, el Concesionario tendría que lograr el cumplimiento del 100% de sus obligaciones contractuales con este monto.

Sin embargo, son varios los indicios que nos permiten desvirtuar esta posibilidad.

En primer lugar, en tratándose del pasivo re-estructurable dentro del proceso concursal, el 20 de febrero de 2019, la doctora Sugey Andrea Rodríguez – representante legal de TRANZIT S.A.S. – dirigió un correo a la Subgerente Jurídica de la Entidad anexando el acuerdo de reorganización del Concesionario, en el que expresaba:

"Que el pasivo externo de TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S – TRANZIT S.A.S. con corte a 12 de marzo de 2017 ascendía a la suma de \$305.121.716.000"

Por otro lado, respecto de las obligaciones causadas con posterioridad a la admisión al proceso de reorganización, en la audiencia de 4 de febrero de 2019, la Doctora Diana Rivera – en su calidad de apoderada de TRANZIT S.A.S. – admitió que el Concesionario tenía deudas con otros acreedores, entre los cuales enlistó créditos laborales, fiscales y a proveedores ascendientes a no menos de \$81.000.000.000 COP.¹⁵

Asimismo, mediante radicado 2019ER5452 de 20 de febrero de 2019, TRANZIT S.A.S. informó a TRANSMILENIO S.A. que no contaba con recursos para sufragar las obligaciones adquiridas con los pequeños propietarios vinculados a su propuesta en

¹⁵ La apoderada aseveró que tenía en su poder una certificación expedida por la representante legal de TRANZIT S.A.S. que contenía la relación de créditos considerados gastos de administración.

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

calidad de rentistas, incumplimiento que – como se ha advertido en pasadas ocasiones – se traduce en un incumplimiento del Contrato de Concesión 011 de 2010.

Adicionalmente, mediante memorando interno con radicado 2019IE1048 la Subgerencia Económica advirtió a la Subgerencia Jurídica que la *"inversión de flota pendiente por realizar por el Concesionario TRANZIT S.A.S. es de aproximadamente \$161.241,2 millones"*, por lo que *"el pago por parte de TRANSMILENIO S.A. por concepto del laudo arbitral de 30 de noviembre de 2018 por \$14.577,9 millones, representaría el 9.04% de la flota que tiene pendiente por vincular TRANZIT S.A.S. Es decir, que para llegar al 100% de la flota pendiente por vincular, el Concesionario requiere recursos adicionales por valor de \$146.633 millones"*.

Todo lo anterior nos lleva a concluir que el desequilibrio económico del contrato tasado por el Tribunal de Arbitramento en \$14.577.952.515 COP, de ninguna manera es la causa de los incumplimientos por parte del Concesionario pues, como se ha evidenciado, éstos se calculan en sumas muy superiores a la del restablecimiento del equilibrio.

Dicho de otra manera, el pago de la condena impuesta por el laudo no conduce al automático cumplimiento de las obligaciones a cargo de TRANZIT S.A.S., pues la magnitud de sus incumplimientos, según lo someramente señalado acá, no se compadece con la dimensión de la ruptura del equilibrio económico del contrato.

En conclusión, no existe el nexo de causalidad alegado por los recurrentes respecto del desequilibrio económico del contrato o la materialización de los riesgos como causa directa y adecuada del incumplimiento de TRANZIT S.A.S. y, en cualquier caso, se reitera, esto de ninguna manera exonera el cumplimiento de sus obligaciones.

3.2. Obligación de restablecer equilibrio económico del contrato

En atención a la orden proferida por el juez del contrato y en sustento del artículo 27 de la Ley 80 de 1993, los recurrentes solicitaron que TRANSMILENIO S.A. restableciera de manera inmediata el equilibrio económico del contrato con el fin de evitar que TRANZIT S.A.S. – que se encuentra en una situación parcial y transitoria – entrara definitivamente a liquidación judicial, cosa que ahondaría en la problemática de la implementación del SITP.

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

Así las cosas, la apoderada del Concesionario expuso las diferentes herramientas con que cuenta la administración para modificar e interpretar los documentos contractuales en la búsqueda del objetivo mencionado, cosa que evitaría la imposición de la multa, figura que representa no un deber legal de la administración, sino una mera facultad – es decir, podía o no imponerse al arbitrio de ésta –.

3.2.1. Facultad de la administración de imponer multas

Efectivamente, como bien lo sostiene la apoderada del Concesionario, TRANSMILENIO S.A., en su calidad de Entidad sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, cuenta con las facultades excepcionales brindadas por la Ley 80 de 1993: interpretación unilateral, modificación unilateral, terminación unilateral y caducidad, y por la Ley 1150 de 2007, la imposición de las multas convencionalmente pactadas.

Es también cierto que, en su condición de facultades, la Entidad puede optar o no por adelantar los procedimientos que conducirán al acto administrativo que las hace efectivas, siempre en atención a su finalidad.

Es decir, la imposición de multas procede por parte de la Entidad Administrativa siempre que éstas hayan sido pactadas contractualmente y la entidad pretenda **conminar** el no cumplimiento verificado.

Por su parte, la interpretación unilateral, en los términos del artículo 15 de la Ley 80, procede siempre que en la ejecución del contrato surjan discrepancias entre las partes sobre la interpretación de algunas de sus estipulaciones que puedan conducir a la paralización o afectación grave del servicio público. En este sentido, lo que busca la Entidad **es evitar la paralización del contrato en virtud de una divergencia hermenéutica.**

En cuanto a la modificación unilateral, según el artículo 16 de la Ley 80, se tiene que también procede **para evitar la paralización o afectación del servicio público cuando sea necesario modificar el contrato y las partes no lleguen a acuerdo sobre éste.**

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

Entonces, resulta claro que la figura que la Entidad adelante dependerá de lo que persiga, siempre teniendo la facultad de hacerlo o no.

Para el caso estudiado, el propósito de la Entidad – como fue reiterado a lo largo de la Resolución 031 de 2019 y en el presente acto administrativo – es el de conminar al contratista para el cumplimiento de sus obligaciones.

En ese sentido, resulta evidente que la figura procedente es la imposición de la multa y la Entidad decidió – en ejercicio de su facultad – adelantar el procedimiento conducente a ello.

3.2.2. Procedencia del restablecimiento del equilibrio económico

La apoderada del Concesionario alegó que, *"el Consejo de Estado, al analizar los requisitos para la procedencia del rompimiento del equilibrio económico, que fue decretado, repito, por el Tribunal en noviembre 30 de 2018, señala que la ayuda estatal que debe ofrecer la entidad pública ante la ocurrencia de esta situación, está fundamentada en que el contratista no interrumpa y continúe con la ejecución de sus obligaciones. En efecto, el laudo cita en las páginas 242 a 248 lo que esta corporación señaló"*¹⁶ y procedió a citar el aparte que a continuación se transcribe:

*"(iv) Que esa circunstancia imprevista dificulte a la parte que la invoca la ejecución del contrato, pero no la enfrente a un evento de fuerza mayor que imposibilite su continuación. La ayuda estatal procede sobre la base de que la situación sea parcial y temporal, de suerte que el contratista no suspenda la ejecución del contrato y continúe prestando el servicio. El hecho debe ser posterior a la celebración de un contrato, cuyas prestaciones no estén enteramente concluidas, pues el reconocimiento de la imprevisión busca que se brinde una ayuda al cocontratante para que éste no interrumpa el cumplimiento de sus obligaciones, y esa es la razón del apoyo económico."*¹⁷

¹⁶ Sustentación de recurso de reposición por parte de la Doctora María Isabel Patiño el 4 de febrero de 2019, en su condición de apoderada de TRANZIT S.A.S.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Magistrado Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Radicación: 1996-05631-01.

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

Al revisar el contenido del laudo en este aparte, la Entidad concluye que corresponde a los requisitos que deben ser demostrados para la estructuración de la teoría de la imprevisión. En efecto, la decisión judicial enuncia, previo al requisito transcrito,

"Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina, los requisitos para la configuración de la teoría de la imprevisión son los siguientes: (...) "¹⁸

Es decir, lo que el laudo determina en este punto es que – para la configuración de la teoría de la imprevisión – la parte interesada debe probar que la circunstancia imprevista verdaderamente ha dificultado la ejecución contractual, que no imposibilitado (como ya se ha explicado en su distinción con la fuerza mayor o caso fortuito), motivo por el cual procede el reconocimiento del reequilibrio por parte de la administración.

En otras palabras, el aparte leído por la recurrente en audiencia no hace sino apoyar la argumentación del acto administrativo aquí discutido, toda vez se refuerza la tesis según la cual el desequilibrio económico del contrato, producto de la configuración de la teoría de la imprevisión, no exonera al contratista en el cumplimiento de sus obligaciones.

Su única consecuencia, se reitera, es la mayor onerosidad en la carga prestacional que implica, a su favor, el derecho al restablecimiento de la ecuación financiera.

En este sentido, la Entidad coincide – y siempre lo ha hecho – con el Concesionario en que, como consecuencia de la declaratoria de desequilibrio económico hecha por el juez del contrato – el contratista tiene derecho a su restablecimiento.

En consecuencia a los dos puntos expuestos, se tiene que TRANSMILENIO S.A. sí puede imponer multas cuando su objetivo es apremiar el cumplimiento de su Concesionario y, concomitantemente, debe cumplir con la orden impartida por el juez del contrato, sin que ésta última pueda alegarse como un límite a la facultad de conminar al contratista.

En otras palabras, TRANSMILENIO S.A. debe cumplir con el restablecimiento del equilibrio económico del contrato en los términos precisos ordenados por el Laudo Arbitral,

¹⁸ Laudo Arbitral de TRANZIT S.A.S. contra TRANSMILENIO S.A. p. 106.

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

lo que no incide en la facultad que tiene la Entidad para conminar legalmente a su contratista al cumplimiento de sus obligaciones.

En última medida, no sobra recordar que el argumento según el cual TRANZIT S.A.S. no ha cesado operaciones a pesar del esfuerzo sobre-humano que ha implicado, no es un alegato que logre enervar la imposición de la multa, toda vez que de haberse dado dicho cese, no se estaría ante la imposición de una multa, sino ante la posibilidad de una caducidad.

3.3. Incompatibilidad de sanciones

En este punto, se tomarán los argumentos expuestos por la apoderada del Concesionario subtitulados en el acápite de antecedentes como "incompatibilidad de sanciones propuestas" y algunos de los presentados bajo la "proporcionalidad de la sanción", toda vez que se tocan los temas que aquí se analizarán.

3.3.1. La multa es incompatible con la cláusula penal pecuniaria

Efectivamente, la apoderada del Concesionario retomó los argumentos planteados a lo largo del procedimiento administrativo – que por lo demás fueron objeto de pronunciamiento expreso en la Resolución 031 de 2019 –, a saber:

- a) Se evidencia la confusión de la Interventoría respecto de las sanciones a imponer.
- b) La aplicación de la cláusula penal pecuniaria es incompatible con la multa.

Sobre este punto y solamente para dejar absoluta claridad, la Entidad hará las siguientes aclaraciones:

En primer lugar, la Resolución 031 de 2019 manifestó – desde el recuento de antecedentes – que el requerimiento había presentado varios presuntos incumplimientos, cada uno con su posible consecuencia:

"Que, en el mencionado requerimiento también se establecieron las posibles consecuencias según cada posible incumplimiento, así:

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

1. *Para la afectación a la prestación del servicio a los usuarios, la posible sanción aplicable sería la afectación de la cláusula penal pecuniaria, toda vez que, según la recomendación de la Interventoría, "sí debe entenderse que se trata de un hecho cumplido y reiterado (...)"*
2. *Para la no vinculación de flota de reserva necesaria para atender la prestación del servicio público de transporte y las contingencias que puedan presentarse en la operación, la posible sanción aplicable sería la imposición de la multa estipulada en la cláusula 122 del Contrato de Concesión, equivalente a 20 Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes por cada día en el que se demuestre el incumplimiento y hasta tanto se verifique el efectivo cumplimiento de la obligación presuntamente incumplida.*
3. *Para la no vinculación de flota operativa necesaria para la operación regular, la posible sanción sería la imposición de la multa estipulada en la cláusula 124.1 del Contrato de Concesión, equivalente a 50 Salarios Mínimos Legales Vigentes por cada incumplimiento detectado por cada día en que se demuestre el incumplimiento y hasta tanto se verifique el efectivo cumplimiento de la obligación presuntamente incumplida.*
4. *Para el presunto incumplimiento en la programación, la posible sanción aplicable sería la afectación de la cláusula penal pecuniaria tasada proporcionalmente, toda vez que no se trata de un incumplimiento total del Contrato.*"¹⁹

Asimismo, respecto de la supuesta confusión de la Interventoría respecto de las consecuencias a aplicar en cada caso, la Resolución dejó sentado que:

"Por las razones señaladas, la Entidad considera que cada sanción propuesta para cada uno de los incumplimientos endilgados es la correcta, por lo que el argumento según el cual la Interventoría no conocía la diferencia entre multa y

¹⁹ Resolución 031 de 2019. P. 3 y 4. Fue, además, reiterado a lo largo de la Resolución, por ejemplo, a partir de la página 26 donde se hace el análisis de cada presunto incumplimiento.

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

cláusula penal pecuniaria e incumplimientos transitorios, totales, parciales o definitivos, no encuentra asidero.

El apoderado del Concesionario cuestionó el conocimiento del Gerente de la Interventoría Consorcio J&S – Félix Segura –, toda vez que en el testimonio rendido, éste se abstuvo de contestar las preguntas referentes a las mencionadas diferencias jurídicas, expresando que eran respuestas del resorte exclusivo del área legal de la empresa de la cual, evidentemente, él no era parte. En sede de alegatos de conclusión, el apoderado del Concesionario resaltó este desconocimiento para acusar a la Interventoría Consorcio J&S de desconocimiento sustancial de las figuras jurídicas.

Al respecto, la Entidad se permite esclarecer que el Doctor Segura, en su calidad de Gerente de la Interventoría, no está obligado a conocer términos y elementos jurídicos como lo son la diferencia entre la multa y la cláusula penal pecuniaria o los diferentes tipos de incumplimiento; los obligados a manejar dichos términos son los abogados pertenecientes al área legal de la Interventoría quienes, de hecho, son quienes efectúan los Informes de Posible Incumplimiento.

Hasta este punto, la Entidad ha expuesto las razones por las cuales sí procede hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria en los incumplimientos relacionados como definitivos (afectación a la prestación del servicio y programación) y, además, desestimó los argumentos mediante los cuales se pretendió desacreditar el criterio de la Interventoría. En conclusión, no proceden los descargos aquí estudiados.²⁰

Finalmente, la Resolución determinó que:

*"Sin embargo, esta Subgerencia encuentra que la no vinculación de flota de reserva y la no vinculación de flota operativa conducen a que el Concesionario incumpla con la obligación de programación lo que, a su vez, genera la afectación de la prestación en el servicio público en las condiciones exigidas contractualmente, por lo que, **imponer una consecuencia a cada presunto***

²⁰ Ibídem. P. 52.

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

incumplimiento endilgado resultaría en la violación al non bis in ídem, no obstante que los cuatro cargos encuentren pleno respaldo probatorio en el presente proceso. (...)

En desarrollo de este procedimiento, la Entidad ha evidenciado que el incumplimiento en la vinculación de flota de reserva y en la vinculación de flota operativa – vastamente probados en esta sede administrativa – conllevan a que se incumpla la programación propuesta por el Concesionario en el PSONT, cosa que conduce a la afectación en la prestación del servicio público.

En esta medida, imponer una sanción por las consecuencias que generan por los incumplimientos, sería lo mismo que imponer doble sanción por los mismos hechos, cosa que redundaría en la vulneración al principio non bis in ídem. (...)"²¹

De las anteriores transcripciones queda claro que el procedimiento administrativo contempló varios posibles incumplimientos y a cada uno de ellos le correspondió una posible consecuencia. En esta medida, no se pretendía imponer una multa y afectar la cláusula penal pecuniaria sobre un mismo incumplimiento.

Asimismo, la procedencia de cada posible consecuencia se analizó de cara a la naturaleza de cada incumplimiento endilgado, por lo que se descartó el alegato que pretendía desvirtuar las recomendaciones de la Interventoría.

Sin embargo y con fundamento en el principio *non bis in ídem*, la Entidad descartó la imposición de las sanciones derivadas del incumplimiento en la programación y de la afectación a la prestación del servicio, motivo por el cual **no hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria**²².

Es decir, el argumento de la incompatibilidad de la imposición de las multas con la efectividad de la cláusula penal, si bien se comparte, no modifica lo concluido por la Resolución 031 de 2019, puesto que ésta solamente impuso multas contractuales.

²¹ Ibidem. P. 57 y 58.

²² Debe recordarse que las posibles consecuencias contempladas para la afectación a la prestación al servicio y el incumplimiento en la programación eran la afectación de la cláusula penal de manera total o parcial, respectivamente.

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

3.3.2. De la imposibilidad de afectar la cláusula penal pecuniaria

Adicionalmente, la apoderada expresó que la Resolución 031 de 2019 no era clara, toda vez que no se entendía si se había afectado la cláusula penal pecuniaria o no, pero que, en cualquier caso, dicha posibilidad estaba vedada en este procedimiento por la inimputabilidad de los incumplimientos y por su incompatibilidad con la multa.

Según las aclaraciones hechas en el acápite anterior, resulta claro que el acto administrativo recurrido no hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria y, en este sentido, el argumento no encuentra asidero.

3.3.3. De la afectación de las pólizas como consecuencia de la imposición de las multas

La Doctora Patiño sustentó esta parte de su recurso así:

"Doctora Julia, también no me queda claro cómo entonces, por el principio de que nadie puede ser sancionado dos veces por el mismo hecho, entonces descartan en el resuelve la aplicación de la cláusula penal pecuniaria y nos quedamos entonces con la imposición de una multa que es a todas luces completamente desproporcionada. ¿Al fin qué? Entonces no se está haciendo efectiva la cláusula penal pecuniaria pero entonces en la parte de las aseguradoras se afecta la póliza porque después de la compensación que se hace sobre el resultado del laudo queda un saldo que deben responder las aseguradoras afectando la cláusula penal pecuniaria para respaldar el resto del valor de una multa por causas no imputables a TRANZIT (?). Eso queda ahí como un intrínquilis jurídico que francamente no me queda claro"

Habiendo ya determinado que lo único que hizo la Entidad mediante la Resolución 031 de 2019 fue imponer las multas contractuales – cosa que en esta intervención la recurrente parece aceptar – TRANSMILENIO S.A. considera necesario expresar que la afectación de las pólizas no se debió a la afectación de la cláusula penal pecuniaria sino a la imposición de las multas.

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

La Resolución 031 de 2019 es diáfana cuando, después de transcribir las normas aplicables, determina que:

*"De conformidad con lo expuesto, se tiene que – si es el caso – la Entidad Estatal profiere acto administrativo en el que verifica el incumplimiento del contratista e impone las multas contractuales. Como consecuencia, la Entidad puede – en el mismo acto administrativo – afectar las pólizas de cumplimiento expedidas que, por ministerio de la ley, cubren el pago de dichas multas."*²³

Es decir, las pólizas de cumplimiento también pueden ser afectadas por la imposición de multas contractuales.

En este sentido, no se entiende por qué la apoderada de TRANZIT S.A.S. insiste en introducir dentro de su sustentación argumentos que atacan la efectividad de la cláusula penal pecuniaria pues, se reitera, esto no ocurrió.

3.4. Proporcionalidad de la multa

Sobre este aspecto se presentaron dos argumentos a tener en cuenta.

Por una parte, la apoderada del Concesionario alegó que en razón a la naturaleza conminatoria de la multa, resultaba desproporcionado imponer una multa de 20 mil millones, más aún cuando para ello existían topes contractuales.

En segundo lugar, los apoderados de las aseguradoras alegaron que existía una errónea interpretación de la cláusula 121 del Contrato de Concesión No. 011 de 2010, toda vez que se tenía que tener como tope el 10% de los ingresos del mes en el que se imponía la multa.

3.4.1. Sobre la naturaleza contractual de las multas

La naturaleza contractual de las multas conminatorias fue definida por la jurisprudencia posterior a la expedición de la Ley 1150 de 2007.

²³ Resolución 031 de 2019. P. 72.

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

En este sentido se pronunció el Consejo de Estado al determinar que:

*"Para valorar la legalidad de la imposición de las multas y de la cláusula penal pecuniaria en los contratos, como ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, se debe verificar, siempre, **si dicha potestad se encuentra autorizada por la ley y en el contrato mismo**, toda vez que la administración debe tener en cuenta que siempre que se acuda a una de estas figuras, en materia contractual, deberá cumplirse, previamente, con los postulados propios del principio de legalidad. (...) En materia contractual opera una especie de combinación entre el principio de legalidad y el de la autonomía de la voluntad: el primero exige que las conductas reprochables entre las partes del contrato se contemplen previamente, con su correspondiente sanción, y el segundo permite que sean las partes -no la ley; pero autorizadas por ella- quienes definan esas conductas y la sanción. Se trata, no cabe duda, de un supuesto de ius puniendi sui generis al que regula el art. 29 CP., en lo que respecta, por lo menos, a la legalidad. (...) Como respuesta a las discusiones doctrinarias y jurisprudenciales acerca de la competencia de la administración para la imponer las sanciones pecuniarias, el legislador expidió la Ley 1150 de 2007, "por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993, y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos". Esta norma, en el artículo 17, contempla la facultad de las entidades estatales de imponer multas y la cláusula penal pecuniaria que hubieren sido pactadas. (...) **Esta nueva disposición realiza el principio de legalidad, pues queda claro que las entidades pueden ejercitar -de conformidad con la ley y el contrato-, la potestad sancionadora en el desarrollo contractual, esto es, sin tener que acudir al juez para declarar el incumplimiento.** (...) "*

*Se revive la facultad sancionatoria de imponer multas por parte de las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones durante la ejecución del contrato, **claro está siempre que ellas se pacten** - 'autonomía de la voluntad- y **una vez así convenidas el Estado las impone y hace exigibles y efectivas directa y unilateralmente**. Con todo, adviértase que las multas que se pueden aplicar por las entidades públicas a su cocontratante, a título de sanción*

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

*por el incumplimiento de sus obligaciones, deben ser establecidas previamente en el contrato, es decir, ser anteriores a la conducta que se prevé como hecho a sancionar, porque de ser impuestas sin un pacto en ese sentido sería un desconocimiento del contrato, no tendría causa jurídica y, por ende, entrañaría un desconocimiento del debido proceso legal."*²⁴

Así las cosas, no basta con que la ley vigente contemple las multas, en cuanto si el contrato estatal no las incluyó, la Entidad no podrá imponerlas unilateralmente.

De lo dicho se desprende que son cláusulas – aunque autorizadas por la ley – meramente convencionales y, en ese sentido, expresamente aceptadas por las partes contractuales, de lo que se sigue, necesariamente, el principio general estatuido por el artículo 1602 del Código Civil, según el cual *"el contrato es ley para las partes"*.²⁵

Es decir, TRANZIT S.A.S. suscribió el Contrato de Concesión 011 de 2010 que incluía las cláusulas 122 y 124.1 que, al tenor de su letra, contemplaban las multas de hasta 20 salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV) por cada día en el que se verificara el incumplimiento de vinculación de flota de reserva y de 50 SMMLV por cada día en el que se verificara el incumplimiento de vinculación de flota operativa, considerado frente a cada vehículo en particular.

Al suscribir el negocio jurídico, la sociedad aceptó su contenido y, en consecuencia, está obligada a lo que de las cláusulas devenga, sin que le sea posible, a la hora de sufrir las consecuencias, alegar su inaplicabilidad, mucho menos cuando el Concesionario nunca ha hecho reparos frente a éstas.

En efecto, salvo que la cláusula esté viciada de nulidad, ineficacia o inexistencia – cosa que no se ha demostrado ni declarado – las cláusulas serán válidas y tendrán plena aplicabilidad.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 7 de octubre de 2009. C.P. Ruth Stella Correa. Exp: 17.936

²⁵ Así lo ha reconocido la jurisprudencia al determinar que *"cuando la administración recurre al ejercicio de la potestad sancionatoria utilizan [sic] una facultad de naturaleza propiamente contractual, pues ella radica, previa y necesariamente, en el contenido del contrato y de los pliegos de condiciones (...)".* Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 13 de noviembre de 2008. C.P. Enrique Gil Botero. Exp: 17009.

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

En el caso que nos ocupa, se impusieron las multas contractuales estipuladas en las cláusulas 122 y 124.1, **con los límites contractuales contemplados en la cláusula 121**. Es decir, la administración no hizo otra cosa que aplicar las cláusulas contractuales.

Por lo anterior, no es dable para la recurrente alegar que TRANSMILENIO S.A. está excediendo la cuantía de la multa en razón a su proporcionalidad, pues la Entidad ha actuado sujetándose a lo estrictamente pactado por las partes en el negocio jurídico.

3.4.2. Sobre la proporcionalidad

Sin embargo, la Entidad reconoce que la cláusula 122 – a diferencia de la 124.1 – dispone un límite cuantitativo para la tasación de la multa, intención de las partes denotada por el uso de la palabra “*hasta*”²⁶.

En este sentido, resulta indiscutible que la aplicación de la cláusula 124.1 no permite que la Entidad efectúe un análisis de tasación pues, la imposición de la multa contractual – según lo ya expuesto – se hace en el marco de lo expresamente pactado y es vinculante para las partes.

No obstante, en lo que respecta la aplicación de la cláusula 122, deviene diáfano que por el uso del término “*hasta 20 SMMLV*” la Entidad puede modular la tasación de la multa llevándola desde una cifra mínima (>0) hasta el tope de 20 SMMLV.

La decisión que tome la administración sobre la cuantía de la multa a imponer – como facultad discrecional que es²⁷ – dependerá del análisis que se efectúe en aplicación del artículo 44 del CPACA:

“ARTÍCULO 44. DECISIONES DISCRECIONALES. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe

²⁶ Cláusula 122: “(...) una multa diaria de hasta 20 salarios mínimos mensuales”. Por su parte, la cláusula 124.1 estipula que: “Dará lugar a multa diaria de cincuenta (50) salarios mínimos mensuales por cada incumplimiento detectado y hasta que se satisfaga la obligación, las siguientes conductas (...)”

²⁷ En el acápite 3.2.1. se determinó que la imposición de las multas efectivamente se trataba de una facultad discrecional de la administración.

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa."

Es decir, la norma exige que el Estado – al imponer una decisión de carácter discrecional – considere i) los fines de la norma que la autoriza y ii) proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Iniciaremos, entonces, analizando la proporcionalidad de los hechos que fundamentan la sanción:

Así las cosas, a lo que se refiere este análisis es a la exigencia de considerar el grado y la gravedad de los incumplimientos del contratista, pues resulta lógico que no sea lo mismo que durante un mes la contingencia que se presente con la flota operativa exija una flota de reserva igual a la operativa y que ésta no se tenga en su totalidad a que, en un mes, solamente se presente la necesidad de reemplazo de un vehículo operativo con uno de reserva y que esta obligación no pueda ser satisfecha por ausencia total de flota de reserva, puesto que, en éste último caso, el incumplimiento es mayor.

En el caso que nos ocupa, la Entidad verificó la ausencia absoluta de flota de reserva vinculada por el Concesionario, tal como se manifestó en la Resolución 031 de 2019:

*"Mediante comunicado con radicado 2018ER6670, la Interventoría presentó Alcance de Informe de Posible Incumplimiento No. J&S-14-18, respecto de la obligación de vinculación de flota de reserva, en el que determina que para el periodo comprendido entre julio y diciembre de 2017, la flota vinculada se ha reducido en 17.5%, de manera que resulta que la flota operativa es constantemente insuficiente para cubrir la flota programada, **sin que exista flota de reserva para cubrir estas contingencias**. Asimismo, no se tiene noticia de que esta situación haya cesado."*²⁸

Y más adelante expuso:

²⁸ Resolución 031 de 2019, P. 31. Nota de página No. 3.

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

"En efecto, para el caso del presunto incumplimiento sobre la no vinculación de flota de reserva, la Interventoría presentó unas gráficas que le permiten arribar a la siguiente conclusión:

*"cada uno de los parámetros expuestos **evidenciará la inexistencia de una flota de reserva que cubra las contingencias de la operación** y las necesidades de mantenimiento (...).*

*Uno de los factores claves en el desarrollo de este análisis es la cantidad elevada que presenta mensualmente esta empresa operadora de los zonales que no salen a operar, esta cantidad de buses, sumada a los vehículos que hacen falta para cumplir la programación, **evidencian que no se tiene flota de reserva operativa para cubrir con las contingencias durante la operación** y, además, confirma que no se está asegurando la cobertura y disponibilidad permanente de la flota para la prestación eficiente, oportuna y suficiente del servicio"*²⁹ ³⁰

En conclusión, el contratista no ha vinculado ningún vehículo en calidad de flota de reserva, de manera que esta obligación está siendo incumplida en su máximo grado.

Ahora bien, en cuanto a los fines de la norma que lo autoriza, se tiene que – como ha sido vastamente expuesto – las multas contractuales cumplen objetivos meramente apremiantes. De esta manera, tanto la ley como la jurisprudencia han reiterado este aspecto, así:

*"Artículo 17: (...) las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de **conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones.**"*³¹

"(...) para la viabilidad de la imposición de las multas, resulta necesario que no se haya vencido el plazo de ejecución o decretado la caducidad del contrato,

²⁹ Informe de Posible Incumplimiento No. 26 – JAHV McGregor S.A.S. – P. 4

³⁰ Resolución 031 de 2019. P. 54.

³¹ Ley 1150 de 2007.

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

pues, se precisa, ellas no tienen una naturaleza indemnizatoria sino compulsiva por cuanto sirven para apremiar o conminar al contratista a cumplir el contrato, lo que implica que deben ser aplicadas durante el término fijado por las partes para su cumplimiento en tiempo oportuno y no cuando ese período ha expirado o extinguido en forma anormal"³².

En consecuencia, si la función de la multa es la de conminar al contratista, la cuantía a imponer debe posibilitar este fin. Lo contrario, sería admitir multas tan onerosas que obstaculicen o impidan el cumplimiento mismo del objeto contractual. En este sentido, el Consejo de Estado ha determinado que:

"Es razonable que tal atribución negocial debe ser expresa, precisa, clara y limitada a los casos allí señalados, a la vez que los apremios o sanciones no sean desproporcionados, de tal suerte que se tomen irrazonables o inequitativos dentro del contexto general del negocio."

En este sentido, no cabe duda que la imposición de multas debe hacerse de manera razonable de cara a la consecución del fin perseguido que no es otro distinto al de apremiar el cumplimiento del contratista.

En el caso que nos ocupa, es menester concluir, por un lado, que la Entidad cuenta con un margen contractual suficiente para imponer una multa inferior a 20 SMMLV. Por otro lado, que la multa máxima de 20 SMMLV conduciría a imponer en cabeza del contratista obligaciones excesivamente onerosas.

De lo anterior, resultaría que la Entidad – como bien lo manifestó el apoderado de Seguros Mundial S.A. – estaría obstaculizando de manera irrazonable el cumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S. – propósito diametralmente opuesto al perseguido con la imposición de la multa – de suerte que no se compadecería con el objetivo legal de la figura.

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 7 de octubre de 2009, Expediente No. 17.936

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

Así las cosas, TRANSMILENIO S.A. encuentra que la cuantía de la multa contenida en la cláusula 122 solamente será razonable y adecuada a los fines perseguidos por la norma en la medida en la que el pago de la sanción no imposibilite el cumplimiento de la obligación de vincular flota de reserva.

Expuesto lo anterior, la Entidad reconsidera la cuantía de la multa a imponer en virtud del incumplimiento de la vinculación de flota de reserva y la fija en 1 SMMLV por cada día en el que se haya verificado el incumplimiento.

3.4.3. Sobre la interpretación de la cláusula 121

Fue materia de alegato por los apoderados de los garantes, que la Resolución 031 de 2019 había interpretado erróneamente la cláusula 121. Según éstos, la correcta interpretación deriva en la suma del resultado de los incumplimientos de todos los meses y el límite se impone del 10% de los ingresos del Concesionario del mes en que se impone la multa, es decir *"enero o febrero de 2019"*.

La cláusula 121 estipula que:

"TRANSMILENIO S.A. podrá imponer las multas correspondientes de acuerdo con lo previsto en las cláusulas incluidas en el presente capítulo en los eventos en que el CONCESIONARIO incumpla las obligaciones, requisitos, parámetros y responsabilidades en cuanto a los plazos, estándares o condiciones establecidos en el Contrato de Concesión y en los manuales anexos al mismo.

La multa será impuesta mediante acto administrativo motivado, previo el seguimiento de un procedimiento cuya finalidad es garantizar el derecho de defensa y el debido proceso del CONCESIONARIO.

Las multas se causarán a partir de la fecha prevista para el cumplimiento de la obligación y hasta que cese el respectivo incumplimiento.

En todo caso y para efectos de la tasación, en ningún evento se impondrán multas por un valor total acumulado que supere el diez por ciento (10%) del valor total de los ingresos que por todo concepto perciba el CONCESIONARIO con ocasión

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

del presente Contrato, durante el mes en que se haya causado la sanción correspondiente. (...)"

Como se evidencia, la misma cláusula determina que la multa se causa en el momento en el que debía cumplirse la obligación y no se cumplió y hasta que cesa el incumplimiento.

En este sentido, cuando la cláusula, en el siguiente inciso, determina que el límite del 10% de los ingresos del Concesionario se toma del mes en el que se **cause la multa**, no hace otra cosa que admitir que el límite del 10% de los ingresos debe tomarse del mes en el que la obligación debía cumplirse y no se cumplió.

Asimismo, la multa – en los términos ya expuestos de las cláusulas 122 y 124.1 – se causa por cada **día** de incumplimiento verificado y hasta que cese el respectivo incumplimiento.

En otras palabras, la multa equivalente a 50 SMMLV y hasta 20 SMMLV por la no vinculación de flota operativa y de flota de reserva, respectivamente, **se causa cada día que debió cumplirse la obligación y no se cumplió.**

En este caso, tal como lo verificó la Resolución 031 de 2019, el incumplimiento sobre flota de reserva inició en junio de 2016 y el de flota operativa, en julio de 2017. Es decir, **que la multa se causó – día a día – desde estos periodos.**

Así las cosas, como el límite estipulado en la Cláusula 121 se toma por el mes en el que se causó la multa, resulta evidente que debe calcularse el 10% de los ingresos del Concesionario en el mes en el que se dio el respectivo incumplimiento. Es por esto que el cálculo incluido en la Resolución desagrega el número de días en el que se verificó el incumplimiento en cada mes, con el fin de determinar el límite a imponer por cada mes.

Por lo anterior, se considera correcta la interpretación de la Cláusula 121 efectuada por la Resolución 031 de 2019.

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

3.5. Actitud de TRANZIT S.A.S. en busca del cumplimiento

La apoderada de Seguros del Estado arguyó que TRANZIT S.A.S. había actuado tendiendo a buscar soluciones para dar cumplimiento al contrato, entre otros, la solicitud de reconocimiento de kilómetros en vacío, la negociación del otrosí estructural y la entrada en reorganización.

Al respecto y de conformidad con lo hasta ahora expuesto, TRANSMILENIO S.A. se limita a reiterar que el incumplimiento de las obligaciones debatidas en el procedimiento administrativo fue demostrado mediante la Resolución 031 de 2019, sin que se pudiera demostrar la existencia de una causal que exonerara el incumplimiento – como lo sería la fuerza mayor o el caso fortuito – en tanto, se repite, la materialización de riesgos como configurativa de la teoría de la imprevisión o el desequilibrio económico del contrato no exoneran el cumplimiento del contratista.

En consecuencia, toda vez que la apoderada no desvirtuó que TRANZIT S.A.S. se encontrara en imposibilidad material de cumplir, ni tampoco que el Concesionario hubiera cumplido con sus obligaciones, lo argumentado en este punto no logra enervar la procedencia de la multa.

En sentido similar, el apoderado del Concesionario alegó en sus alegatos de conclusión que TRANZIT S.A.S. había intentado proponerle a la Entidad la suscripción de otrosíes que mejoraran la situación del Sistema. TRANSMILENIO S.A. respondió en la Resolución 031 de 2019 sobre el tema, lo siguiente:

"En primer lugar, en virtud del principio pacta sunt servanda, las partes se obligan a cumplir con lo pactado en el negocio jurídico en los precisos términos en los que fue celebrado. Si, durante la ejecución del contrato, las partes, en ejercicio de su libre voluntad, deciden suscribir un acuerdo modificadorio, quedarán vinculadas por estos nuevos términos contractuales.

Sin embargo, lo que de ninguna manera encuentra soporte en nuestro ordenamiento jurídico, es que se pretenda justificar un incumplimiento en el hecho de que la contraparte contractual no quiso suscribir un otrosí que modificara las obligaciones inicialmente concebidas.

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

En conclusión, se desestima este descargo.

Por lo demás, no sobra resaltar que TRANSMILENIO S.A. sí dio respuesta al proyecto de Otrosí mediante oficio con radicado 2017EE11254 y, asimismo, ha venido adelantando mesas de trabajo con el Concesionario con el fin de verificar las condiciones que permitan garantizar la continuidad en la prestación del servicio, lo cual no obstante, de ninguna manera exonera el cumplimiento del contrato por parte del concesionario."³³

Se desatiende, por consiguiente, el alegato de la apoderada de la aseguradora.

3.6. Compensación con sociedades en proceso de reorganización.

La apoderada del Concesionario discrepó con la Resolución 031 de 2019 que ordenó compensar las sumas que adeudaba TRANSMILENIO S.A. a TRANZIT S.A.S. por concepto de la condena reconocida en el laudo con la multa impuesta mediante el acto administrativo.

Calificó de descabellada la decisión de cara al objetivo de la ley de reorganización empresarial y a su carácter universal fundado en el principio de igualdad. Es decir, según ésta, la compensación iría en detrimento de los demás acreedores que han reclamado sus obligaciones ante el trámite concursal.

Concluyó, en esta medida, que si TRANSMILENIO S.A. cobraba multas, debía – al igual que los demás acreedores – presentar la acreencia ante el proceso de reorganización que sería consecuentemente graduada como de quinta clase y esperar a que se pagara en el marco de dicho proceso.

Sin embargo, admitió, toda vez que la oportunidad procesal para presentar dichas reclamaciones ya había expirado, TRANSMILENIO S.A. debía esperar a que TRANZIT S.A.S. le pagara a todos los acreedores parte del proceso de reorganización y, posteriormente, cobrar las obligaciones correspondientes.

³³ Resolución 031 de 2019. P. 53

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

En consideración a la alta especialidad de la materia, TRANSMILENIO S.A. solicitó concepto a la Superintendencia de Sociedades – de conformidad con lo expuesto en los antecedentes – sobre la procedencia de la compensación de obligaciones recíprocas causadas con posterioridad a la admisión en reorganización.

Asimismo, TRANZIT S.A.S. solicitó concepto a la Superintendencia sobre si las multas contractuales, en el marco de la Ley 1116 de 2006, tenían naturaleza de gastos de administración.

En respuesta, la Superintendencia fue enfática en determinar que si bien:

*"(...) la fecha de admisión del deudor al proceso de insolvencia determina el tratamiento diferenciado de sus obligaciones, **pues aquellas causadas con anterioridad al auto de apertura quedan sujetas a las resultas del proceso de insolvencia**, y su pago se hace en los términos del acuerdo respectivo, en consideración a que los acreedores pierden el derecho de ejecución individual o separada de los mismos, circunstancia que excluye la compensación como modo de extinción de las obligaciones.*

*A su vez, **las obligaciones derivadas del desarrollo de los negocios del deudor admitido al proceso de insolvencia y hasta la terminación del acuerdo, se consideran gastos de administración**, los cuales no hacen parte del trámite, se pagan con preferencia respecto de las obligaciones que sí son objeto del mismo y a medida que se vayan causando, pueden ser compensados sin autorización del juez del concurso y adicionalmente pueden ser cobrados dentro de un proceso ejecutivo ante la justicia ordinaria.*

*Esto significa que las acreencias originadas del ejercicio de la actividad mercantil consagrada en el objeto social por parte de un deudor admitido a un proceso de reorganización empresarial, se extinguen "por ministerio de la ley" en virtud de la compensación legal de obligaciones recíprocas, siempre y cuando se satisfagan los requisitos del artículo 1715 del Código Civil."*³⁴

³⁴ Concepto Superintendencia de Sociedades 2019-01-066210 de 21 de marzo de 2019.

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

Lo anterior, de ninguna manera significaba que la imposición de multas causadas con posterioridad a la admisión a reorganización podía tener el tratamiento de gastos de administración, como quiera que:

"Ahora bien, es menester tener en cuenta que los "créditos legalmente postergados" a que hace referencia el artículo 69 de la Ley 1116 del 27 de diciembre de 2006, no pueden ser reclamados o exigirse mientras no se haya atendido el pago de las demás obligaciones del deudor ni de aquellas que tengan una mejor posición en el orden de prelación, y por ende no pueden ser objeto de compensación mientras esto no acontezca.

*Entre las obligaciones postergadas merecen especial mención los "valores derivados de sanciones pactadas mediante acuerdo de voluntades", dentro de los cuales cabe considerar las sanciones pecuniarias impuestas por las Entidades públicas en ejercicio de las cláusulas sobre multas pactadas en los contratos estatales regidos por la Ley 80 del 28 de octubre de 1993, las cuales tiene por objeto "apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, mediante la imposición de una sanción de tipo pecuniario en caso de mora o incumplimiento parcial (...). Por tanto, las multas y su cumplimiento no pueden ser neutras o favorables al contratista, pues conllevan implícita una consecuencia desfavorable para él, derivada de la situación de incumplimiento en que se ha puesto. Si no fuera así, la multa no cumpliría su función de apremio, pues al contratista le podría ser indiferente cumplir o no sus obligaciones para con la Administración".*³⁵

Dicha posición fue reiterada en concepto posterior, así:

"Las multas impuestas en ejecución de un contrato estatal por una Entidad pública a un contratista insolvente en reorganización empresarial, constituyen "valores derivados de sanciones pactadas mediante acuerdos de voluntades", y en tal virtud son ajenos a los gastos administrativos "producto del giro ordinario de los negocios" y están catalogados como "créditos legalmente postergados" al tenor del artículo 69 de la Ley 1116 de 2006. Es decir que las multas como sanciones contractuales impuestas al deudor insolvente en reorganización no pueden ser reclamadas o exigidas mientras no

³⁵ Ibídem.

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

se haya atendido el pago de las demás obligaciones del deudor ni de aquellas que tengan una mejor posición en el orden de prelación, y por ende no pueden ser objeto de compensación mientras esto no acontezca."³⁶

En consecuencia, debe entenderse que una es la naturaleza de las obligaciones que se causan con anterioridad a la admisión en reorganización, en consideración a que éstas se someten – en cualquier caso – al trámite concursal, y otra la que se predica respecto de las obligaciones que se causan con posterioridad pues éstas, si hacen parte del giro ordinario de los negocios, son consideradas gastos de administración y, consecuentemente, tienen preferencia en su pago respecto del pasivo a reestructurar; si, por el contrario, éstas devienen de la imposición de una sanción contractual, su naturaleza es de crédito legalmente postergado.

En otras palabras, la imposición de una multa que se causó con posterioridad a la admisión a reorganización, debe considerarse como un crédito legalmente postergado por expresa disposición legal y, en ese sentido, solamente puede ser exigida cuando el deudor insolvente pague las obligaciones de los acreedores en mejor posición en el orden de prelación.

Así las cosas, toda vez que la exigibilidad queda supeditada al cumplimiento de otras obligaciones, se imposibilita la compensación hasta tanto esto no ocurra.

En el caso que nos ocupa, en primer lugar, está vastamente probado que TRANZIT S.A.S. fue admitido a proceso de reorganización el 13 de marzo de 2017.

Asimismo, que los incumplimientos reportados por la Interventoría de vinculación de flota de reserva se verificaron desde junio de 2016, mientras que los de vinculación de flota operativa, desde julio de 2017.

En este orden de ideas, es evidente que la Resolución 031 de 2019 pretende imponer dos tipos de multas:

- i) Unas multas causadas³⁷ desde junio de 2016 hasta el 13 de marzo de 2017.

³⁶ Concepto Superintendencia de Sociedades 2019-01-083335 de 29 de marzo de 2019.

³⁷ Las multas, como ya se ha expuesto, se causan en los términos de la cláusula 121 del Contrato de Concesión: "*Las multas se **causarán** a partir de la fecha prevista para el cumplimiento de la obligación y hasta que cese el respectivo incumplimiento.*"

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

ii) Unas multas causadas desde el 13 de marzo de 2017 hasta diciembre de 2018.

Respecto del primer tipo, se tiene que las obligaciones que se debían y no se cumplieron respecto a la flota de reserva desde junio de 2016 hasta el 13 de marzo de 2017, causaron las multas estipuladas en la cláusula 122 del Contrato, y constituyen obligaciones causadas con anterioridad a la admisión de TRANZIT S.A.S. a reorganización.

La Entidad, en este punto, coincide con la Doctora Rivera en sus alegatos en el sentido de determinar que las obligaciones causadas con anterioridad a la admisión a reorganización debían ser presentadas como acreencias en el proceso concursal.

Sin embargo, se recuerda que en la oportunidad procesal de presentación de créditos, si bien se habían **causado** las mencionadas multas, éstas no habían sido **impuestas** mediante acto administrativo, toda vez que lo último solamente se hace mediante la presente Resolución.

Es decir, el 13 de marzo de 2017, TRANSMILENIO S.A. solamente tenía unos presuntos incumplimientos reportados por la Interventoría que solamente adquirirían certeza después de evacuado el procedimiento administrativo regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

En este sentido, los presuntos incumplimientos difícilmente podían ser reclamados en sede concursal por parte de TRANSMILENIO S.A., ni en calidad de créditos contingentes pues, para el debido momento, la Entidad no había, siquiera, iniciado el procedimiento administrativo en el que éstos se debatirían.

Por lo anterior, deviene evidente la imposibilidad fáctica en cabeza de TRANSMILENIO S.A. de reclamar en sede concursal las multas causadas antes del 13 de marzo de 2017, como también es evidente que no puede exigir las por fuera del proceso de reorganización.

En conclusión, no existe norma alguna que autorice a TRANSMILENIO S.A. a reclamar las acreencias causadas con anterioridad al 13 de marzo de 2013 y, de conformidad con el

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

principio de legalidad³⁸, resulta que este vacío no puede ser interpretado en detrimento del contratista.

Consecuentemente, se concluye que, aunque ha quedado plenamente demostrado el incumplimiento por parte de TRANZIT S.A.S. por la no vinculación de flota de reserva desde junio de 2016 hasta marzo de 2017, TRANSMILENIO S.A. no puede exigir el pago de las multas causadas como consecuencia de los incumplimientos verificados en dicho periodo.

Por lo anterior, se resolverá que las multas causadas por la no vinculación de flota de reserva de junio de 2016 a marzo de 2017 **no podrán ser impuestas en este procedimiento administrativo**, motivo por el cual la presente Resolución reducirá el monto total de la multa a imponer.

Ahora bien, respecto del segundo tipo de multas, esto es, respecto de las obligaciones que fueron incumplidas desde el 13 de marzo de 2017 en adelante, se tiene que – con fundamento en la misma argumentación esgrimida hasta ahora – éstas causaron las multas correspondientes y, en consecuencia, constituyen obligaciones causadas con posterioridad a la admisión al proceso concursal de TRANZIT S.A.S.

En este orden de ideas, estas multas deben ser consideradas como créditos legalmente postergados en virtud de expresa disposición del artículo 69 de la Ley 1116 de 2006, lo que significa, al tenor de lo ya expuesto, que **pueden ser impuestas por la entidad administrativa, sin perjuicio de que su exigibilidad se postergue hasta que el deudor cumpla con las obligaciones de orden preferente**.

Por lo anterior, TRANSMILENIO S.A. puede imponer la respectiva multa, toda vez que encuentra fundamento legal en lo dispuesto en el artículo 69 de la Ley 1116 de 2006 pero no puede compensarlas con obligaciones pendientes del Ente Gestor a favor de TRANZIT S.A.S.

En conclusión, TRANSMILENIO S.A. revocará la Resolución 031 de 2019 en lo que respecta la procedencia de la figura de la compensación.

³⁸ El artículo 6º de la Constitución Política determina que los funcionarios públicos solamente podrán actuar de conformidad con lo expresamente autorizado por las normas.

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

En atención a que este es el sentido de la decisión, la Entidad se abstiene de pronunciarse sobre los demás argumentos expuestos en los recursos que cuestionan la procedencia de la figura.

3.7. Debate sobre incumplimientos desde mayo de 2017 en adelante

La apoderada de Seguros del Estado consideró que las multas referidas a los incumplimientos de mayo de 2017 en adelante no fueron objeto de discusión en el procedimiento, motivo por el cual no pueden imponerse.

No se entiende el motivo por el cual la apoderada arriba a esta conclusión cuando, desde el requerimiento que dio inicio al procedimiento administrativo, se relacionaron presuntos incumplimientos muy posteriores a esta fecha y se adjuntaron los Informes de Interventoría que los verificaban. En este sentido, el Concesionario y sus garantes no sólo contaron con la totalidad de la información necesaria, sino que además tuvieron múltiples espacios de deliberación sobre ella en audiencia.

A modo de ejemplo, se recalca que el requerimiento puso de presente, respecto del incumplimiento de la flota de reserva, que:

*"La actual interventoría Consorcio J&S, mediante radicado 2018ER06670 del 5 de marzo de 2018, presento informe de interventoría J&S 14-18 donde confirma que persiste el incumplimiento por parte de este concesionario respecto a la cláusula 82 del contrato de concesión 011 de 2010."*³⁹

Lo anterior fue confirmado por la Resolución 031 de 2019 en la que concluyó que:

Mediante comunicado con radicado 2018ER6670, la Interventoría presentó Alcance de Informe de Posible Incumplimiento No. J&S-14-18, respecto de la obligación de vinculación de flota de reserva, en el que determina que para el periodo comprendido entre julio y diciembre de 2017, la flota vinculada se ha reducido en 17.5%, de manera

³⁹ Requerimiento contractual de Procedimiento Sancionatorio No. 3 de 2018. P. 8.

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

*que resulta que la flota operativa es constantemente insuficiente para cubrir la flota programada, sin que exista flota de reserva para cubrir estas contingencias. Asimismo, no se tiene noticia de que esta situación haya cesado."*⁴⁰

Asimismo, respecto del incumplimiento de la obligación de vinculación de flota operativa, el requerimiento determinó que:

*"La interventoría Consorcio J&S, mediante radicado 2018ER04725 del 16 de febrero de 2018, presentó informe de posible incumplimiento No J&S 12 -2018 donde pone en conocimiento al Ente Gestor el presunto incumplimiento de las cláusulas 17.2.1, 75, 80 y 81 del contrato de concesión."*⁴¹

Incumplimiento confirmado mediante la Resolución 031 de 2019, así:

"Más aún y teniendo en cuenta que el procedimiento administrativo debe darse por terminado cuando, por cualquier medio, la Entidad tenga noticia de la cesación del incumplimiento, TRANSMILENIO S.A. refuerza esta decisión con apoyo en el alcance al Informe de Presunto Incumplimiento radicado por la Interventoría, en el que se da cuenta de que los hechos relacionados con la no vinculación de flota operativa continuaban presentándose hasta el 30 de junio de 2018."

En conclusión, no es cierto que los incumplimientos referidos no se hubieran discutido en el espacio temporal que alega la apoderada o que el acto administrativo que impuso multa hubiera sorprendido a los afectados respecto de su contenido; por el contrario, de lo expuesto hasta ahora, se demuestra que el Concesionario y sus garantes tuvieron pleno conocimiento y posibilidad de desvirtuar lo endilgado por la Entidad.

No obstante lo anterior, lo que sí es cierto es que el procedimiento administrativo estuvo suspendido entre el 27 de abril y el 11 de noviembre de 2018 en virtud de la medida cautelar decretada por el Tribunal de Arbitramento, fundamentado en lo siguiente:

⁴⁰ Resolución 031 de 2019, P. 31.

⁴¹ Requerimiento contractual de Procedimiento Sancionatorio No. 3 de 2018, P. 11.

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

"En este estado las cosas, se considera que en la medida en que las materias que se discuten en los procesos sancionatorios cuya suspensión solicita TRANZIT es materia litigiosa y constituye asunto que ha sido sometido por ambas partes al conocimiento de este tribunal, al adoptar la entidad una decisión anticipada al respecto, el contenido del laudo sería inocuo.

Por lo tanto, en caso de que culminen los referidos trámites sancionatorios y se decreten los alegados incumplimientos de TRANZIT, existe el riesgo de que se torne nugatorio el acuerdo de las partes de someter sus diferencias a este mecanismo arbitral, en lo que concierne a estas materias."

De lo anterior, se evidencia que el Tribunal de Arbitramento consideró que las obligaciones cuyo cumplimiento se pretendía conminar mediante el procedimiento sancionatorio No. 3 de 2018, coincidían con las obligaciones cuya exigibilidad era debatida en el proceso arbitral, de manera que no existía certeza sobre si dichas obligaciones eran exigibles o no y, en este sentido, la Entidad no podía imponer una multa⁴² para conminar el cumplimiento de una obligación eventualmente inexigible.

En este orden de ideas, lo que en este periodo ocurrió fue la declaratoria – por parte del juez del contrato – de una duda suficiente – con apariencia de buen derecho – de si las obligaciones a cargo del Concesionario eran o no exigibles por parte de la administración.

Posteriormente, el Tribunal de Arbitramento ordenó el levantamiento de la medida cautelar en el laudo de 30 de noviembre de 2018, así:

"Trigésimo tercero.- Disponer que a la ejecutoria⁴³ del presente laudo se levante la medida cautelar de suspensión de los procedimientos sancionatorios Nos. 15 de 2015 y 3 de 2018."

⁴² Se trató entonces de una medida cautelar de carácter suspensivo; ordenó a TRANSMILENIO S.A. a suspender las actuaciones administrativas hasta tanto se tuviera una decisión sobre la exigibilidad de las obligaciones.

⁴³ La ejecutoria del laudo se dio con el auto que resolvió solicitudes, aclaraciones y complementaciones de 11 de diciembre de 2018, por lo que se tiene ese día se dio el levantamiento de la medida cautelar.

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

Como se evidencia, el Tribunal de Arbitramento únicamente levantó la suspensión de los procedimientos sancionatorios, sin manifestar expresamente que debían imputársele efectos devolutivos al levantamiento.

Es decir, como quiera que la decisión judicial no le impartió efectos devolutivos a la decisión y tampoco existe norma expresa que consagre estos efectos, resulta menester concluir que TRANSMILENIO S.A. no puede aplicárselos, en atención al principio de legalidad, derecho de defensa, debido proceso y demás garantías constitucionales del contratista y sus garantes cuyo cumplimiento debe ser plenamente asegurado en los procesos administrativos de carácter sancionatorio.

En consecuencia, el periodo en el que el procedimiento administrativo estuvo suspendido no puede ser objeto de imposición de multa, toda vez que de ninguna manera pueden interpretarse efectos devolutivos del levantamiento de la medida cautelar.

Así las cosas, la Entidad eliminará las multas impuestas en la Resolución 031 de 2019 desde el 27 de abril hasta el 11 de diciembre de 2018.

3.8. Acto administrativo que impone multa es constitutivo de siniestro

El apoderado de Seguros Mundial alegó que si la administración había concluido que la multa era constitutiva de siniestro, debía entonces aplicar el límite previsto en la Cláusula 121 del Contrato sobre el mes en que se hizo efectiva.

En atención a que la Entidad no aplicó el límite así, la Resolución realmente no imponía una multa sino 31, una por cada mes de incumplimiento evidenciado.

En esas condiciones, TRANSMILENIO S.A. está contrariando un precedente propio devenido de la Resolución 337 de 2018 en la que se afectó la póliza vigente en cada mes de incumplimiento y ahora pretendía afectar únicamente la póliza vigente al momento de expedir el acto administrativo.

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

No obstante lo anterior y en cualquier caso, Seguros Mundial solamente estaría llamada a responder por los incumplimientos verificados desde octubre de 2017, momento en el que empezó a garantizar el contrato.

En este mismo sentido se manifestó la apoderada de Seguros del Estado quien pidió que la afectación de las pólizas se hiciera de conformidad con el momento en el que se causaron las multas.

3.8.1. De la causación de las multas

En reiteración a lo ya expuesto en el acápite 2.4.3 sobre la correcta interpretación de la Cláusula 121, el Contrato mismo determina cuándo se **causan** las multas, motivo por el cual se entiende que esta disputa ya fue resuelta en el sentido de determinar que el límite debía aplicarse sobre el mes en el que se evidenció el no cumplimiento.

3.8.2. De la aplicación del Decreto 1082 de 2015 en concordancia con el artículo 1072 del Código de Comercio

Ahora bien, cosa distinta es el momento en el que se constituye el siniestro, de cara a las aseguradoras.

En otras palabras, una cosa es el momento en el que se **causan las multas** y otra, bien distinta, es el momento **en el que se imponen**.

En efecto, la Resolución 031 de 2019 determinó, por un lado, que el Decreto 1082 de 2015 establece que el acto administrativo que **impone** la multa constituye el siniestro⁴⁴, que no es otra cosa que *"la realización del riesgo asegurado"*⁴⁵ y, de otro lado, que el artículo 1057 del Código de Comercio define que *"los riesgos principiarán a correr por cuenta del asegurador a la hora veinticuatro del día en que se perfeccione el contrato."*

Es decir, el asegurador expide la póliza y los riesgos que se materialicen (siniestros) durante su vigencia, correrán por cuenta de él.

⁴⁴ Artículo 2.2.1.2.3.1.19. Efectividad de las garantías. La Entidad Estatal debe hacer efectivas las garantías previstas en este capítulo así: (...). Citado en la Resolución 031 de 2019, P. 75.

⁴⁵ Artículo 1072 del Código de Comercio. Citado en la Resolución 031 de 2019, P. 74

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

En la medida que, para el caso de las multas, la ley determina que el acto administrativo que las **impone constituye el siniestro**, no queda más que concluir **que es el momento en el que se materializa el riesgo** y que la póliza vigente en ese momento está llamada a afectarse.

Entonces, en el caso concreto, si bien coincidimos con que las multas se **causaron** en momentos anteriores, lo cierto – y lo relevante para este aspecto – es que el acto administrativo que las **impone** es el que constituye el siniestro, razón por la cual es la póliza actualmente vigente la que debe afectarse.

3.8.3. Sobre la Resolución 337 de 2018

Efectivamente, la Resolución 337 de 2018 pretendió imponer las multas en el sentido expresado por el apoderado de Seguros Mundial.

Sin embargo, no sobra mencionar que la Resolución en mención nunca adquirió firmeza, toda vez que fue revocada por la Resolución 552 de 2018, mediante la que se resolvieron los recursos de reposición.

En este sentido, TRANSMILENIO S.A., con la expedición de la Resolución 031 de 2019, no está contradiciendo su propio precedente, toda vez que, se reitera, tal precedente no existe.

En conclusión, no procede el argumento expuesto.

3.9. **Prescripción derivada del contrato de seguro**

Los apoderados de las aseguradoras alegaron que la entidad no podía afectar la póliza con la imposición de la multa por los hechos acaecidos con anterioridad a enero de 2017, toda vez que había operado la prescripción derivada del contrato de seguro.

La prescripción del artículo 1081 del Código de Comercio determina:

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

"Prescripción de acciones. La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes."

Como bien lo expresan los apoderados, la ordinaria es de orden subjetivo y corre contra el interesado por dos años desde el momento en el que éste conoció o debió conocer el hecho que da base a la acción, es decir, el siniestro.

Por ejemplo, el asegurado en un seguro de daños cuenta con dos años desde que se incendió su apartamento – ocurrencia del siniestro – para efectuar la reclamación a la aseguradora – quien no conoce, ni tiene por qué conocer del incendio –, en los términos del artículo 1077 del Código de Comercio. En el evento en el que el asegurado presente la reclamación dos años y un día después, es evidente que la obligación a cargo de la aseguradora habrá prescrito y, por consiguiente, habrá extinguido.

Ahora bien, el escenario del seguro de cumplimiento ante la imposición de una multa – en el que, no obstante, se aplica la normativa comercial – difiere del anterior, en el siguiente sentido:

La ocurrencia del siniestro es el acto administrativo que impone la multa – pues, se repite, la ley así lo determina –. En esta medida, el asegurado contaría con dos años desde la imposición de la multa para efectuar la debida reclamación. Sin embargo, toda vez que la aseguradora ha hecho parte del proceso y ha sido notificada del acto administrativo, éste se

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

entiende, asimismo, como la presentación de la reclamación, entre otras porque contiene los requisitos exigidos por el artículo 1077 del Código de Comercio⁴⁶.

En otras palabras, para estos casos, el momento en el que ocurre el siniestro y en el que se presenta la reclamación se confunden en el acto administrativo que impone la multa, a tal punto que éste constituye título ejecutivo en contra de la aseguradora, sin que se exija una reclamación posterior por parte del asegurado.⁴⁷

Es por lo anterior que, independientemente del momento en el que se dieron los incumplimientos, lo relevante es cuándo se constituyó el siniestro, porque es desde este momento en el que se cuenta el término de prescripción.

En la medida que, para el caso que nos ocupa, el siniestro se constituye con el acto administrativo que impone la multa, es decir, el 25 de enero de 2019, confirmado mediante la presente Resolución de 4 de marzo, la prescripción no ha operado, por lo que la obligación a cargo de la aseguradora no ha extinguido.

Por lo demás, no sobra manifestar que los argumentos expuestos por la apoderada de Seguros del Estado respecto de este punto partieron de la premisa de que el acto administrativo *"había declarado el siniestro"*, eventualidad aplicable únicamente al acto administrativo que declara el incumplimiento y, en cuyo caso, sí habría operado la prescripción, toda vez que el siniestro se constituye con el incumplimiento y el acto administrativo solamente lo declara. Sin embargo, se reitera, no es la situación aquí ventilada, en la que nos encontramos ante la imposición de una multa.

⁴⁶ La ocurrencia del siniestro se prueba con la imposición de la multa y la cuantía de la pérdida es la liquidación de la multa.

⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 30 de abril de 1997. C.P. Daniel Suárez Hernández. Exp: 13.180. En esta oportunidad, la Sala concluyó que el acto administrativo que declaró la caducidad constituía título ejecutivo en contra de la aseguradora, siempre y cuando – y con éste único requisito – ésta hubiera sido notificada. Ésto, en virtud de que el acto administrativo que declaraba la caducidad era, por mandato expreso de la ley, constitutivo de siniestro. Si bien la sentencia se refiere a la declaratoria de caducidad, sus fundamentos resultan aplicable a la imposición de multas, toda vez que ambos actos administrativos comparten el carácter de ser constitutivos de siniestro.

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

3.10. El coaseguro no implica solidaridad

La apoderada de Seguros del Estado expuso exhaustivamente los motivos normativos y convencionales que sustentaban la inaplicabilidad de la figura de la solidaridad frente a los coaseguradores.

Al respecto, basta manifestar que la Resolución 031 de 2019 determinó que:

*"Como quiera que la póliza No. NB-100079411 – anexo 5 – a afectar fue expedida por Seguros Mundial S.A. en coaseguro con Seguros del Estado S.A. en un 50% y **teniendo en consideración que no se trata de una obligación solidaria** (...)"⁴⁸.*

Motivo por el cual no se entiende cuál es el objetivo del argumento de la recurrente.

IV. CONCLUSIÓN

De lo expuesto hasta ahora, resulta necesario presentar una nueva tasación de las multas a imponer. En efecto, los cambios presentados respecto de la Resolución 031 de 2019 son:

1. Eliminación de la imposición de las multas causadas con anterioridad a la admisión a reorganización de TRANZIT S.A.S. Esto es, entre junio de 2016 y el 13 de marzo de 2017.
2. Reducción de la cuantía de la multa por no vinculación de flota de reserva. Es decir, pasó de 20 SMMLV a 1 SMMLV por cada día de incumplimiento verificado.
3. Eliminación de las multas causadas en el tiempo en el que el procedimiento administrativo estuvo suspendido en virtud de la medida cautelar: entre el 27 de abril y el 11 de diciembre de 2018.

La Entidad se permite presentar la liquidación de la multa, de conformidad.⁴⁹

⁴⁸ Resolución 031 de 2019. P. 76.

⁴⁹ Los valores se toman de la tabla contenida en la Resolución 031 de 2019.

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

mes	días	Flota de reserva (1 SMLMV)	Flota operativa (50 SMLMV)	Subtotal multa	Ingresos del Concesionario	Límite (10% ingresos)	Total multa
mar-17	18	\$ 13.278.906		\$ 13.278.906	\$ 11.741.821.043	\$ 1.174.182.104	\$ 13.278.906
abr-17	30	\$ 22.131.510		\$ 22.131.510	\$ 8.704.800.358	\$ 870.480.036	\$ 22.131.510
may-17	31	\$ 22.869.227		\$ 22.869.227	\$ 8.726.941.999	\$ 872.694.200	\$ 22.869.227
jun-17	30	\$ 22.131.510		\$ 22.131.510	\$ 10.886.016.208	\$ 1.088.601.621	\$ 22.131.510
jul-17	31	\$ 22.869.227	\$ 1.143.461.350	\$ 1.166.330.577	\$ 8.632.106.961	\$ 863.210.696	\$ 863.210.696
ago-17	31	\$ 22.869.227	\$ 1.143.461.350	\$ 1.166.330.577	\$ 10.822.408.859	\$ 1.082.240.886	\$ 1.082.240.886
sep-17	30	\$ 22.131.510	\$ 1.106.575.500	\$ 1.128.707.010	\$ 8.586.022.958	\$ 858.602.296	\$ 858.602.296
oct-17	31	\$ 22.869.227	\$ 1.143.461.350	\$ 1.166.330.577	\$ 8.187.608.233	\$ 818.760.823	\$ 818.760.823
nov-17	30	\$ 22.131.510	\$ 1.106.575.500	\$ 1.128.707.010	\$ 10.034.874.273	\$ 1.003.487.427	\$ 1.003.487.427
dic-17	31	\$ 22.869.227	\$ 1.143.461.350	\$ 1.166.330.577	\$ 7.860.243.375	\$ 786.024.338	\$ 786.024.338
ene-	31	\$	\$	\$	\$	\$	\$

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

18		24.218.502	1.210.925.100	1.235.143.602	7.391.966.407	739.196.641	739.196.641
feb-18	28	\$ 21.874.776	\$ 1.093.738.800	\$ 1.115.613.576	\$ 7.938.502.975	\$ 793.850.297	\$ 793.850.297
mar-18	31	\$ 24.218.502	\$ 1.210.925.100	\$ 1.235.143.602	\$ 9.216.976.895	\$ 921.697.690	\$ 921.697.690
abr-18	26	\$ 20.312.292	\$ 1.015.614.600	\$ 1.035.926.892	\$ 7.081.932.912	\$ 708.193.291	\$ 708.193.291
dic-18	20	\$ 15.624.840	\$ 781.242.000	\$ 796.866.840	\$ 9.323.213.509	\$ 932.321.351	\$ 796.866.840
						TOTAL	\$ 9.452.542.378

En conclusión, el valor total de la multa a imponer asciende a \$9.452.542.378 COP.

Como quiera que la compensación no procede en el caso en concreto de conformidad con lo ya expuesto, TRANSMILENIO S.A. debe imponer la correspondiente multa y afectar las pólizas a que haya lugar.

En estos términos y confirmando lo decidido por la Resolución 031 de 2019, se afectará la póliza No. NB-100079411 – anexo 5 expedida por Seguros Mundial S.A. en coaseguro con Seguros del Estado S.A. en un 50%, por un valor de \$9.452.542.378 COP, de manera que a cada aseguradora le corresponden los siguientes valores:

Seguros Mundial S.A.: \$4.726.271.189 COP.

Seguros del Estado S.A.: \$4.726.271.189 COP.

En mérito de lo expuesto, la Subgerente Jurídica de TRANSMILENIO S.A.

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

V. RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar que la imposición de la multa solamente procede por las obligaciones causadas con posterioridad al 13 de marzo de 2017, momento en el que la sociedad fue admitida a proceso de reorganización empresarial, según lo expuesto en la parte motiva de esta Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: Declarar que las multas consagradas en la cláusula 122 serán impuestas por un valor de 1 Salario Mínimo Legal Mensual Vigente (1 SMMLV) por cada día de incumplimiento verificado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta Resolución.

ARTÍCULO TERCERO: Declarar que no hay lugar a imponer las multas correspondientes a los días en los que el procedimiento administrativo estuvo suspendido por el decreto de la medida cautelar por parte del Tribunal de Arbitramento, es decir, el tiempo transcurrido entre el 27 de abril y el 11 de diciembre de 2018.

ARTÍCULO CUARTO: Como consecuencia, modificar el ARTÍCULO SEGUNDO de la Resolución 031 de 2019, en el siguiente sentido:

"Como consecuencia, imponer las multas contractuales estipuladas en las cláusulas 122 y 124.1 del Contrato de Concesión 011 de 2010, equivalentes a \$9.452.542.378 COP, teniendo en cuenta el límite establecido en la cláusula 121 del Contrato de Concesión 011 de 2010."

ARTÍCULO QUINTO: Revocar el ARTÍCULO TERCERO de la Resolución 031 de 2019.

ARTÍCULO SEXTO: Como consecuencia, modificar el ARTÍCULO QUINTO de la Resolución 031 de 2019, en el siguiente sentido:

"Como consecuencia, declarar que SEGUROS MUNDIAL S.A. con NIT 860.037.013-6 adeuda a TRANSMILENIO S.A. un total de \$4.726.271.189 COP."

ARTÍCULO SÉPTIMO: Como consecuencia, modificar el ARTÍCULO SEXTO de la Resolución 031 de 2019, en el siguiente sentido:



ALCALDÍA MAYOR
BOGOTÁ D.C.
TRANSMILENIO S.A.

RESOLUCIÓN No. 157 DE 2019

(11 de abril de 2019)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la Resolución No. 031 de 25 de enero de 2019, por la cual se impuso una multa por incumplimiento de las obligaciones de TRANZIT S.A.S."

"Como consecuencia, declarar que SEGUROS DEL ESTADO S.A. con NIT 860.009.578-6 adeuda a TRANSMILENIO S.A. un total de \$4.726.271.189 COP."

ARTÍCULO OCTAVO: Confirmar, en todo lo demás, la Resolución 031 de 2019.


ARTÍCULO NOVENO: La presente Resolución se notifica en estrados al Concesionario y sus garantes y contra ésta no procede recurso alguno.

ARTÍCULO DÉCIMO: Comuníquese el contenido del presente acto administrativo al Subgerente Económico de TRANSMILENIO S.A. para los efectos pertinentes.

ARTÍCULO UNDÉCIMO: Comuníquese el contenido del presente acto administrativo a la Cámara de Comercio de Bogotá D.C. para lo pertinente.

NOTIFIQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D.C., el 11 de abril de 2019


JULIA REY BONILLA
Subgerente Jurídica



ALCALDÍA MAYOR
BOGOTÁ D.C.
TRANSMILENIO S.A.

RESOLUCIÓN No. 657
(15 JUL 2019)

“Por medio de la cual se declara la terminación unilateral del Contrato de Concesión No. 011 del 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.- en liquidación por adjudicación-.”

LA GERENTE GENERAL DE LA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.

En uso de sus facultades legales y estatutarias, en especial las contenidas el artículo 26 numeral 5 de la Ley 80 de 1993, los artículos 20, 41 y 43 de los Estatutos de TRANSMILENIO S.A. y con fundamento en los artículos 2, 29 y 365 de la Constitución Política Colombiana, artículos 14 y 17 de la Ley 80 de 1993 y sus demás reglamentarios

CONSIDERANDO:

I. CONSIDERACIONES GENERALES DEL DESPACHO- ANTECEDENTES

Que, según el Acuerdo 04 de 1999, TRANSMILENIO S.A. tiene a su cargo la gestión, organización y planeación del Transporte Público Urbano Masivo de Pasajeros.

Que en ejercicio de sus funciones establecidas estatutaria y legalmente, el representante legal de TRANSMILENIO S.A. tiene facultades de dirección y control sobre la contratación que ejecute el Ente Gestor, con fundamento en lo establecido por el Acuerdo 4 de 1999, reglamentado para el efecto por el Decreto 831 del mismo año.

Que el artículo 8 del Decreto 309 de 2009, establece que TRANSMILENIO S.A. será el Ente Gestor del Sistema Integrado de Transporte Público- SITP y tendrá a su cargo *“la planeación, administración y control contractual del Sistema; el proceso de integración, evaluación y seguimiento de la operación (...)”*.

Que, como consecuencia, determinará la suscripción, aprobación, terminación y/o aplicación de cláusulas excepcionales sobre los contratos nominados e innominados que ejecute la Entidad Estatal, en desarrollo del Estatuto General de la Contratación Pública.

Que mediante la Resolución No. 064 de 2010, TRANSMILENIO S.A. convocó la Licitación Pública No. TMSA – LP – 004 – 2009 con el objeto de otorgar en concesión no exclusiva y conjunta con otros concesionarios la explotación del servicio público de transporte terrestre automotor urbano del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá – SITP, al CONCESIONARIO, en los términos, bajo las condiciones y con las limitaciones que se previeran en el contrato correspondiente.

Que el día 2 de noviembre de 2010, a las 9:00 a.m., se llevó a cabo la audiencia de adjudicación en primera ronda del proceso de la Licitación Pública No. TMSA – LP – 004 – 2009, según lo previsto por el numeral 4.6.1 del pliego de condiciones.

140



ALCALDÍA MAYOR
BOGOTÁ D.C.
TRANSMILENIO S.A.

RESOLUCIÓN No. **657**

(15 JUL 2019)

“Por medio de la cual se declara la terminación unilateral del Contrato de Concesión No. 011 del 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.- en liquidación por adjudicación-.”

Que mediante la Resolución No. 449 de 2010, le fue adjudicada la Licitación Pública No. TMSA-LP-004 de 2009, a la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.-en liquidación por adjudicación-, notificada el día dos (2) de noviembre de 2010.

Que el 17 de noviembre de 2010, TRANSMILENIO S.A. y la SOCIEDAD TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S. -en liquidación por adjudicación-, suscribieron el contrato de concesión No. 011 de 2010, cuyo objeto consiste en:

“Otorgar en concesión no exclusiva y conjunta con otros concesionarios la explotación del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá-SITP, al CONCESIONARIO, en la Zona, 13) USME bajo los términos, condiciones y con las limitaciones previstas en el presente Contrato y en el pliego de condiciones de la licitación.

Dicha concesión otorgará el derecho a operar de forma preferencial y no exclusiva al CONCESIONARIO las siguientes Zonas en que se ha dividido la ciudad, para la prestación del Servicio de Transporte Público Masivo de Pasajeros bajo el esquema SITP: 5) SUBA ORIENTAL, 6) SUBA CENTRO, 7) CALLE 80, 8) TINTAL – ZONA FRANCA, 9) KENNEDY, 10) BOSA, 11) PERDOMO, 12) CIUDAD BOLÍVAR Y 13) USME, que hacen parte de las trece (13) zonas en las que se ha dividido la ciudad de Bogotá.

El alcance del Contrato de Concesión incluye el aporte de lotes de vehículos para las zonas del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá- SITP y su operación, conforme al esquema de gradualidad que se prevé en el Contrato.”

Que dentro de las obligaciones contractuales del concesionario, fueron estipuladas las referidas a la prestación del servicio público de transporte urbano de pasajeros, la vinculación de flota necesaria para la prestación del servicio, el mantenimiento de la flota, el mantenimiento de todos los bienes afectos al servicio en buen estado de conservación y uso, el cumplimiento de la normatividad ambiental, el cumplimiento de las obligaciones asociadas a la participación y sostenibilidad de propietarios, la acreditación y el sostenimiento del cierre financiero del proyecto y la vigencia de la garantía única de cumplimiento.

Que el numeral 3 del artículo 17 de la Ley 80 de 1993 prevé que:

“ARTÍCULO 17. DE LA TERMINACIÓN UNILATERAL. La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos: (...)

3°. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.(...)”



ALCALDÍA MAYOR
BOGOTÁ D.C.
TRANSMILENIO S.A.

RESOLUCIÓN No. 657

(15 JUL 2019)

“Por medio de la cual se declara la terminación unilateral del Contrato de Concesión No. 011 del 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.- en liquidación por adjudicación-.”

Que mediante Auto 400-005940 del 13 de marzo de 2017, la Superintendencia de Sociedades admitió a Tranzit S.A.S. -en liquidación por adjudicación-, al proceso de reorganización.

Que el 23 de mayo de 2018, se llevó a cabo la audiencia de resolución de objeciones presentadas al Proyecto de Calificación y Graduación de Créditos y Derechos de Voto, y al Inventario de Bienes.

Que durante dicha audiencia, el juez del concurso dispuso que, a partir de la fecha de entrega del Proyecto de Calificación y Graduación de Créditos y Derechos de Voto modificado por parte de la Promotora, correría el término de 4 meses para la negociación y celebración del acuerdo de reorganización.

Que el 5 de septiembre de 2018, Tranzit S.A.S. -en liquidación por adjudicación- presentó ante la Superintendencia de Sociedades solicitud de suspensión del proceso por un término de 6 meses contados a partir de la presentación de la solicitud.

Que el 13 de noviembre de 2018, mediante Auto 400-014376, la Superintendencia de Sociedades negó la solicitud de suspensión del proceso.

Que el 19 de noviembre de 2018, Tranzit S.A.S. -en liquidación por adjudicación- presentó recurso de reposición al auto que negó la solicitud de suspensión del proceso.

Que mediante Auto 400-001105 del 20 de febrero de 2019, la Superintendencia de Sociedades revocó el Auto 400-014376 y declaró la suspensión del proceso de reorganización por un término de 6 meses contados a partir del día siguiente de la presentación de la solicitud de suspensión por parte de Tranzit S.A.S. -en liquidación por adjudicación-.

Que el 29 de marzo de 2019, Tranzit S.A.S -en liquidación por adjudicación- y la promotora designada presentaron ante la Superintendencia de Sociedades solicitud de suspensión del proceso de reorganización por un término de 30 días, contados a partir de la fecha en que la Superintendencia de Sociedades notificara el auto que resolviera la solicitud.

Que mediante Auto 400-002576 del 1 de abril de 2019, la Superintendencia de Sociedades declaró la suspensión del proceso de reorganización por un término de 30 días, contados a partir del día siguiente en que se presentó la solicitud de suspensión por parte de Tranzit S.A.S. -en liquidación por adjudicación-.

Que el 15 de mayo de 2019, Tranzit S.A.S. -en liquidación por adjudicación- radicó ante la Superintendencia de Sociedades solicitud de suspensión del proceso de reorganización por un término de 60 días contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud.

Kia



ALCALDÍA MAYOR
BOGOTÁ D.C.
TRANSMILENIO S.A.

RESOLUCIÓN No. 657

(15 JUL 2019)

“Por medio de la cual se declara la terminación unilateral del Contrato de Concesión No. 011 del 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.- en liquidación por adjudicación-.”

Que mediante Auto 400-004336 del 24 de mayo de 2019, la Superintendencia de Sociedades negó la solicitud de suspensión del proceso de reorganización.

Que el 30 de mayo de 2019, TRANZIT S.A.S. -en liquidación por adjudicación- interpuso recurso de reposición contra el Auto 400-004336, del cual se corrió traslado entre el 5 y 7 de junio de 2019.

Que mediante memorial 2019-01-2342152 del 6 de junio de 2019 presentado ante la Superintendencia de Sociedades, un grupo de acreedores de la sociedad TRANZIT S.A.S. -en liquidación por adjudicación- describió traslado del recurso en el sentido de oponerse a una nueva suspensión del proceso.

Que mediante Auto 400-004813 del 10 de junio de 2019, la Superintendencia de Sociedades confirmó en su totalidad el Auto 400-004336 mediante el cual negó la solicitud de suspensión del proceso.

Que mediante memorial 2019-01-244417 del 14 de junio de 2019 presentado ante la Superintendencia de Sociedades el representante legal suplente de TRANZIT S.A.S. -en liquidación por adjudicación- presentó solicitud de aclaración y adición del Auto 400-004813.

Que dicha solicitud fue resuelta mediante Auto 400-005084 de 18 de junio de 2019.

Que TRANZIT S.A.S. -en liquidación por adjudicación- no presentó el acuerdo de reorganización dentro del término que contempla el artículo 31 de la Ley 1116 de 2006.

Que el artículo 37 de la Ley 1116 de 2006 establece que vencido el término para presentar el acuerdo de reorganización sin que este haya sido presentado, se dará inicio al proceso de liquidación por adjudicación.

Que a su vez, el artículo 38 de la Ley 1116 de 2006 establece como consecuencia de no haber presentado el acuerdo de reorganización, la terminación de todos los contratos de tracto sucesivo, cumplimiento diferido o de ejecución instantánea no necesarios para la preservación de los activos.

Que como consecuencia de lo anterior, mediante Auto No. 400-005399 del 27 de junio de 2019 el Juez del Concurso ordenó la liquidación por adjudicación de TRANZIT S.A.S. teniendo en cuenta las siguientes consideraciones; entre otras:

“II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Los artículos 31 y 37 de la Ley 1116 de 2006, establecen que una vez proferida la providencia que aprueba la calificación y graduación de créditos y determinación de derechos de voto, el deudor cuenta



ALCALDÍA MAYOR
BOGOTÁ D.C.
TRANSMILENIO S.A.

RESOLUCIÓN No. 657
(15 JUL 2019)

“Por medio de la cual se declara la terminación unilateral del Contrato de Concesión No. 011 del 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.- en liquidación por adjudicación-.”

con un plazo de cuatro (4) meses para la presentación del acuerdo de reorganización. Vencido éste término, si no se presenta el acuerdo, se ordenará la celebración del acuerdo de adjudicación.

2. El artículo 37 de la ley 1116 de 2006 señala que vencido el término para presentar el acuerdo de reorganización sin que este hubiese sido presentado se dará inicio al proceso de liquidación por adjudicación.

3. En consecuencia, toda vez en el presente caso venció el término para presentar el acuerdo de reorganización sin que el mismo fuese presentado al Despacho, es forzoso proceder a dar inicio al proceso de liquidación por adjudicación regulado en los artículos 37 y s.s. de la ley 1116 de 2006.”

Que, así mismo, dentro de las consideraciones del Auto No. 400-005399 del 27 de junio de 2019, en relación con la posibilidad de suspender los efectos del proceso de liquidación de la sociedad TRANZIT S.A.S., se lee:

“4. El artículo 38 de la ley 1116 de 2006 dispone que uno de los efectos de la no presentación del acuerdo es la culminación de los contratos de trato sucesivo, cumplimiento diferido o de ejecución instantánea no necesarios para la preservación de los activos.

5. Ahora bien, de conformidad con lo establecido en el parágrafo 3° del artículo 37 del estatuto concursal, los efectos de la liquidación por adjudicación serán, además de los mencionados en el artículo 38 de la Ley 1116 de 2006, los contenidos en el artículo 50.

6. El artículo 50.4 de la Ley 1116 de 2006, establece que la declaración de apertura del proceso de liquidación judicial produce la terminación de los contratos de trato sucesivo, de cumplimiento diferido o de ejecución instantánea, no necesarios para la preservación de los activos, así como los contratos de fiducia mercantil o encargos fiduciarios, celebrados por el deudor en calidad de constituyente, sobre bienes propios y para amparar obligaciones propias o ajenas, salvo por aquellos contratos respecto de los cuales se hubiera obtenido autorización para continuar su ejecución de parte del juez del concurso.

7. De igual forma, el artículo 50.5 de la Ley 1116 de 2006, indica que la declaración de apertura del proceso de liquidación judicial produce la terminación de los contratos de trabajo con el correspondiente pago de las indemnizaciones a favor de los trabajadores, de conformidad con lo previsto en el Código Sustantivo del Trabajo, para lo cual no será necesaria autorización administrativa o judicial alguna, quedando sujetas a las reglas del concurso las obligaciones de dicha finalización sin perjuicio de las preferencias y prelaciones que les correspondan.

8. El artículo 2.2.2.9.5.1 del Decreto 1074 de 2015, establece que el juez del concurso podrá ordenar la suspensión de algunos de los efectos que por ley se derivan de la providencia de apertura de la liquidación

Alia



ALCALDÍA MAYOR
BOGOTÁ D.C.
TRANSMILENIO S.A.

RESOLUCIÓN No. 657

(15 JUL 2019)

“Por medio de la cual se declara la terminación unilateral del Contrato de Concesión No. 011 del 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.- en liquidación por adjudicación-.”

judicial. Adicionalmente, este Despacho cuenta con amplia jurisprudencia en donde ha considerado que, a pesar de la apertura del proceso de liquidación, el mejor escenario para los intereses de los acreedores es suspender algunos de sus efectos.

9. Específicamente, mediante autos 400-014323 de 1 de octubre de 2014, 400-001232 de 19 de enero de 2015 y 400-000571 de 30 de enero de 2019, entre otros, el juez del concurso, consideró que la mejor situación posible se deriva de la posibilidad de que la empresa, a pesar de su situación de insolvencia, continúe con los contratos celebrados con proveedores y trabajadores.

10. En el caso concreto, es preciso poner de presente lo siguiente:

(i) El desarrollo del objeto social de la concursada, conforme lo señalado en la solicitud de admisión presentada con memorial 2017-01-033852 de 31 de enero de 2017 y en el Contrato de Concesión N° 011 de 2010, consiste en "la explotación preferencial y no exclusiva para la prestación del servicio público del transporte de pasajeros dentro del esquema del SITP para la zona (13) Usme sin operación troncal"

(ii) Tranzit S.A.S, como concesionario del Sistema Integrado de Transporte Público de la ciudad de Bogotá, presta un servicio público esencial, que no puede ser suspendido.

(iii) Con la suspensión de la operación de la empresa, resultarían afectados los usuarios de la zona Usme, que actualmente se encuentra conformada por las localidades Rafael Uribe Uribe, Usme, Sumapaz y Antonio Nariño, lo que representa un promedio diario de 180.000 usuarios, que el concesionario atiende con la prestación de 16 rutas alimentadoras y 26 rutas zonales.

(iv) La concursada no presentó el acuerdo de reorganización en los términos fijados en la ley 1116 de 2006, por lo que como consecuencia debe ordenarse la liquidación por adjudicación, cuyos efectos implicaría entre otros, la suspensión de la operación y la terminación de los contratos de tracto sucesivo y de los contratos de trabajo.

11. Ahora bien, en el presente caso el Despacho advierte que, si bien la norma del Decreto 1074 de 2015 hace referencia a la aplicación de las medidas de suspensión de los efectos de la liquidación, siempre que se advierta que la venta de la empresa en marcha es posible y conveniente para maximizar el valor de los activos de la liquidación, lo anterior no implica que no se deban tener en cuenta otros fundamentos que justifiquen la necesidad de aplicar esa medida.

12. En ese sentido, el Despacho no puede obviar la relevancia del objeto social que desarrolla el deudor, en virtud del "servicio público esencial" que representa su actividad. El artículo 365 de la Constitución Política, establece que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y es deber del mismo asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Por su parte, el



ALCALDÍA MAYOR
BOGOTÁ D.C.
TRANSMILENIO S.A.

RESOLUCIÓN No. 657
(15 JUL 2019)

“Por medio de la cual se declara la terminación unilateral del Contrato de Concesión No. 011 del 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.- en liquidación por adjudicación-.”

artículo 30 de la Ley 80 de 1993, establece como fines de la Contratación Estatal la "continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines."

13. La Corte Constitucional ya se ha pronunciado sobre el carácter esencial del servicio público, en los siguientes términos:

“El carácter esencial de un servicio público se predica cuando las actividades que lo conforman contribuyen de modo directo y concreto a la protección de bienes o a la satisfacción de intereses o a la realización de valores, ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales, ello es así, en razón de la preeminencia que se reconoce a los derechos fundamentales de la persona y de las garantías dispuestas para su amparo, con el fin de asegurar su respeto y efectividad. En tal sentido, la Corte ha declarado que servicios como la banca central; el transporte; las telecomunicaciones; la explotación, refinación, transporte y distribución de petróleo y los servicios públicos domiciliarios, son materialmente servicios públicos esenciales”

14. Conforme a lo expuesto, la continuidad en la operación de las empresas de transporte público propende por la prelación del interés general sobre el particular, al garantizar la realización de los derechos fundamentales de los usuarios.

15. En ese sentido, este Despacho considera que los argumentos expuestos por Transmilenio en el memorial 2019-01-202440 del 17 de mayo de 2019 son razonables, y en consecuencia es oportuno suspender algunos efectos de la apertura del proceso de liquidación y permitir la continuación de la operación, en particular, frente a los contratos necesarios para continuar con la ejecución del contrato de concesión N° 011 de 2011.

16. Lo anterior con el fin de evitar que se suspenda la prestación del servicio de transporte público en la zona Usme de la ciudad de Bogotá y se garantice la protección de los derechos fundamentales de los usuarios del sistema de transporte público.

17. Ahora bien, debe aclararse que la suspensión de los efectos legales de la apertura del proceso de liquidación no implicará de ninguna manera que la concursada pueda desarrollar plenamente su objeto social. Por el contrario, la celebración de nuevos contratos de tracto sucesivo, estará sujeta a la previa autorización del Despacho, así como cualquier acto de disposición sobre aquellos cuya continuación se autoriza.

18. Por otro lado, se advierte que la medida debe tener un límite de temporalidad y no debe estar sujeto al término pactado en cada contrato. Si bien la representante legal de Transmilenio S.A solicitó la suspensión de los efectos de la liquidación hasta el 25 de octubre de 2019, este Despacho considera que antes de definir el término, el Despacho requerirá al liquidador designado para que presente un informe sobre el estado actual de los contratos que sean necesarios para mantener la operación de transporte.



ALCALDÍA MAYOR
BOGOTÁ D.C.
TRANSMILENIO S.A.

RESOLUCIÓN No. 657

(15 JUL 2019)

“Por medio de la cual se declara la terminación unilateral del Contrato de Concesión No. 011 del 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.- en liquidación por adjudicación-.”

19. En consecuencia, en desarrollo de las facultades del juez del concurso a fin de garantizar los fines de la insolvencia empresarial y la protección a los derechos de los usuarios del Sistema Integral de Transporte Público en la ciudad de Bogotá, habrá de dar por terminado el proceso de reorganización empresarial, y dispondrá por lo tanto el inicio del proceso de liquidación por adjudicación de la sociedad deudora con la suspensión de algunos de los efectos legales conforme se expuso anteriormente.”

Que la parte resolutive del Auto No. No. 400-005399 del 27 de junio de 2019 establece:

“Primero. Decretar la terminación del proceso de reorganización de la sociedad Transporte Zonal Integrado S.A.S. – Tranzit S.A.S. identificada con NIT 900.394.177.

Segundo. Ordenar la celebración del acuerdo de adjudicación de los bienes de la sociedad Transporte Zonal Integrado S.A.S. – Tranzit S.A.S.

Tercero. Advertir que como consecuencia de lo anterior, la sociedad Tranzit S.A.S ha quedado en estado de liquidación por adjudicación y que en adelante, para todos los efectos legales, deberá anunciarse siempre con la expresión “en liquidación por adjudicación”.

Cuarto. Suspender los efectos de la liquidación por adjudicación de Tranzit S.A.S, con relación a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 38 y los numerales 4 y 5 del artículo 50 de la Ley 1116 de 2006, respecto de los contratos necesarios para continuar con la ejecución del contrato de concesión N° 011 de 2011.”

II. CONSIDERACIONES ESPECÍFICAS DEL DESPACHO

Que el artículo 17 de la Ley 80 de 1993 establece que:

“ARTÍCULO 17. DE LA TERMINACIÓN UNILATERAL. La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:

- 1°. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.*
- 2°. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.*
- 3°. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.*
- 4°. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.*



ALCALDÍA MAYOR
BOGOTÁ D.C.
TRANSMILENIO S.A.

RESOLUCIÓN No. 657

(15 JUL 2019)

“Por medio de la cual se declara la terminación unilateral del Contrato de Concesión No. 011 del 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.- en liquidación por adjudicación-.”

Sin embargo, en los casos a que se refieren los numerales 2º y 3º de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación. (...)” (Negrita fuera del texto original).

Que al respecto, la doctrina ha determinado que este tipo de terminación, si bien es anticipada y unilateral, no se informa del incumplimiento del contratista:

“(...) no es una sanción por incumplimientos de obligaciones nacidas del convenio a cargo del contratista. Nada tiene que ver con ellos pues para estos el ordenamiento contempla otras medidas, como una caducidad¹”

Que, en palabras de la Corte Constitucional, se justifica como quiera que se refiere a causales que implican situaciones sobrevinientes que impiden la ejecución del contrato.

“En cuanto hace a la terminación unilateral del contrato, la ley 80 de 1993 establece los casos en que ésta podrá darse, ya que la administración expresa el interés público y éste debe prevalecer en caso de conflicto con el interés contractual y meramente económico; claro está, las correspondientes causales deben ser taxativamente señaladas por la ley, ya que obedecen a circunstancias de interés colectivo, o situaciones sobrevinientes que impiden la continuación en la ejecución del contrato y afectan los derechos de los contratistas”.² (Negrita fuera del texto original).

Que en estos términos, resulta razonable que la causal tercera del artículo 17 prevea la declaración de quiebra del contratista, esto es, la declaración de liquidación – sea judicial o voluntaria –, como causal de terminación anticipada del contrato pues es lógico que si el contratista cesa de existir como persona jurídica no puede continuar con la ejecución de prestaciones.

Que en efecto, la jurisprudencia ha sido insistente en que la capacidad, como atributo de la personalidad – entendida ésta como *“la facultad que tiene la persona para adquirir derechos y contraer obligaciones”³* –, está estrechamente relacionada con la personalidad jurídica⁴, definida así:

¹ Dávila V., L. G. (2017). *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*. 3era Edición, 2da Reimpresión. Bogotá D.C., Colombia: Legis Editores S.A. P. 649.

² Corte Constitucional. Sentencia C-454 de 1994.

³ Corte Constitucional. Sentencia C-938 de 2002. Divide, asimismo, el atributo de la personalidad entre la capacidad de goce y ejercicio, como sigue: *“La primera de ellas consiste en la aptitud general que tiene toda persona natural o jurídica para ser sujeto de derechos y obligaciones, y es, sin duda alguna, el atributo esencial de la personalidad jurídica. La capacidad de ejercicio o capacidad legal, por su parte, consiste en la habilidad que la ley le reconoce a aquella para poderse obligar por sí misma, sin la intervención o autorización de otra. Implica, entonces, el poder realizar negocios jurídicos e intervenir en el comercio jurídico, sin que para ello requiera acudir a otro.”*

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-240/17, citando las sentencias: T-963 de 2001, T-1229 de 2001, T-277 de 2002, T-1033 de 2008, T-551 de 2014, SU-696 de 2015 y T-077 de 2016.

Alba



ALCALDÍA MAYOR
BOGOTÁ D.C.
TRANSMILENIO S.A.

RESOLUCIÓN No. 657

(15 JUL 2019)

“Por medio de la cual se declara la terminación unilateral del Contrato de Concesión No. 011 del 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.- en liquidación por adjudicación-.”

““una especie de cláusula general de protección de todos los atributos y derechos que emanan directamente de la persona y sin los cuales ésta no podría jurídicamente estructurarse”, así como de sus “hábitos, connotaciones, atributos, virtudes y demás elementos que contribuyen a configurar la personalidad única e insustituible (...)””⁵(Negrita fuera del texto original).

Que, en otras palabras, sin la existencia de la persona no hay personalidad jurídica y, sin ésta, se hace imposible la predicación de los atributos de la personalidad, entre ellos la capacidad como facultad para adquirir derechos y contraigan obligaciones.

Que, por su parte, según el artículo 50 de la Ley 1116 de 2006, el primer efecto de la apertura del proceso de liquidación judicial de una sociedad es:

“ARTÍCULO 50. EFECTOS DE LA APERTURA DEL PROCESO DE LIQUIDACIÓN JUDICIAL. La declaración judicial del proceso de liquidación judicial produce:

1. La disolución de la persona jurídica. En consecuencia, para todos los efectos legales, esta deberá anunciarse siempre con la expresión “en liquidación judicial”. ” (Negrita fuera del texto original).

Que en tanto la persona jurídica se disuelve, su existencia cesa y sus esfuerzos se dirigen exclusivamente a liquidar el patrimonio en el estado en que se encuentre.

Que así las cosas, la apertura del proceso de liquidación de una sociedad contratista del Estado implica la materialización de la causal tercera del artículo 17 de la Ley 80 de 1993 y, en este sentido, la administración deberá terminar anticipadamente el contrato celebrado con ésta.

Que en el caso que nos ocupa, como se manifestó en el acápite de antecedentes, la Superintendencia de Sociedades declaró la apertura del proceso de liquidación por adjudicación mediante Auto No. 400-005399 del 27 de junio de 2019 , configurándose así la causal tercera de terminación unilateral anticipada del contrato prevista en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993.

Que en consecuencia, TRANSMILENIO S.A., en su calidad de entidad contratante y ante la demostración de la configuración de la causal referida, debe – en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 17 en mención – terminar unilateralmente el Contrato de Concesión 011 de 2010, celebrado con TRANZIT S.A.S. – en liquidación por adjudicación-.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-240/17, citando la sentencia T-090 de 1996 y concepto reiterado en las sentencias T-329A de 2012 y T-551 de 2014.



ALCALDÍA MAYOR
BOGOTÁ D.C.
TRANSMILENIO S.A.

RESOLUCIÓN No. 657
(15 JUL 2019)

“Por medio de la cual se declara la terminación unilateral del Contrato de Concesión No. 011 del 16 de noviembre de 2010 celebrado con la sociedad TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.- en liquidación por adjudicación-.”

Que como quiera que la presente Resolución no pretende la declaratoria de un incumplimiento ni la imposición de una sanción, no procede la efectividad de la cláusula penal pecuniaria y, en consecuencia, tampoco la afectación de la Garantía Única de Cumplimiento.

En mérito de lo expuesto,

III. RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Terminar el Contrato de Concesión No. 011 de 2010 celebrado con TRANSPORTE ZONAL INTEGRADO S.A.S. – TRANZIT S.A.S.-en liquidación judicial- con Nit. 900.394.177-1, por verificarse el supuesto de hecho previsto en el numeral tercero del artículo 17 de la Ley 80 de 1993, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: Ordénese la liquidación del contrato No. 011 de 2010, en el estado que se encuentre de conformidad con lo previsto en la Ley y el Contrato de Concesión No. 011 de 2010.

ARTÍCULO TERCERO: La presente Resolución se notifica personalmente de conformidad con el artículo 67 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo.

ARTÍCULO CUARTO: Contra la presente Resolución procede el recurso de reposición en los términos del artículo 76 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo.

ARTÍCULO QUINTO: Ejecutoriada la presente Resolución, se deberá publicar en el SECOP y se comunicará a la Cámara de Comercio de Bogotá para los efectos de su competencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los 15 JUL 2019

MARÍA CONSUELO ARAÚJO CASTRO
Gerente General

Proyectó y revisó: Julia Rey Bonilla- Subgerente Jurídica TMSA *Julia Rey*