TRIBUNAL DE ARBITRAJE

DE

ESTACIONES METROLÍNEA LTDA.

CONTRA:

METROLÍNEA S.A.

LAUDO ARBITRAL

Bucaramanga, dieciocho (18) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

Surtidas todas las actuaciones procesales para la instrucción del trámite y en la fecha señalada para la Audiencia de Fallo, el Tribunal Arbitral profiere el Laudo conclusivo del proceso, previos los siguientes antecedentes y preliminares:

1º. ANTECEDENTES

1. PARTES

1.1. Parte Convocante

Es **ESTACIONES METROLÍNEA LTDA.,** sociedad comercial legalmente constituida con domicilio principal en Floridablanca, representada por su Gerente **MARÍA MARGARITA PERALTA BAUTISTA**, condición acreditada con certificado expedido por la Cámara de Comercio de Bucaramanga[1], y por su apoderado judicial, según el poder que actúa en el expediente. [2] En lo sucesivo, el laudo se referirá a esta parte como la Convocante o la Concesionaria.

1.2. Parte Convocada

1 Cuaderno Principal No. 1, folios 052 a 053
2 Cuaderno Principal No. 3, folios 961

Es **METROLÍNEA S.A.,** sociedad pública por acciones, constituida legalmente, con domicilio principal en la ciudad de Bucaramanga, representada por su Gerente **LAURA CRISTINA GÓMEZ OCAMPO.,** quien concurrió al proceso a través de su representante legal y su apoderado especial.[3] En lo sucesivo, este laudo se referirá a dicha parte como la Convocada o la Concedente.

2. PACTO ARBITRAL

Las partes acordaron dicho pacto en la modalidad de cláusula compromisoria en la Cláusula 72 del Contrato M-LP-001-2008, de fecha 18 de noviembre de 2008, cuyo texto es el siguiente:

> "Cláusula 72. Cláusula Compromisoria
>
> "Cualquier divergencia que surja entre las partes que no sea posible solucionar mediante la transacción o conciliación, será dirimida por un tribunal de arbitramento, el cual se regirá por las siguientes reglas:
> El tribunal de arbitramento se sujetará al reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bucaramanga, y se regirá por lo previsto en esta cláusula y por todas las disposiciones aplicables, en particular el Decreto 2279 de 1989, Ley 23 de 1991, el Decreto 2651 de 1991, la Ley 446 de 1998 y el Decreto 1818 de 1998, o por las normas que los adicionen, modifiquen o reemplacen.
> El tribunal de arbitramento sesionará en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bucaramanga, o en cualquier otro lugar que designen las partes de mutuo acuerdo.
> El arbitramento será en derecho. Los árbitros serán tres (3), a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. En las controversias de menor cuantía habrá un solo árbitro.
> Los árbitros podrán ampliar el término de duración del tribunal por la mitad del inicialmente acordado o legalmente establecido, si ello fuera necesario para la producción del laudo respectivo.
> En la medida en que las normas legales así lo exijan, las disputas relacionadas con la aplicación y los efectos de las cláusulas de caducidad, terminación unilateral, interpretación unilateral y modificación unilateral, no podrán ser sometidas al arbitramento.
> Las tarifas de los árbitros serán las determinadas por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bucaramanga". [4]

En audiencia celebrada el 4 de junio de 2015, las partes acordaron:

> "Adicionar el Pacto Arbitral contenido en la Cláusula 72 del contrato M-LP- 001 – 2008, celebrado el día 18 de noviembre de 2008, única y exclusivamente para señalar un término máximo de duración del proceso arbitral en curso de un (1) año contado desde la terminación de la primera audiencia de trámite para que el Tribunal de Arbitraje en término razonable pronuncie su fallo en derecho respecto de las diferencias sometidas a su conocimiento en los escritos presentados". [5]

3. TRÁMITE ARBITRAL

3 Cuaderno Principal No. 1, folios 054 a 056
4 Cuaderno Principal No. 1, folios 163
5 Cuaderno Principal No. 16, folios 7176 a 7183

3.1. Con fundamento en la cláusula compromisoria, el 15 de agosto de 2014 la Convocante presentó demanda arbitral contra el **METROLÍNEA S.A.**[6], reformada integralmente el 16 de abril de 2015. [7]

3.2. Previa designación de los árbitros[8], aceptación oportuna de estos[9], y citación a audiencia, el 5 de noviembre de 2014 se instaló el Tribunal, designó Presidente y Secretario, admitió la solicitud de convocatoria y demanda arbitral, ordenó su notificación y traslado por el término legal de veinte (20) días hábiles a la Parte Convocada, al señor Agente del Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en la forma y para los fines dispuestos en los artículos 610 y 612 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), en concordancia con la Ley 1444 de 2011, el Decreto-Ley 4085 de 2011, la ley 1563 de 2012 y el Decreto 1365 de 2013.[10]

3.3. Realizadas las notificaciones del auto admisorio[11], en oportunidad procesal, el 11 de febrero de 2015 la Parte Convocada contestó la demanda, interpuso excepciones, objetó el juramento estimatorio, y por separado formuló demanda de reconvención contra la Convocante[12], admitida por Auto No. 3 de 12 de febrero de 2015[13], notificada en legal forma[14], y contestada con interposición de excepciones y objeción al juramento estimatorio[15]; surtido el traslado de las recíprocas excepciones y objeciones a los juramentos con réplicas oportunas, la parte demandante presentó el 16 de abril de 2015 reforma integral a la demanda inicial[16], admitida por auto de fecha 17 de abril de 2015 notificada debidamente, y replicada el 07 de mayo de 2015 con oposición al *petitum*, formulación de excepciones y objeción al juramento estimatorio[17], replicados el 19 de mayo de 2015 .[18]

6 Cuaderno Principal No. 1, folios 001 a 050
7 Cuaderno Principal No. 14, folios 6393 a 6464
8 Cuaderno Principal No. 3, folios 867 a 870
9 Cuaderno Principal No. 3, folios 874, 880 y 886 al 887
10 Cuaderno Principal No. 3, folios 919 a 924
11 Cuaderno Principal No. 3, folios 925 y 966
12 Cuaderno Principal No. 3, folios 971 a 1067
13 Cuaderno Principal No. 14, folios 6168 a 6171
14 Cuaderno Principal No. 14, folios 6172
15 Cuaderno Principal No. 14, folios 6173 a 6221
16 Cuaderno Principal No. 14, folios 6393 a 6464
17 Cuaderno Principal No. 15, folios 6827 a 6928
18 Cuaderno Principal No. 16, folios 7115 a 7166

3.4. El 4 de junio de 2015, se declaró frustrada la audiencia de conciliación por cuanto las partes no conciliaron sus diferencias, y fijaron los costos legales del arbitraje –Auto No. 8[19]-, consignados en tiempo y en su totalidad por la demandante[20]; igualmente, las partes expresaron su conformidad en la aplicación del Código General del Proceso en los asuntos respecto de los cuales la Ley 1563 de 2012 y la Ley 1437 de 2012 remitan al Código de Procedimiento Civil, de conformidad con la sentencia proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado el 25 de junio de 2014. [21]

3.5. El 7 de julio de 2015 en la primera audiencia de trámite, por Auto No. 9 el Tribunal se declaró competente para conocer y decidir en derecho, las controversias surgidas entre las partes, comprendidas en la cláusula compromisoria pactada en la Cláusula 72 del Contrato M-LP-001-2008 celebrado el 18 de noviembre de 2008, y contenidas en la demanda arbitral reformada, la demanda de reconvención, sus respectivas contestaciones, excepciones perentorias interpuestas, objeciones al juramento estimatorio y sus réplicas, providencia respecto de la cual, las partes "expresaron su conformidad". [22]

3.6. En dicha audiencia, ejecutoriada la providencia de asunción de competencia, por Auto No. 11, el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por ambas partes, así:

3.6.1. **Documentales**

Se tuvieron por tales con el carácter legal los documentos aportados por las partes con sus respectivos escritos[23], los incorporados en respuesta a oficios librados al Área Metropolitana de Bucaramanga-AMB-[24], Cal y Mayor y Asociados S.C.[25], Fiduciaria Corficolombiana [26], en la diligencia de exhibición de documentos por la Convocada[27], y los entregados por el testigo Johann Alfredo Manrique García correspondientes al Acta

19 Cuaderno Principal No. 16, folios 7176 a 7183
20 Cuaderno Principal No. 16, folios 7205
21 Cuaderno Principal No. 16, folios 7176 a 7183
22 Cuaderno Principal No. 16, folios 7187 a 7202
23 Cuaderno Principal No. 16, folios 7187 a 7202
24 Cuaderno Principal No. 16, folios 7246 a 7262
25 Cuaderno Principal No. 16, folios 7276 a 7277
26 Cuaderno Principal No. 16, folios 7237 a 7241
27 Cuaderno Principal No. 18, folios 7742 a 7752

de apreciaciones de la Entidad Respecto de las Observaciones Realizadas por los Interesados al Proyecto de Pliego de Condiciones, en el curso de su testimonio. [28]

3.6.2. **Exhibición de documentos**

Se decretó la exhibición de documentos por Metrolínea S.A., diligencia iniciada y suspendida el 3 de agosto de 2015[29], reanudada y concluida el 30 de septiembre de 2015[30], y las partes de común acuerdo incorporaron los documentos respectivos. [31]

3.6.3. **Prueba por informe**

Al tenor de los artículos 275 y ss. Código General del Proceso, se solicitó informe al Área Metropolitana de Bucaramanga AMB, sobre la evolución y estado actual de la implantación del Sistema Integrado de Transporte Metrolínea desde el inicio del funcionamiento del mencionado Sistema, tomando en cuenta para la implantación que del mismo se planteó como Fase 1 del Sistema, el cual se rindió con oficio DAMB-D-4459 de Julio 31 de 2015. [32]

3.6.4. **Dictámenes periciales de parte**

En su valor legal se tuvieron por prueba los siguientes dictámenes periciales de parte:

3.6.4.1. Experticia técnica rendida por CAL Y MAYOR ASOCIADOS S.C., elaborada con participación del Arquitecto EDUARDO JOSÉ TRANSLATEUR PREMINGER y del Ingeniero Civil WALTER ARMANDO CANO ALVARADO, aportada por la demandante con la reforma integral a la demanda principal inicial [33], cuyo traslado se surtió conforme al artículo 228 del Código General del Proceso consonante con el inciso 5º del artículo 5º de la Ley 1563 de 2012, y el Tribunal a solicitud de parte decretó

28 Cuaderno Principal No. 16, folios 7306 a 7315
29 Cuaderno Principal No. 16, folios 7269 a 7275
30 Cuaderno Principal No. 18, folios 7742 a 7752
31 Cuaderno Principal No. 18, folios 7742 a 7752
32 Cuaderno Principal No. 16, folios 7246 a 7262
33 Cuaderno Principal No. 15, folios 6777 a 6820

la comparecencia de los peritos a interrogatorio, diligencia practicada el 11 de agosto de 2015. [34]

3.6.4.2. Experticia técnica rendida por el CONSORCIO ANALISTAS TÉCNICOS 2014, aportada por la demandada con su contestación a la demanda inicial[35], cuyo traslado se surtió conforme al artículo 228 del Código General del Proceso consonante con el inciso 5º del artículo 5º de la Ley 1563 de 2012, y el Tribunal a solicitud de parte decretó la comparecencia del representante del Consorcio a interrogatorio, diligencia practicada el 12 de agosto de 2015.[36]

3.6.4.3. Experticia contable rendida por JEGA ACCOUNTING HOUSE LTDA, elaborada bajo la dirección del Contador Público EDUARDO JIMÉNEZ RAMÍREZ, aportada por la demandante con la demanda principal inicial [37], cuyo traslado se surtió conforme al artículo 228 del Código General del Proceso consonante con el inciso 5º del artículo 5º de la Ley 1563 de 2012, y el Tribunal a solicitud de parte decretó la comparecencia del representante legal de la perito a interrogatorio, diligencia practicada el 5 de agosto de 2015.[38]

3.6.4.4. Experticia de implantación, rendida por Movilidad Sostenible Ltda., elaborada bajo la dirección del Ingeniero Civil WILMER PIPICANO CHICANGANA, aportada por la demandante con la reforma integral a la demanda principal inicial [39], cuyo traslado se surtió conforme al artículo 228 del Código General del Proceso consonante con el inciso 5º del artículo 5º de la Ley 1563 de 2012, y el Tribunal a solicitud de parte decretó la comparecencia del representante legal de la perito a interrogatorio, diligencia practicada el 4 de agosto de 2015.[40]

3.6.4.5. Experticia financiera rendida por IKON BANCA DE INVERSIÓN S.A.S., preparada bajo la dirección del Ingeniero Industrial FRANCISCO GÓMEZ BARRAGÁN.,

34 Cuaderno Principal No. 17, folios 7759 a 7780
35 Cuaderno Principal No. 6, folios 2066 a 6167
36 Cuaderno Principal No. 17, folios 7646 a 7696
37 Cuaderno Principal No. 15, folios 6703 a 6776
38 Cuaderno Principal No. 17, folios 7519 a 7529
39 Cuaderno Principal No. 15, folios 6662 a 6702
40 Cuaderno Principal No. 17, folios 7781 a 7807

aportada por la demandante con la reforma integral a la demanda principal inicial[41], cuyo traslado se surtió conforme al artículo 228 del Código General del Proceso consonante con el inciso 5º del artículo 5º de la Ley 1563 de 2012, y el Tribunal a solicitud de parte decretó la comparecencia del representante legal de la perito a interrogatorio, diligencia practicada el 12 de agosto de 2015.[42]

3.6.5. **Interrogatorio de parte**

Se decretó el interrogatorio de parte de la representante legal de la Convocante, señora **MARIA MARGARITA PERALTA BAUTISTA**, diligencia practicada el 3 de agosto de 2015. [43]

3.6.6. **Testimonios**

Se decretaron los testimonios solicitados por las partes, también de los peritos de partes, y se recibieron, el 3 de agosto de 2015 el de Carlos Adolfo Angulo Arrieta[44]; el 4 de agosto de 2015, los de Jaime Rodríguez Ballesteros y Wilmer Pipicano Chicangana (representante de la perito Movilidad Sostenible Ltda.)[45]; el 5 de agosto de 2015, los de Adriano Otero[46], Álvaro Augusto Ortiz Rodríguez[47], Martha Cecilia Guarín Lizcano[48] y José Eduardo Antonio Jiménez Ramírez (representante de la perito JEGA ACCOUNTING HOUSE LTDA,) [49]; el 11 de agosto de 2015, los de Consuelo Ordóñez de Rincón[50], Johann Alfredo Manrique García[51], Eduardo José Translateur Preminger [52] y Walter Armando Cano Alvarado (representantes de la perito CAL Y MAYOR ASOCIADOS S.C., parte) [53]; el 12 de agosto de 2015, los de Freddy Alexander Cubides Parada[54], José Alberto Arias Arias (representante de Consorcio Analistas Técnicos

41 Cuaderno Principal No. 15, folios 6609 a 6661
42 Cuaderno Principal No. 17, folios 7568 a 7612
43 Cuaderno Principal No. 18, folios 7814 a 7831
44 Cuaderno Principal No. 17, folios 7531 a 7549
45 Cuaderno Principal No. 17, folios 7397 a 7439 y 7781 a 7807
46 Cuaderno Principal No. 17, folios 7474 a 7486
47 Cuaderno Principal No. 17, folios 7487 a 7518
48 Cuaderno Principal No. 17, folios 7447 a 7472
49 Cuaderno Principal No. 17, folios 7519 a 7529
50 Cuaderno Principal No. 17, folios 7614 a 7645
51 Cuaderno Principal No. 17, folios 7700 a 7739
52 Cuaderno Principal No. 17, folios 7759 a 7780
53 Cuaderno Principal No. 17, folios 7759 a 7780
54 Cuaderno Principal No. 17, folios 7550 a 7567

2014) [55] y Francisco Alberto Gómez Barragán (representante de la perito Ikon Banca de Inversión S.A.S.) [56]; el 30 de septiembre de 2015, el de Luis Alfonso Martínez Barragán.[57] Las partes desistieron de los testimonios de los testimonios de Ricardo Hoyos Duque, Nelson Arenas, Jaime Suárez y Julián Arenas. [58]

3.6.7. **Inspección judicial**

El Tribunal decretó de oficio una inspección judicial sobre el inmueble en el cual se adelantó la construcción de la Estación de Cabecera y los Patios de Operación y Talleres de Floridablanca, diligencia practicada el 30 de septiembre de 2015. [59]

3.7. Terminada la etapa probatoria, los apoderados de las partes en audiencia del 19 de noviembre de 2015[60] expusieron sus alegatos de manera oral y al final presentaron los correspondientes escritos. [61]

3.8. El 19 de noviembre de 2015, la señora Procuradora 16 Judicial II para asuntos Administrativos, emitió su concepto. [62]

3.9. El Tribunal señaló el presente día y hora para la audiencia de fallo. [63]

4. <u>LAS DEMANDAS Y SUS CONTESTACIONES</u>

Se resumen la demanda arbitral principal reformada[64], la demanda de reconvención[65], sus respuestas y excepciones perentorias[66], así como la réplica a éstas[67], así:

55 Cuaderno Principal No. 17, folios 7646 a 7696
56 Cuaderno Principal No. 17, folios 7568 a 7612
57 Cuaderno Principal No. 18, folios 7833 a 7855
58 Cuaderno Principal No. 16, folios 7187 a 7202
59 Cuaderno Principal No. 18, folios 7812
60 Cuaderno Principal No. 19, folios 7856 a 7862
61 Cuaderno Principal No. 19, folios 7893 a 8057
62 Cuaderno Principal No. 19, folios 7863 a 7892
63 Cuaderno Principal No. 19, folios 7856 a 7862
64 Cuaderno Principal No. 14, folios 6393 a 6464
65 Cuaderno Principal No. 3, folios 971 a 1067
66 Cuaderno Principal No. 15, folios 6827 a 6928
67 Cuaderno Principal No. 16, folios 7115 a 7166

4.1 La demanda principal reformada, su respuesta, excepciones perentorias interpuestas y su réplica.

La demandante Estaciones Metrolínea Ltda., solicita a través de convocatoria a Tribunal de Arbitramento que sean resueltas en su favor las pretensiones relacionadas con la liquidación del Contrato de Concesión M-LP-001-2008 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2008, el cual se celebró entre Metrolínea S.A., en calidad de concedente y por otra parte Estaciones Metrolínea Ltda., en calidad de concesionaria, y que fue terminado anticipada y de común acuerdo por las partes, en razón a la suspensión por más de dos (2) meses de las labores contractuales, acontecimiento contemplado dentro del contrato en mención.

Dentro de las condenas que espera sean resueltas en su favor se encuentran los reconocimientos económicos a que tiene derecho la Concesionaria entre ellos la totalidad de los costos directos e indirectos en que haya incurrido para realizar la construcción que era objeto de dicho contrato, incluyendo pero sin limitarse, los costos financieros, administrativos y de construcción de la obra; todo ello en virtud de la terminación anticipada del CONTRATO DE CONCESIÓN M-LP-001-2008 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2008, de conformidad con lo estipulado en la cláusula 64.2, del contrato referido. Asimismo pide se condene a la convocada al reconocimiento y pago de las actividades realizadas después de la terminación de dicho Contrato, en particular las relacionadas con la disposición del patio taller provisional, PMA Y PMT de la zona de influencia de la obra, así como la custodia del predio y almacén de inventarios integrados a la construcción respectiva, y la renovación de las pólizas de seguro que conforme a lo estipulado en el Contrato debían mantenerse y fue posible renovar, valor que debe ser sumado al valor de las actividades realizadas por el Concesionario. Igualmente, pretende que la convocada sea condenada por aspectos tales como las actividades realizadas por la concesionaria después del 30 de septiembre de 2014, la remuneración contemplada en el artículo 51 del Contrato en virtud de la suspensión del mismo, declaraciones en relación con el Riesgo de Implantación el cual quedó estipulado en el contrato a cargo del concedente, indemnización por la imposibilidad de terminación de las obras establecidas en el contrato de concesión celebrado entre las partes, así como la indemnización por las utilidades que el Concesionario tenía derecho

a percibir en el evento en que el CONTRATO DE CONCESIÓN M-LP-001-2008 DEL 18 DENOVIEMBRE DE 2008 no hubiera tenido que terminar anticipadamente.

El líbelo se sustentó por el apoderado de la convocante en la celebración entre la convocante Estaciones Metrolínea Ltda., y la convocada Metrolínea S.A. del contrato de concesión M-LP-001-2008, mediante el cual la concesionaria Estaciones Metrolínea S.A., de conformidad con el artículo 32, numeral 4 de la Ley 80 de 1993, realizara por su cuenta y riesgo la construcción de la Estación de Cabecera y los Patios de Operación y Talleres de Floridablanca del Sistema Integrado de Transporte Masivo del Área Metropolitana de Bucaramanga, bajo la vigilancia de Metrolínea S.A. y a cambio de una remuneración.

Dentro de su relato de hechos el apoderado de la convocada igualmente manifiesta que Metrolínea S.A., el 6 de mayo de 2009, con participación de la Interventoría, le hizo la entrega física a Estaciones Metrolínea Ltda., del predio sobre el cual se debía ejecutar la construcción del Proyecto, entregando además copia de la escritura pública 1350 del 3 de abril de 2009 de la Notaría 2ª de Bucaramanga, la cual supuestamente se constituía en el título que acreditaba a Metrolínea S.A. como adquirente de la totalidad del predio del que estaba haciendo entrega, y que había sido registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados. En esa oportunidad se dejó constancia de que quedaba pendiente la entrega del levantamiento topográfico, planimétrico y altimétrico del predio cuyo número predial es 01-04-0207- 0204-000, del certificado de tradición y libertad correspondiente a la matrícula inmobiliaria 300-69674, entre otros documentos, lo cual le fue puesto de presente a Metrolínea S.A. mediante comunicación EM-CE-0050-09 del 7 de mayo de 2009. En igual sentido aseveró que sin perjuicio de la inexistencia de obligación a cargo del Concesionario de realizar un estudio de títulos o de verificar la idoneidad jurídica del predio entregado, Estaciones Metrolínea Ltda., puso de presente a Metrolínea S.A., el hallazgo observado con ocasión del inicio de sus actividades, con posterioridad a la recepción del lote, en cuanto a la falta de coincidencia observada entre el predio entregado y el que debía corresponder al señalado en el Contrato de Concesión. Posteriormente, señala que Metrolínea S.A. responde a las reiteradas solicitudes elevadas por Estaciones Metrolínea Ltda. mediante comunicación del 7 de julio de 2009 (M-DPL-14457- 070709), indicando que se había realizado una

actividad de campo en el terreno entregado previamente por Metrolínea S.A. a Estaciones Metrolínea Ltda., consistente en una visita al terreno en la cual participaron personas de Estaciones Metrolínea Ltda., Metrolínea S.A. y del Área Metropolitana de Bucaramanga, a partir de la cual es Metrolínea S.A., quien concluye que el área entregada sí está comprendida en la adquirida por dicha entidad a quien se la vendió.

La situación descrita con anterioridad, imputable a Metrolínea S.A., condujo a la postre a que se instaurara la acción popular que se promovió por Jimmy Alberto Rangel, la cual se tramitó ante el Juzgado 9º Administrativo del Circuito de Bucaramanga, con el radicado 2.010-316, mediante la cual se pretendía, entre otras cosas y en tutela de los derechos colectivos, que se le pusiera freno a la construcción que Estaciones Metrolínea Ltda., realizaba en ejecución del Contrato de Concesión. Igualmente relacionó dentro de su relato que, Metrolínea S.A., en el proceso de Acción Popular reconoció que el predio 300- 205655 sobre el que se edificaba parte sustancial de la construcción objeto de la concesión, no le pertenecía, lo cual sirvió de fundamento para que el Juzgado del conocimiento concluyera que sobre el terreno en mención no había licencia de construcción, razón por la cual y en el marco de la medida cautelar proferida, ordenó abstenerse de construir sobre dicho terreno. Expresó que el Juzgado del conocimiento de la Acción Popular promovida por el señor Rangel, mediante auto del 20 de enero de 2011 aclarado por auto del 14 de febrero de 2011, accedió a la petición del actor popular y decretó la medida cautelar solicitada por el actor popular, disponiendo que no se podía continuar edificando la obra concesionada sobre el terreno de propiedad del Área Metropolitana de Bucaramanga, identificado con la matrícula inmobiliaria No. 300 — 205655, con lo cual el Concesionario se vio compelido por la decisión de la autoridad judicial a detener la construcción del Proyecto. Señaló que mediante providencia del 23 de noviembre de 2011, el Tribunal Administrativo de Santander confirmó la medida cautelar adoptada por el Juzgado 9º Administrativo de Bucaramanga, con lo cual la imposibilidad de concluir la etapa de construcción se mantenía. Finalmente señala que, en virtud de las suspensiones presentadas, las partes de común acuerdo procedieron a la terminación anticipada del contrato de concesión quedando consignado en el acta de terminación que además de terminar el contrato a partir del 12 de octubre de 2012 (numeral 1º), iniciar unas mesas de trabajo que debían llevar a “determinar la sumas a favor y a cargo de cada una de las partes por virtud de lo dispuesto por la cláusula 64.2

del Contrato de Concesión, y así proceder a la liquidación del Contrato de Concesión. No obstante lo anterior, a la fecha no ha sido posible la liquidación del contrato en referencia.

Dentro de la oportunidad procesal otorgada, la convocada Metrolínea S.A. dio oportuna contestación a la demanda, y en ella manifestó su oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas por el apoderado de la convocante. Realizó un pronunciamiento general de los hechos señalándolos como ciertos, parcialmente ciertos, negándolos o manifestando su no constancia frente a otros, cada uno de estos con sus respectivas apreciaciones del caso.

En concordancia con lo anterior, presentó junto con el líbelo de contestación a la demanda arbitral, las siguientes excepciones de mérito:

I. Presunción de legalidad de los actos administrativos que negaron las reclamaciones presentadas por Estaciones Metrolínea.

II. Imposibilidad de reclamar incumplimientos en aspectos no consignados expresamente en el Acta de Terminación.

III. El Contrato M-LP-001-2008 tiene naturaleza de contrato de obra pública y no de concesión de obra pública, lo cual implica que solo pueden reclamarse los costos directos y los costos administrativos necesarios para la ejecución de las obras.

IV. El Contrato M-LP-001-2008 terminó de común acuerdo por un hecho imprevisto y ajeno a las partes.

V. La obligación de reparación por parte de Metrolínea se limita a llevar a Estaciones Metrolínea a un punto de no pérdida respecto de los costos directos y los costos administrativos.

VI. Estaciones Metrolínea aceptó que en la liquidación del contrato solo debería pagarse los costos directos y los costos administrativos necesarios para la ejecución de las obras hasta un punto de no pérdida.

VII. Compensación de los valores pagados a Estaciones Metrolínea durante la ejecución del Contrato M-LP-001-2008.

VIII. Invalidez de la fórmula pactada en la cláusula 64.2 del Contrato M-LP-001-2008.

IX. Inaplicabilidad de la fórmula pactada en la cláusula 64.2 del Contrato M-LP-001-2008.

X. Incompatibilidad de la aplicación de la fórmula pactada en la cláusula 64.2 del Contrato M-LP-001-2008 con las indemnizaciones de perjuicios reclamadas.

XI. Inexistencia de incumplimiento de la obligación de entrega del predio para la construcción de las obras.

XII. Inexistencia de incumplimiento de la obligación de recibir el predio donde funciona el patio taller provisional.

XIII. Inexistencia de la obligación de pago a Estaciones Metrolínea de la remuneración pactada durante el plazo de la suspensión.

XIV. Inexistencia de la obligación de reconocimiento y pago de obras complementarias ejecutadas en el patio taller provisional.

XV. Inexistencia de incumplimiento de la obligación de asumir los riesgos de implementación y de variación de la tarifa.

XVI. Inexistencia de incumplimiento de la obligación de Metrolínea de recibir los trabajos ejecutados por Estaciones Metrolínea Ltda.

XVII. Inexistencia de la obligación de reconocimiento de intereses de plazo ni de intereses de mora.

A las excepciones se opuso la Parte Convocante dentro del término de su traslado, solicitando denegarlas.

4.2 La demanda de reconvención, su respuesta, excepciones perentorias interpuestas y su réplica.

Dentro de la oportunidad procesal, el apoderado de la convocada Metrolínea S.A., presentó demanda de reconvención en contra de Estaciones Metrolínea Ltda., por medio de la cual solicita que sea declarado por el Tribunal de Arbitramento que el Contrato M-LP-001-2008 celebrado entre Metrolínea S.A. y Estaciones Metrolínea Ltda., con fecha 18 de noviembre de 2008, cuyo objeto es la construcción de la Estación de Cabecera y los Patios de Operación y Talleres de Floridablanca, es un contrato de obra pública.

Peticiona que se declare que dicho contrato terminó por hechos imprevistos e imprevisibles y ajenos a las partes. Suplica que se declare la ineficacia de la cláusula 64.2 del Contrato M-LP-001-2008, celebrado entre Metrolínea S.A. y Estaciones Metrolínea Ltda., con fecha 18 de noviembre de 2008, por ser contraria a normas imperativas. Solicita que, como consecuencia de la terminación anticipada del Contrato M-LP-001-2008, Metrolínea S.A. solo está obligada a pagar a Estaciones Metrolínea Ltda., las siguientes sumas de dinero: (a) El valor de los costos directos para la ejecución de las obras construidas por Estaciones Metrolínea Ltda., y recibidas por Metrolínea S.A., calculados a precios de mercado, y (b) El valor de los costos administrativos necesarios para la ejecución de las obras construidas por Estaciones Metrolínea Ltda., y recibidas por Metrolínea S.A., calculado de acuerdo con lo previsto en el numeral 5.2.1 del estudio previo que antecedió el trámite de la Licitación Pública M-LP-001-2008. Pide, además, se declare que dentro de los valores que Metrolínea S.A. está obligado a cancelar en favor de Estaciones Metrolínea Ltda., no deben ser incluidos los costos financieros en que alega haber incurrido Estaciones Metrolínea S.A., la utilidad esperada en el modelo financiero elaborado unilateralmente por Estaciones Metrolínea S.A. ni la calculada de cualquier otra manera, los costos de oportunidad de los aportes capital de trabajo socios de Estaciones Metrolínea S.A. En el mismo sentido impetra se declare que respecto de cualquier valor que deba reconocer Metrolínea S.A. a favor de Estaciones Metrolínea Ltda., deberán descontarse las sumas de dinero entregadas a Estaciones Metrolínea Ltda. a título de remuneración, en cumplimiento de lo pactado en la cláusula 51 del Contrato M-LP-001-2008, y que como consecuencia de la terminación anticipada del Contrato M-LP-001-2008, celebrado entre Metrolínea S.A. y Estaciones Metrolínea Ltda., con fecha 18 de noviembre de 2008, se declare que perdieron fundamento y eficacia el Riesgo de Implementación del Sistema y el Riesgo de Variación de las Tarifas por Orden de la Autoridad Competente, que habían sido asumidos por Metrolínea S.A. en la cláusula 24 del Contrato M-LP-001-2008. Finalmente solicita se condene a Estaciones Metrolínea Ltda. a pagar a Metrolínea S.A. ESP las costas del proceso y las agencias en derecho, de conformidad con las disposiciones legales vigentes al momento de dictar el laudo arbitral definitivo.

Como fundamento de sus pretensiones relató en los hechos de la demanda que Metrolínea S.A., de conformidad con la Ley 80 de 1993 y normas concordantes, por el

trámite de Licitación Pública, anunció los estudios previos correspondientes, en los cuales se justificó rigurosamente la necesidad de la contratación, el objeto a contratar, la modalidad de selección a utilizar, el valor del contrato, los factores de selección de la oferta más favorable, el manejo de los riesgos previsibles y las garantías a exigir a quien fuera escogido. De manera posterior a la publicación del estudio previo, con fecha 22 de agosto de 2008 se publicó el Pliego de Condiciones definitivo, así como la Resolución 302 de 2008, mediante la cual se dio apertura al proceso de selección para la construcción de la Estación de Cabecera y los Patios de Operación y Talleres de Floridablanca del Sistema Metrolínea. Manifestó que se informó que además de los documentos que podrían consultarse a través del Portal Único de Contratación, podría accederse a los documentos relacionados en el Pliego de Condiciones, en las oficinas de la entidad Metrolínea S.A.

Afirma dentro de los hechos que Estaciones Metrolínea Ltda., al presentar su propuesta, debía saber que durante la ejecución del Contrato no existiría garantía alguna de que las cifras estimadas en los documentos de estructuración efectivamente corresponderían con la realidad, pues lo cierto es que los valores mencionados en el Pliego de Condiciones, entre otros, el del número de usuarios del Sistema Metrolínea, era apenas de referencia y no constituían una declaración o promesa por parte de Metrolínea S.A.

Conforme a lo anteriormente esbozado, señala que dentro del plazo fijado en el Pliego de Condiciones, se recibieron dos propuestas por parte de: Consorcio Transmasivo de Bucaramanga y Promesa de sociedad futura “Estaciones Metrolínea Ltda.”, y una vez estudiadas las dos propuestas, la oferta más favorable a sus intereses y, por lo mismo, con quien se celebraría el Contrato era la presentada por Promesa de sociedad futura “Estaciones Metrolínea Ltda.” Señaló que posteriormente, en fecha 18 de noviembre de 2008, una vez había sido constituida la sociedad Estaciones Metrolínea, entre dicha sociedad y Metrolínea se celebró el Contrato M-LP-001-2008, cuyo objeto es la construcción de la Estación de Cabecera y los Patios de Operación y Talleres de Floridablanca. Manifestó que dentro de las obligaciones adquiridas por Estaciones Metrolínea en virtud del Contrato, se encuentra, en términos generales, la revisión y asunción como propios de los diseños definitivos para la construcción de las obras, la ejecución de los trabajos necesarios para la construcción de las obras y algunas otras

obligaciones administrativas propias de un contrato estatal; así mismo se pactó que una vez finalizadas las obras de construcción de la Estación de Cabecera y los Patios de Operación y Talleres de Floridablanca, Estaciones Metrolínea debía proceder a hacer entrega de las mismas a la Entidad, a través de un mecanismo que las partes denominaron "reversión" (cfr. cláusula 30), pero que no corresponde estrictamente a la cláusula de reversión prevista en el artículo 19 de la Ley 80 de 1993, sino a un puro y simple recibo de una obra pública. Expresó que en el Contrato se incluyó una cláusula 64 de compensaciones por terminación anticipada, la cual establece fórmulas diferentes para el caso en que la terminación se produjera en la etapa de preconstrucción o construcción; no obstante, manifiesta que dicha cláusula solo es aplicable bajo dos requisitos: (a) que solo es procedente su utilización si la terminación anticipada del Contrato en fase de construcción se produjo "por declaratoria de caducidad, o por razones de fuerza mayor o caso fortuito, o por razones imputables a Metrolínea S.A., o por terminación unilateral" y (b) que dentro del "valor de las actividades que haya realizado el Concesionario durante la etapa de construcción" solo se incluyen el valor de los costos directos indispensables para la ejecución de las obras construidas y el valor de los costos administrativos necesarios para su construcción.

Concluye que no se dan los elementos previstos en la cláusula 24.1 del Contrato M-LP-001-2008 para considerar que ocurrió el riesgo de implantación y en caso de que fueran probadas las mismas no generaron efectos perjudiciales en el pago de la contraprestación por la construcción de las obra a cargo de Estaciones Metrolínea, además, en este riesgo de implementación, parte de la base de un desconocimiento de los riesgos efectivamente asumidos por el Contratista, entre ellos y especialmente, el riesgo de la demanda y el riesgo del retorno de la inversión (cláusulas 22.4 y 22.8 del Contrato). Finalmente manifiesta que Metrolínea no debe asumir valores adicionales como pago de obras relacionadas con el Patio Taller Provisional, toda vez que la cuantificación de las obras es un riesgo que debía prever el ofertante, máxime cuando el valor de la obra se estimó en la modalidad de precio global. Coherente con lo anterior, el riesgo de construcción fue asumido por el Contratista (cláusulas 2.69 y 22.3), de tal manera que los mayores costos no pueden ser trasladados a la Entidad. El contrato debía someterse a las exigencias técnicas de Metrolínea y la Interventoría, no siendo posible dar lugar al reconocimiento de obras complementarias en los términos pactados

en la cláusula 29.13 del Contrato, pues dicho sometimiento a las exigencias técnicas formaba parte de las obligaciones contractuales asumidas por el Contratista –literal s) del numeral 4 de la cláusula 18.1– y, por lo mismo, no pueden dar lugar a reconocimiento económico adicional. Las actividades calificadas por parte del Contratista como obras complementarias son, en realidad, obligaciones contractuales que debía cumplir Estaciones Metrolínea,las cuales no reúnen los requisitos pactados en la cláusula 29.13 del Contrato para el reconocimiento de obras complementarias ni los exigidos jurisprudencialmente para que el juez proceda a ordenar su reconocimiento y pago. Igual sucede con los costos del diseño y construcción del Patio Taller Provisional por ser una obligación contractual de Estaciones Metrolínea y porque no se configuran los requisitos contractuales ni jurisprudenciales para el efecto. Aseveró que Estaciones Metrolínea ha actuado con negligencia en lo que respecta al contrato de arrendamiento del predio donde funciona actualmente el patio taller provisional por no ejercer los derechos adquiridos y prerrogativas que le concede el artículo 518 del Código de Comercio en relación con el local comercial donde funciona el establecimiento de comercio patio taller, y ha permitido que el arrendador imponga unilateralmente condiciones excesivamente onerosas para Metrolínea, sin oposición o cuestionamiento alguno y acatando lo previsto en el numeral 21 de la cláusula 18.4 del Contrato, el Contratista se encuentra "obligado a actuar razonablemente en el marco de sus compromisos contractuales, teniendo en cuenta el carácter público del servicio que presta".

Dentro del término de traslado de la demanda de reconvención, Estaciones Metrolínea Ltda., a través de apoderado judicial manifestó que se opone a estas pretensiones señalando que el contrato celebrado es un contrato de concesión, que el valor de costos administrativos fue solo un estimado y que Metrolínea reconoce en contratos de obra valores por costos de administración de hasta el 30% y utilidad del 5%. En lo que se refiere a las sumas que recibió el concesionario expone que no carecen de contraprestación, pues corresponden a lo acordado en el Contrato con miras a que este pudiera obtener el retorno de la inversión y la utilidad esperada, retribuyendo su gestión por todas las actividades realizadas, los costos asumidos y los riesgos que fueron dejados en su cabeza, en relación con lo cual también es necesario hacer remisión a lo expuesto al contestar el hecho subsiguiente.

Responde que la remuneración en el escenario de la liquidación está excluida de la fórmula porque consciente y deliberadamente se reconoce que esa remuneración, ya causada y ya pagada, es independiente y adicional al reconocimiento del valor actividades y del valor pagado a la Interventoría, en orden a que el resultado agregado permita al Concesionario obtener en la medida señalada (esto es, valor de la remuneración más valor de liquidación) el retorno de la inversión y alguna utilidad en un escenario de terminación anticipada.

Se opone a la prosperidad de esta pretensión de la demanda de reconvención, por cuanto (i) no incluye elementos que de acuerdo con la fórmula de la cláusula 64.2 del Contrato de Concesión deben ser tenidos en cuenta para establecer el valor de liquidación, concretamente el valor pagado a la Interventoría, así como el costo financiero asociado a las actividades cumplidas, sin las cuales estas actividades no se hubieran podido llevar a cabo, y cuyo legítimo derecho de reembolso al Concesionario es presentado de manera inexacta por la Entidad Concedente en la demanda de reconvención, como fuente de un supuesto enriquecimiento, al que además califica de "sin causa", (ii) se desconoce que el valor a reconocer debe corresponder a las inversiones efectuadas, que reflejan los precios imperantes en el mercado para cuando estas se hicieron, y (iii) en la determinación del valor de los costos administrativos a reconocer se incluye por la actora en reconvención una consideración que apunta a que se imponga una limitación arbitraria, dándole valor de cláusula contractual limitante del valor de liquidación a lo que se expuso en el estudio previo con alcance puramente indicativo o de referencia, es decir, que apenas buscaba sentar una guía ilustrativa de lo que se había podido identificar al realizar el mencionado estudio previo.

Considera que el Concesionario efectuó una gestión directamente relacionada con el objeto del contrato y, por lo mismo, la conservación de esa remuneración, que, se reitera, tiene una causa legítima, que además responde a la definición que las partes tomaron en ejercicio de su autonomía dispositiva y que debe ser respetada por METROLÍNEA S.A.

Interpuso las siguientes excepciones de mérito:

I. "El contrato debe ser cumplido según lo acordado o ´Pacta Sunt Servanda´. "El contrato debe ser cumplido según lo acordado en cuanto a la clase de contrato que fue celebrado."."El contrato debe ser cumplido según lo acordado en cuanto al reconocimiento integral de las causas que condujeron a su terminación anticipada y en cuanto a las consecuencias que de tal terminación se derivan, particularmente en lo que dice relación con la aplicación de la cláusula 64.2"."El contrato debe ser cumplido según lo acordado en cuanto a la aplicación íntegra de la cláusula 64.2 para determinar el valor de liquidación del mismo, respetando la fórmula en ella incluida".

II. "Actuación de buena fe de Estaciones Metrolínea."

III. "Carácter vinculante de los actos propios de Metrolínea."

IV. "Carencia Absoluta de Derecho."

A las excepciones se opuso la Parte reconvenida dentro del término de su traslado, solicitando denegarlas.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes en la audiencia celebrada el 19 de noviembre de 2015 presentaron en forma oral sus alegatos de conclusión[68], y entregaron al finalizar sendos escritos[69]. A las argumentaciones de las partes refiere el Tribunal al analizar y decidir cada una de las pretensiones, y sus fundamentos fácticos, jurídicos y probatorios, en lo pertinente. [70]

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La señora Procuradora 16 Judicial-Administrativo, presentó su concepto en forma oportuna y a éste referirá el Tribunal al analizar los asuntos sometidos a su decisión, en lo pertinente. [71]

68 Cuaderno Principal No. 19, folios 7856 a 7862
69 Cuaderno Principal No. 19, folios 7893 a 8057
70 Cuaderno Principal No. 19, folios 7856 a 7862
71 Cuaderno Principal No. 19, folios 7863 a 7892

7. DURACIÓN DEL PROCESO Y TÉRMINO PARA FALLAR

Iniciado este proceso con la presentación de la demanda arbitral el 15 de agosto de 2014, se regula por La Ley 1563 del 12 de Julio de 2012[72], y en caso de vacíos o remisión, por el Código General del Proceso, según precisó el Consejo de Estado[73] y ratificaron las partes en la audiencia de conciliación celebrada el 4 de junio de 2015. [74]

Al tenor de los artículos 10 y 11 de la Ley 1563 de 2012, cuando "en el pacto arbitral no se señalare término para la duración del proceso, este será de seis (6) meses, contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite" y *"al cual se adicionarán los días de suspensión"*- e "*interrupción por causas legales"- ,* sin exceder la solicitada de consuno por las partes de un *"tiempo que, sumado, exceda de ciento veinte (120) días".* La primera audiencia de trámite, inició y culminó el 7 de julio de 2015, las partes no solicitaron la suspensión del proceso, el término acordado por las partes para el presente trámite arbitral de un (1) año contado desde su finalización vence el 7 de julio de 2016, y por lo tanto, el Tribunal, se encuentra en la oportunidad para proferir el laudo.

2º. CONSIDERACIONES

Para su decisión en derecho, el Tribunal analizará:

I. Los presupuestos procesales.
II. Las excepciones de presunción de legalidad de los actos administrativos negativos, imposibilidad de reclamar incumplimientos por ausencia de salvedades expresas.
III. Las pruebas y la contradicción de los dictámenes de parte.
IV. Las pretensiones de las demandas y las excepciones.
V. Las costas.

---

72 "ARTÍCULO 119. VIGENCIA. Esta ley regula íntegramente la materia de arbitraje, y empezará a regir tres (3) meses después de su promulgación. Esta ley sólo se aplicará a los procesos arbitrales que se promuevan después de su entrada en vigencia. Los procesos arbitrales en curso a la entrada en vigencia de esta ley seguirán rigiéndose hasta su culminación por las normas anteriores."
73 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, providencias del 25 de junio de 2014, Expediente 25000233600020120039501(IJ) y 6 de agosto de 2014, Exp. 88001-23-33-000-214-0003-01 (50408).
74 Cuaderno Principal No. 16, folios 7176 a 7183

I. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

Los "*presupuestos procesales*"[75] concurren en el proceso. Las partes acreditaron su existencia y representación legal, han comparecido por sus representantes legales, y sus apoderados judiciales, ostentan capacidad procesal, habilidad dispositiva y en desarrollo del derecho fundamental de acceso a la justicia, su libertad contractual o de contratación, *rectius*, autonomía privada dispositiva, están autorizadas por el ordenamiento jurídico para acudir al arbitraje en procura de solución de sus controversias contractuales y acordar pacto arbitral en los contratos estatales[76] (artículos 116 de la Constitución Política; 8º y 13 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, 270 de 1996; 3º de la Ley 1285 de 2009; Ley 1563 de 2012).[77]

El Tribunal se instaló en debida forma, asumió competencia, decretó y practicó las pruebas solicitadas, garantizó en igualdad de condiciones el debido proceso y es competente para juzgar en derecho las diferencias contenidas en la demanda arbitral reformada, su réplica y excepciones por concernir a asuntos litigiosos, dudosos e inciertos, susceptibles de disposición, transacción y *estricto sensu* de naturaleza patrimonial, derivados de la celebración, ejecución y terminación del Contrato M-LP-001-2008, de fecha 18 de noviembre de 2008. La acción relativa a controversias contractuales se ejerció oportunamente mediante la presentación de la demanda principal inicial el 15 de agosto de 2014 ante la imposibilidad de las partes de solucionar la disputa y acordar la liquidación definitiva del contrato, por lo cual, no ha operado el término de caducidad consagrado en la Ley 1437 de 2011.Tampoco se observa causa de nulidad del proceso.

II. LAS EXCEPCIONES DE PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS NEGATIVOS E IMPOSIBILIDAD DE RECLAMAR INCUMPLIMIENTOS POR AUSENCIA DE SALVEDADES EXPRESAS.

75 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 19 de Agosto de 1954.
76 Corte Constitucional, Sentencias C-059 de 1993; C-544 de 1993, T-538 de 1994; Sentencia T-04 de 1995, C-037 de 1996; T-268 de 1996; C-215 de 1999; C-163 de 1999; SU-091 de 2000, y C-330 de 2000.
77 Los artículos 70 a 72 de la Ley 80 de 1983 fueron derogados por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012.

El Tribunal resolverá de entrada la excepciones indicadas en atención a que por sus consecuencias, se impone delanteramente su estudio y decisión.

1. **La excepción "Presunción de legalidad de los actos administrativos que negaron las reclamaciones presentadas por Estaciones Metrolínea***".*

Al negar la Convocada con oficio M-OAJ-3968-191011 de 12 de octubre de 2011 la reclamación formulada por la Convocante en su comunicación de 10 de junio de 2011 por incumplimiento, riesgo geológico y obras, las diferencias concernientes a la implantación del Sistema Metrolínea, cumplimiento defectuoso de la obligación de entregar el predio para la construcción de la obra, tarifa y las obras complementarias en el patio provisional fueron materia de pronunciamiento negativo de la administración a través de un *"un acto administrativo en firme cuya legalidad se presume y que no puede desconocer el Tribunal de Arbitramento, de tal manera que la controversia en esos temas quedó agotada en sede administrativa y un pronunciamiento en sede arbitral de estos temas implicaría el desconocimiento de un acto administrativo cuya validez no es materia de discusión dentro del presente proceso",* según ha reconocido la jurisprudencia del Consejo de Estado.[78]

La Convocante al oponerse puntualizó que los pronunciamientos de la Convocada a su reclamación no son actos administrativos decisorios de reclamaciones formuladas en vía gubernativa, al emitirse dentro del procedimiento de solución de controversias previsto en la Cláusula 70 del Contrato de Concesión, según el cual, la parte debe presentar su reclamación a la otra para que lo evalúe y conteste "fijando su posición", si no lo acepta, invitará a una primera reunión de negociación que al frustrarse comporta iniciar otra fase de negociaciones cuyo fracaso habilita para convocar el tribunal arbitral. En observancia de la Cláusula 70, formuló la reclamación con carta fechada a 10 de junio de 2011, radicada el 11 de junio de 2011, y contestada con oficio del 12 de octubre de 2011 por Metrolínea haciendo constar que su finalidad es *"exponer la posición de la entidad que represento, frente a la reclamación allegada por el Concesionario en el escrito de la referencia, lo cual procedo a hacer de conformidad con la cláusula 70 del contrato […]"*,

78 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 12 de junio de 2014, expediente 27.014.

y señaló que *"con el fin de revisar las fórmulas de arreglo presentadas por el concesionario y buscar las alternativas que permitan cumplir con la finalidad para la cual fue celebrado el contrato, nos permitimos citarlo a una primera reunión de negociación […]"*. Después, mediante comunicación radicada el 4 de abril de 2014, formuló otra reclamación que la Convocada no respondió fijando su posición, sino que el 30 de abril de 2014 un asesor externo en carta fechada el 28 de ese mes y año, solicitó "se precise el origen y el sustento de las cifras de las reclamaciones discriminadas en el punto 1 de su escrito […]", por lo que, decidió presentar la convocatoria del Tribunal Arbitral.

Consideraciones del Tribunal.

1. Por Auto No. 9 proferido en la primera audiencia de trámite celebrada el 7 de julio de 2015[79], el Tribunal asumió competencia para decidir las controversias planteadas por las partes en sus escritos, incluidas las que son objeto de la excepción interpuesta. Frente a esta decisión, no se interpuso recurso, y las partes "expresaron su conformidad"[80].

2. Mediante comunicación fechada y radicada el 10 de junio de 2011, la Convocante, "*con base en lo previsto en la Cláusula 70 del Contrato de Concesión", notificó "formalmente (…) la existencia de una controversia de naturaleza jurídica por (i) los incumplimientos contractuales por parte de Metrolínea y (ii) por el acaecimiento, en la ejecución contractual, de circunstancias imprevisibles, irresistibles y extraordinarias,..".*

La comunicación relacionó los siguientes asuntos: (i) "Incumplimiento de Metrolínea en la implantación del Sistema. Acaecimiento del riesgo de implantación"; (ii) "Incumplimiento de Metrolínea de su obligación de entrega del predio en el que debía desarrollarse la construcción"; (iii) "Incumplimiento e Metrolínea de su obligación de efectuar una adecuada planeación y programación del Sistema"; (iv) "Incumplimiento de Metrolínea de su obligación de remunerar al concesionario por el plazo en que la operación se llevó a cabo de manera gratuita para los usuarios"; (v) "Metrolínea no ha asumido el riesgo expresamente asignado a Metrolínea en el numeral 24.2 del contrato de concesión por el hecho de que el Área Metropolitana de Bucaramanga no ha

79 Cuaderno Principal No. 16, folios 7187 a 7202
80 Cuaderno Principal No. 16, folios 7187 a 7202

actualizado la tarifa al usuario"; (vi) "Metrolínea no ha reconocido al concesionario el valor de las obras complementarias ejecutadas por éste por instrucción de la interventoría, correspondientes a la construcción del patio provisional del Sistema"; (vii) "Errores en los estudios y diseños entregados al concesionario respecto del estudio de suelos"; (viii) "Verificación de una contingencia extraordinaria en cuanto al riesgo geológico", y (ix) "Verificación de una contingencia extraordinaria en cuanto al riesgo de demanda".[81]

La Convocada contestó negativamente con oficio M-OJA-3968-191011 (32.28) del 12 de octubre de 2011, radicado el 20 de octubre de 2011, manifestando *"exponer la posición de la entidad que la represento, frente a la reclamación allegada por el Concesionario en el escrito de la referencia, lo cual procedo a hacer de conformidad con lo señalado en la cláusula 70 del contrato"*, y según "*lo contemplado en el literal d) de la cláusula 70 del contrato de concesión y expuesta, como ha sido la posición de la entidad contratante respecto a la reclamación presentada por la sociedad ESTACIONES METROLÍNEA LTDA., con el fin de revisar las fórmulas de arreglo presentadas por el concesionario y buscar las alternativas que permitan cumplir con la finalidad para la cual fue celebrado el contrato, nos permitimos citarlos a una primera reunión de negociación"*.[82] Las anteriores comunicaciones se citan en los considerandos 7 y 8 del Acta de Terminación Anticipada del Contrato suscrita el 12 de octubre de 2012. [83]

Con relación a la reclamación y su respuesta de conformidad con lo acordado en el Acta de Terminación Anticipada del Contrato suscrita el 12 de octubre de 2012 [84] en el marco de la Cláusula 70 del Contrato, las partes sostuvieron varias reuniones para la liquidación del contrato según acreditan sus comunicaciones EM-CE-2233-12 de 7 de noviembre de 2012, EM-CE-2232-13 del 12 de diciembre de 2013, EM-CE-2357-14 del 21 de febrero de 2014, EM-CE-2404-14 del 4 de noviembre de 2014, EM-CE-2406-14 del 21 de noviembre de 2014, EM-CE-2249-12 del 7 de diciembre de 2012, M-GER-2340-201112 del 20 de noviembre de 2012, las fechadas a 22 de noviembre de 2013 y 16 de enero de 2014 de su abogado, y la No. 90-23.1.1 FO, de fecha 7 de noviembre de

81 Cuaderno Principal No. 1, folios 457
82 Cuaderno Principal No. 4, folios 1068 a 1069
83 Cuaderno Principal No. 3, folios 683
84 Cuaderno Principal No. 2, folios 683

2014 radicada el 10 de noviembre de 2014, y las actas de las reuniones números uno a trece del período comprendido entre 14-08-2013 y el 10-04-2014. [85] Con oficio EM-CE-2635-14 de 4 de abril de 2014, y en el marco de la Cláusula 70 del Contrato, la Convocante formuló otra reclamación[86], respecto de la que el oficio 10-22.1.1.FO del 5 de junio de 2014 solicitó "*información concreta y detallada sobre las reclamaciones económicas […]".*[87]

3. Para la Convocada las respuestas negativas a las reclamaciones formuladas por la Convocante constituyen actos administrativos definitivos, ejecutoriados dotados de presunción de legalidad y sustraídos del conocimiento de la jurisdicción arbitral.

En cuanto hace al alcance del control judicial de los tribunales de arbitraje sobre las controversias contractuales derivadas de los actos administrativos, en consonancia con la sentencia C-1436 de 2000 de la Corte Constitucional[88], la jurisprudencia del Consejo de Estado sustrae de su conocimiento únicamente el juicio de legalidad de los proferidos en ejercicio de los poderes o cláusulas excepcionales, cuyas consecuencias económicas pueden conocerse por los árbitros (artículo 1º de la Ley 1563 de 2012), y ha reiterado la competencia arbitral con relación a los restantes actos "administrativos" contractuales, incluso para juzgar su validez.[89] No obstante en este caso el Tribunal no juzga la

85 Cuaderno Principal No. 16, folios 7246 a 7262
86 Cuaderno Principal No. 3, folios 797
87 Cuaderno Principal No. 3, folios 832
88 Corte Constitucional, sentencia C-1436 de 2000, resuelve: "Decláranse EXEQUIBLES los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993, bajo el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales.". Anotó: "(…) las cláusulas excepcionales a los contratos administrativos, como medidas que adopta la administración y manifestación de su poder, sólo pueden ser objeto de examen por parte de la jurisdicción contenciosa y no por particulares investidos temporalmente de la facultad de administrar justicia, (…) Por consiguiente, y como manifestación del poder público del Estado, el examen en relación con el ejercicio de las cláusulas exorbitantes por parte de la administración, no puede quedar librado a los particulares. Significa lo anterior que cuando la materia sujeta a decisión de los árbitros, se refiera exclusivamente a discusiones de carácter patrimonial que tengan como causa un acto administrativo, éstos podrán pronunciarse, como jueces de carácter transitorio. Más, en ningún caso la investidura de árbitros les otorga competencia para fallar sobre la legalidad de actos administrativos como los que declaran la caducidad de un contrato estatal, o su terminación unilateral, su modificación unilateral o la interpretación unilateral, pues, en todas estas hipótesis, el Estado actúa en ejercicio de una función pública, en defensa del interés general que, por ser de orden público, no puede ser objeto de disponibilidad sino que, en caso de controversia, ella ha de ser definida por la jurisdicción contencioso administrativa, que, como se sabe, es el juez natural de la legalidad de los actos de la administración, conforme a lo dispuesto por los artículos 236, 237 y 238 de la Carta Política."
89 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, auto de 12 de agosto de 2013, Radicación 2873. Señaló "(…) se impone concluir que los demás actos administrativos contractuales –es decir aquellos que están excluidos del conjunto de las facultades que de manera expresa recoge el hoy vigente artículo 14 de la Ley 80 de 1993, conjunto al cual la Corte Constitucional circunscribió en esa ocasión la noción de "poderes excepcionales"–, los demás actos administrativos contractuales –se repite– sí pueden ser sometidos al estudio, al examen, al conocimiento y a la decisión de los árbitros, en la medida en que no se encuentran cobijados por los alcances de la sentencia de la Corte Constitucional y en relación con los mismos tampoco la Constitución o la Ley establecen restricción alguna al respecto" (Destaca y subraya el Despacho en esta oportunidad)."

legalidad de acto administrativo alguno, en la medida que las respuestas negativas a las reclamaciones formuladas no son actos administrativos *estricto sensu* y tampoco la demanda arbitral reformada solicita declarar la nulidad de ninguno.

El Capítulo Décimo Primero- Solución de Conflictos del Contrato de Concesión firmado el 18 de noviembre de 2008, enuncia dentro de los mecanismos pactados para solucionar las controversias: (i) "Transacción" (Cláusula 70); (ii) "Conciliación" (Cláusula 71); (iii) Arbitraje (Cláusula Compromisoria, Cláusula 72); y (iv) Amigable composición (Amigable Componedor, Cláusula 73). [90]

De acuerdo con la Cláusula 70, Transacción, [t]odas las disputas que surgieren entre las partes en relación con el presente contrato, serán resueltas amistosamente por las partes, excepto en los casos en que hubiere lugar al agotamiento de la vía gubernativa de conformidad con las leyes vigentes al momento del surgimiento de la disputa": (i) Los reclamos surgidos durante la relación contractual, serán comunicados "por escrito entre sí, de manera directa, y para su definición se seguirá el procedimiento que se expone a continuación"; (ii) La parte inconforme comunicará a la otra el reclamo con los fundamentos de su posición, normas contractuales y legales, y posibles fórmulas de solución; el contratante notificado, dentro de los diez hábiles siguientes al recibo del reclamo, evalúa los términos de la propuesta, reclamación o diferencia y manifestará "su posición, por escrito"; (iii) Si el contratante notificado "no estuviere de acuerdo con la posición planteada por el contratante inconforme, se lo comunicará así por escrito" expresando los hechos, fundamentos, pruebas, normas y fórmulas posibles de solución e invitará "a una primera reunión de negociación, que deberá llevarse a cabo dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de entrega de dicha respuesta al contratante inconforme" (iv) Las partes tendrán un término máximo de veinte hábiles para llegar a un "acuerdo directo" a través de negociaciones directas, y en caso de no llegarse al mismo, se hará otra negociación directa con duración de quince días hábiles. (v) Sin embargo, cuando no se contesten las comunicaciones respectivas, se acuda a la reunión de negociación o exista una negativa adelantar cualquiera de las gestiones, "se recurrirá al arbitramento o a la amigable composición".

90 Cuaderno Principal No. 1, folios 140 a 261

Desde esta perspectiva, las reclamaciones de la Convocante, y las respuestas de la Convocada, se enmarcan dentro del procedimiento de solución de controversias pactado en el Contrato y en su Cláusula 70 ("Transacción"), reflejan su posición jurídica en torno a una controversia singular, concreta, específica, y contractual.

No se trata de actos administrativos decisorios de reclamaciones en vía gubernativa, ni siquiera de actos administrativos contractuales, sino actos de parte producidos en desarrollo y ejecución de la cláusula contractual de solución de conflictos. Son simples o meras declaraciones de contratante definitorias de su posición en el conflicto, cuya solución procuraron según el procedimiento contractual previsto. Tales declaraciones no constituyen decisiones unilaterales creadoras o extintivas de derechos, y no podrían considerarse como actos administrativos en sentido estricto, en la medida en que no crean, modifican ni extinguen situaciones jurídicas, ni ponen término un procedimiento en curso.

Por lo anterior, no prospera la excepción y así se declarará en la parte resolutiva.

2. **La excepción "Imposibilidad de reclamar incumplimientos en aspectos no consignados expresamente en el Acta de Terminación".**

En sentir de la excepcionante, las actas de finalización de los estudios y diseños o de la etapa de construcción, y en general, las actas de terminación del contrato son vinculantes e impiden formular reclamaciones por el cumplimiento de las obligaciones de etapas anteriores cuando no se consignan salvedades expresas en la respectiva acta de terminación, como ha reconocido la jurisprudencia arbitral. [91]

Agrega que la falta de salvedad clara, expresa y concreta por la Convocante al suscribir el Acta de Terminación del Contrato del derecho a reclamar perjuicios por supuestos incumplimientos de las obligaciones de entregar el predio para la construcción de las obras, asumir los riesgos de implementación y variación de la tarifa, actividades de

91 "Tribunal de Arbitramento de Departamento de Cundinamarca contra Concesionaria Panamericana S.A. Laudo arbitral de 26 de enero de 2011. En igual sentido, Tribunal de Arbitramento de Departamento de Cundinamarca contra Consorcio Concesionario de Desarrollo Vial de la Sabana – Devisab. Laudo arbitral de 21 de septiembre de 2009, y Tribunal de Arbitramento de Autopistas Duitama San Gil S.A. contra Departamento de Santander y Departamento de Boyacá. Laudo arbitral de 18 de febrero de 2013."

gestión, planeación y control del Sistema Metrolínea, y reconocimiento de obras adicionales o complementarias, le impide demandar su reconocimiento en proceso judicial según la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado [92], por cuanto "*una vez ha sido liquidado bilateralmente un contrato estatal",* el acta de liquidación produce efectos de la transacción y extingue todas las controversias, sin admitirse desconocer el acto propio, salvo vicio de la voluntad que pueda invalidarla.[93] Indica que la expresión consignada en el numeral 6 de los acuerdos contenidos en el Acta de Terminación, en el sentido que *"las partes no renuncian a la posibilidad de reclamar sus derechos, según lo consideren y lo tengan a bien"*, al no identificar el problema ni motivos concretos de inconformidad no es propiamente una salvedad por su formulación genérica ni evita sus efectos transaccionales, según ha sostenido el Consejo de Estado. [94] A juicio de la Convocante esta excepción debe denegarse por cuanto el acta de terminación bilateral no contiene la liquidación definitiva del contrato, ni tuvo por finalidad liquidarlo sino terminarlo, previó las actividades para su liquidación posterior y contiene en su numeral 6º. recíproca reserva del derecho a reclamar posteriormente los derechos ante el juez natural del contrato. Tampoco es acta de terminación de una etapa contractual y inicio de otra, con la cual las partes declaren cumplidas las obligaciones propias de cada una, ni contiene su liberación recíproca.

Consideraciones del Tribunal.

1. La ausencia de salvedades en el acta de liquidación del contrato estatal es cuestión, cuya comprobación según el Consejo de Estado conduce a desestimar las pretensiones en el fallo de fondo del asunto y de competencia privativa del juzgador.[95]

2. La liquidación del contrato estatal está disciplinada en su oportunidad, contenido, función y efectos, presupone su terminación (artículo 60, Ley 80 de 1993)[96], es definitiva

92 "Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 10 de abril de 1997, expediente 10.608. Esta posición ha sido reiterada en múltiple jurisprudencia: cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 6 de julio de 2005, expediente 14.113; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 20 de septiembre de 2007, expediente 16.370; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 16 de marzo de 2012, expediente 22.826, y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 9 de octubre de 2014, expediente 32.854."

93 "Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 31 mayo de 2013, expediente 23.903."

94 "Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 6 de julio de 2005, expediente 14.113."

95 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 31 de Marzo de 2011, Radicación 68001-23-15-000-1997-00942-01(16246).

o conclusiva, implica la relación de su estado, prestaciones, obras, servicios e inversiones, pagos realizados e insolutos, ajustes, revisiones, reconocimientos, acuerdos, conciliaciones y transacciones, garantías, seguridad de las obligaciones que deban cumplirse "con posterioridad a la extinción del contrato", divergencias, salvedades y reservas de las partes.

Realizada bilateralmente por las partes, la liquidación definitiva envuelve conciliación, y en su caso, transacción, cuando además de liquidar el contrato, concilian o transijan acatando los elementos esenciales y requistos legales singulares de estas categorías contractuales. De este modo, y en virtud de su naturaleza definitiva, es elemental la carga de consignar en su texto la inconformidad, reserva o salvedad clara, expresa y específica. Al respecto, señala el Consejo de Estado:

> "La **liquidación final** del contrato tiene como objetivo principal, que las partes definan sus cuentas, que decidan en que estado quedan después de cumplida la ejecución de aquél; que allí se decidan todas las reclamaciones a que ha dado lugar la ejecución del contrato, y por esa razón es este el momento en que se pueden formular las reclamaciones que se consideren pertinente" [97]

Desde esta perspectiva a falta de salvedad, la liquidación de común acuerdo es acuerdo dispositivo de intereses, definitivo, vinculante y obligatorio para las partes que hace improcedente la reclamación e imprósperas las pretensiones. Así lo explica, el Consejo de Estado, en sentencia del 31 de marzo de 2011:

> "Bajo las orientaciones de la Jurisprudencia de esta Corporación conviene precisar que la acción contractual que se promueva en relación con diferencias surgidas de un negocio jurídico que previamente ha sido objeto de liquidación bilateral o voluntaria, por acuerdo entre las partes, en principio, únicamente puede versar sobre aquellos aspectos o temas en relación con los cuales el demandante hubiere manifestado su desacuerdo al momento de la respectiva liquidación final del contrato, con fundamento en las siguientes razones[98]:La primera se sustenta en el artículo 1602 del Código Civil, aplicable a los contratos celebrados por la Administración Pública, según el cual *"[t]odo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado, sino por su consentimiento mutuo o por causas legales."*No puede perderse de vista que el acta de liquidación bilateral comparte la misma naturaleza del contrato, tanto por su formación como por sus efectos, de modo que lo allí acordado produce las consecuencias a las cuales se refiere el artículo citado; desde este punto de vista, cuando no se deja en

96 Artículo 60 de la Ley 80 de 1993, -derogado parcialmente por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007-; artículo 217 del Decreto 19 de 2012; y artículo 11 de la Ley 1150 de 2007.

97 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia 10 de abril de 1997, expediente 10608.Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 18 de abril de 1997, exp. 11732, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.: "Y en materia de reclamos por el no pago oportuno de las actas parciales de obra (en el contrato de obra pública, se entiende) se ha sostenido que su reclamo podrá hacerse tan pronto se dé o constate la mora en su pago o dentro de los dos años siguientes a la finalización del contrato o a la ejecutoria del acto que lo liquidó. Pero no ha aceptado la jurisprudencia la tesis del a quo (caducidad frente a cada una de las actas) porque esta hace de cada reclamo particular (el no pago oportuno de un acta) un asunto separado del contrato mismo, como si al final no tuviera que tenerse en cuenta en la liquidación definitiva" .

98 "Sobre este tema ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de julio 6 de 2005, Expediente 14.113., C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez."

el acta constancia concreta de reclamación, se entiende que no existe inconformidad, al tiempo que su adopción comporta una liberación, una declaración de paz y salvo, recíproca entre las partes. La segunda se funda en el *"principio de la buena fe"* [99],, el cual inspira, a su vez, la denominada *"teoría de los actos propios",* cuyo valor normativo no se pone en duda[100], pues se apoya, en primer lugar, en el artículo 83 de la Carta Política, según el cual *"las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante estas"* y, en forma específica, en materia contractual, en los artículos 1603 del Código Civil, según el cual *"los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella"* y 871 del Código de Comercio, que en idéntico sentido dispone que *"los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley la costumbre o la equidad natural."*[101]

El Consejo de Estado, por otra parte, en reiterados pronunciamientos postuló la suficiencia de la reclamación, salvedad o reserva en el acta de liquidación definitiva al tenor del artículo 60 de la Ley 80 de 1983, y también ha dicho en varias decisiones que debe consignarse en determinadas actas parciales.[102]

---

99 "La Jurisprudencia ha definido la buena fe dentro del siguiente contexto: "La expresión "buena fe" o (bona fides) indica que las personas deben celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones y, en general, emplear con los demás una conducta leal. La lealtad en el derecho desdobla en dos direcciones: primeramente, cada persona tiene el deber de emplear para con los demás una conducta leal, una conducta ajustada a las exigencias del decoro social; en segundo término, cada cual tiene el derecho de esperar de los demás esa misma lealtad, trátese de una lealtad (o buena fe) activa, si consideramos la manera de obrar para con los demás, y de una lealtad pasiva, si consideramos el derecho que cada cual tiene de confiar en que los demás obren con nosotros decorosamente..." (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 23 de junio de 1958.) En el mismo sentido, encontramos las siguientes sentencias del Consejo de Estado: Sentencia de 8 de septiembre de 1987, Exp. 4884, M.P. Carlos Betancur Jaramillo. Sección Tercera; Sentencias de 25 de noviembre de 1999, Exp. 10893; de 6 de mayo de 1992, Exp. 6661, de 6 de diciembre de 1990, Exp. 5165, de 30 de mayo de 1991, Exp. 6665, de 19 de julio de 1995, Exp. 7882; de 22 de mayo de 1996, Exp. 9208. entre otras."

100 "En forma bastante clara LUIS DÍEZ-PICAZO aborda esta misma inquietud -la de la duda acerca de la naturaleza normativa del principio de la teoría de los actos propios-, y afirma que no se trata de un principio general del derecho, ni de una regla del derecho y que tampoco es una norma jurisprudencial. No obstante esto, entiende que actuar en sentido contrario a un proceder o conducta previa, es sin duda alguna una actitud desleal y digna de reproche jurídico; de modo que, concluye diciendo, "Así se comprende que la inadmisibilidad de 'venire contra factum proprium', que no es sostenible como un autónomo principio general de derecho, sea fácilmente viable como derivación necesaria e inmediata de un principio general universalmente reconocido: el principio que impone un deber de proceder lealmente en las relaciones de derecho (buena fe). Esta conclusión nos puede permitir volver a situar la doctrina de los actos propios dentro de la doctrina legal (…)." (La doctrina de los propios actos. Ed. Bosch. Barcelona. 1963. Págs. 133-134)".

101 "Incluso la ley 80 de 1993 dice, en el artículo 28, recogiendo el principio de la buena fe a nivel legal, que, "la interpretación de las normas sobre contratos estatales... y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración... los mandatos de la buena fe..."

102 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 4 de septiembre de 2003, Exp. 2295; Sentencia de 7 de marzo de 2012, Sección Tercera, Subsección C Rad. 25000-23-26-000-1997-04638-01(20683); Subsección B, sentencia del 9 de abril de 2015, Radicación número: 47001-23-31-000-1998-00984-01; con referencia a la suscripción de adicionales, prórrogas u otrosiés: Sentencias de 31 de agosto de 2011, 29 de octubre de 2012 y 20 de octubre de 2014. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080); Subsección B, Radicación número: 13001-23-31-000-1992-08522-01(21429); Subsección B, Radicación número: 66001-23-31-000-1999-00435-01 (24.809) En sentido contrario: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias de 30 de septiembre de 1994, Exp. 8129; 29 de abril de 1999, Radicación 14855; 15 de octubre de 1999, Exp. 10.929; 9 de marzo de 2000, Radicación número 10.540; 4 de septiembre de 2003, Radicación número: 25000-23-26-000-1989-05337-01(10883); 11 de septiembre de 2003, Radicación número: 68001-23-15-000-1995-00464-01(14781); 2 de octubre de 2003, Radicación número: 73001-23-31-000-1995-043394-01(14394); 29 de enero de 2004, Radicación número: 25000-23-26-000-1993-8696-01(10779); 29 de agosto de 2007, Radicación número: 25000-23-26-000-1994-09845-01(14854); marzo 5 de 2008, Radicación número: 13001-23-31-000-1998-06856-01(15600), entre otras.

El efecto de la liquidación definitiva del contrato explica la necesidad de consignar en su contenido, la inconformidad, reserva o salvedad clara, expresa y específica. Empero, esta exigencia no implica ni equivale a una extrema minucia.[103]

3. En el Acta de Terminación Anticipada del Contrato M-LP-001-2008 suscrita el 12 de octubre de 2012, por las consideraciones y antecedentes 1 a 19, en lo pertinente, las partes:

"**ACUERDAN**:

1. Acordar que la terminación del Contrato de Concesión tendrá lugar a partir del día 12 de octubre de 2012".

2. Para determinar las sumas a favor y a cargo de las partes por virtud de lo dispuesto por la Cláusula 64.2. del Contrato de Concesión, ***y así proceder a la liquidación*** del Contrato de Concesión, las Partes han resuelto iniciar unas mesas de trabajo a partir de la fecha, las cuales se deberán reunir así:

(…)

En caso de no lograrse acuerdos, y tal como dispone el Contrato de Concesión***, las partes podrán***, según se trate, (i) acudir a un amigable componedor técnico que defina el valor de las actividades realizadas por el Concesionario para efectos de la aplicación de la fórmula prevista en el numeral 64.2 del Contrato de Concesión, y (ii) convocar un Tribunal de Arbitramento que defina los derechos de cada una de las partes y los efectos económicos de la terminación.

Los plazos de pago de las sumas de dinero, serán los previstos en el Contrato de Concesión".

"3. A partir de la fecha de terminación, cesan para el Concesionario las obligaciones relacionadas con la construcción de la Estación de cabecera, patios de operación y talleres de Floridablanca del SITM, en tanto subsisten en su titularidad las relacionadas con la disposición del patio taller provisional, el PMA y el PMT de la zona de influencia de la obra, así como la custodia del predio y almacén de inventarios integrados a la construcción respectiva, hasta tanto se proceda a la liquidación definitiva

103 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias de 16 de octubre de 1980, Expediente 1960; mayo 17 de 1984 -exp. 2796; 6 de diciembre de 1990, Exp. 5165; 30 de mayo de 1991, Exp. 6665; 6 de mayo de 1992; Exp. 666; junio 22 de 1995, expediente No. 9965; 19 de julio de 1995, Exp. 7882; 22 de mayo de 1996, Exp. 9208; 10 de abril de 1997, expediente 10608: "La liquidación de mutuo acuerdo suscrita por las partes, constituye un acto de autonomía privada de aquellos que le da firmeza o definición a las prestaciones mutuas entre sí, de tal suerte que constituye definición de sus créditos y deudas recíprocas, no susceptible de enjuiciarse ante el órgano jurisdiccional, como no sea que se acredite algún vicio del consentimiento que conduzca a la invalidación de la misma, tales como: error, fuerza o dolo"; febrero 20 de 1998, C. P. Ricardo Hoyos Duque. Exp: 14213; 9 de marzo de 2000 –exp. 10778- Sentencia de octubre 28 de 2004, C. P. Germán Rodríguez Villamizar, expediente 22261; Sentencia de 16 Febrero de 2001, exp. 11689; Sentencia de agosto 30 de 2001 expediente 16256; 14 de febrero de 2002 -exp. 13.600; Sentencia de julio 17 de 2003, expediente 24041; Sentencia de octubre 28 de 2004, C. P. Germán Rodríguez Villamizar, expediente 2226; Sentencia de abril 20 de 2005. C. P. Germán Rodríguez Villamizar, expediente 14213; -; 6 de julio de 2005, Exp. 14.113; Sentencia de diciembre 4 de 2006, expediente 15239; 31 de marzo de 2011, Exp. 16246; Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 29 de febrero de 2012, Radicación número: 66001-23-31-000-1993-03387-01(16371): "en relación con las salvedades que se hagan en el momento de la liquidación bilateral, las mismas deben ser concretas y específicas, es decir que deben versar sobre puntos determinados de la liquidación que no se comparten, bien porque no se incluyeron reconocimientos a los que se cree tener derecho o porque se hicieron descuentos con los que no se está de acuerdo, etc. etc., lo que significa que tal salvedad no puede ser genérica, vaga e indeterminada ni puede consistir en una frase de cajón del tipo "me reservo el derecho a reclamar por los pagos no incluidos en la presente acta", porque en tal caso resultará inadmisible como mecanismo de habilitación para la reclamación judicial de prestaciones derivadas del contrato liquidado, en la medida en que no se concretó el motivo de inconformidad del contratista"; "lo que en principio impide la prosperidad de pretensiones que desconozcan su contenido, por cuanto ello implicaría ir en contra de los propios actos y desconocer una manifestación de voluntad previamente efectuada".

> del contrato ya sea por acuerdo entre las partes, decisión de un amigable componedor técnico o de un Tribunal de Arbitarmento, tiempo que no será superior a seis meses.
> Las partes reconocen que los costos en que incurra el Concesionario por las actividades relacionadas con la disposición del patio taller provisional, el PMA y el PMT de la zona de influencia de la obra, así como la custodia del predio y almacén de inventarios integrados a la construcción respectiva, harán parte y serán sumadas a las actividades realizadas por el concesionario para efectos de la aplicación de la fórmula prevista en el numeral 64.2. del Contrato de Concesión.
>
> 4. Conforme a lo dispuesto en el numeral precedente, para la entrega de la obra y del almacén de inventarios de la construcción objeto del contrato de Concesión, las partes han acordado que ésta se efectuará dentro del término señalado en el numeral tercero precedente (…)".
>
> (…)
>
> "6. **Las partes no renuncian** a la posibilidad de reclamar sus derechos, según lo consideren y lo tengan a bien, **por causas diferentes a aquella que dió (sic) lugar a la suspensión del Contrato de Concesión (orden de autoridad proferida como medida cautelar por el Juzgado 9 Administrativo de Santander)** y quedan facultadas de acudir al Tribunal de Arbitramento previsto en el Contrato a efectos de que sea el juez del Contrato el que defina los derechos de cada una de las partes y sus efectos económicos". (subrayas ajenas al texto). [104]

En dicha acta de terminación, *expressis verbis* las partes de consuno acuerdan terminar anticipadamente el Contrato, y ***"proceder a la liquidación"***, previa determinación de las sumas a favor y a cargo de las partes, programando unas reuniones tendientes a la verificación fílmica de las obras ejecutadas, entrega de los diseños de prefactibilidad de las alternativas de construcción para la Estación Cabecera, verificación de cantidades de obra ejecutadas, estado financiero y propuesta jurídica de liquidación.

El Acta indica que a partir de la fecha de terminación *"cesan para el Concesionario las obligaciones relacionadas con la construcción de la Estación de cabecera, patios de operación y talleres de Floridablanca, en tanto que subsisten en su titularidad las relacionadas con la disposicion del patio taller provisional…, así como la custodia del predio y almacén de inventarios integrados a la construcción respectiva, hasta tanto se proceda a la liquidación definitiva del contrato….; tiempo que no será superior a seis meses"* y acuerda que la entrega de la obra y almacén de inventarios se hará dentro de ese término (vid. numerales 3 y 4 de los acuerdos contenidos en el documento citado).

Es claro, entonces, que la terminación se acordó con absoluta precisión a partir del 12 de octubre de 2012 respecto de las obligaciones relacionadas con la construcción, y que subsistían las obligaciones relativas a las actividades relacionadas con el patio taller provisional, custodia del predio y almacen de inventario hasta la liquidación definitiva del

104 Cuaderno Principal No. 3, folios 683.

contrato por mutuo acuerdo de las partes, decisión de un amigable componedor técnico o de un tribunal de arbitramento, dentro de un plazo no superior a seis meses.

No es acta de iniciación o terminación de una etapa contractual, ni de liquidación, sino de terminación del contrato.

Por su virtud, en "*caso de no lograrse acuerdos*" durante las reuniones para proceder a la liquidación, las partes podrían acudir al Tribunal de Arbitramento para que definiera los derechos de cada una y los efectos económicos de la terminación, sin que ninguna renuncie a la posibilidad de reclamarlos por causas distintas a las generatrices de su suspensión" o sea, la **"orden de autoridad proferida como medida cautelar por el Juzgado 9 Administrativo de Santander"**.

Esta salvedad consignada expresamente en el Acta de Terminación, con la única excepción anotada, legitima a ambas partes a reclamar sus derechos, en particular, por las reclamaciones formuladas por ellas y diferencias planteadas durante las reuniones llevadas a cabo para acordar la liquidación definitiva.

De conformidad con el Acta de Terminación Anticipada del Contrato suscrita el 12 de octubre de 2012, y al tenor de la Cláusula 70 del Contrato, las partes realizaron varias reuniones para la liquidación del contrato, sin llegar a un acuerdo definitivo según demuestran las actas de las reuniones números uno a trece del período comprendido entre 14-08-2013 y el 10-04-2014[105], y entre otras, las comunicaciones EM-CE-2233-12 de 7 de noviembre de 2012, EM-CE-2232-13 del 12 de diciembre de 2013, EM-CE-2357-14 del 21 de febrero de 2014, EM-CE-2404-14 del 4 de noviembre de 2014, EM-CE-2406-14 del 21 de noviembre de 2014, EM-CE-2249-12 del 7 de diciembre de 2012, M-GER-2340-201112 del 20 de noviembre de 2012, las fechadas a 22 de noviembre de 2013 y 16 de enero de 2014 de su abogado, y la No. 90-23.1.1 FO, de fecha 7 de noviembre de 2014 radicada el 10 de noviembre de 2014.[106]

Las discusiones y reuniones realizadas no concluyeron en ningún acuerdo respecto de los temas planteados como difierencias entre las partes, entre ellos, los relativos a la

105 Cuaderno Principal No. 18, folios 7742 a 7752
106 Cuaderno Principal No. 3, folios 688 y ss.

naturaleza del contrato, a la forma de liquidación del mismo, la aplicabilidad o nó de la Cláusula 64.2 del mismo, la ocurrencia de los riesgos de implantacion y de variación de tarifas del servicio de transporte por orden de autoridad competente, por lo cual la etapa de negociaciones se terminó, quedando abierta la procedencia de la convocatoria del Tribunal Arbitral, para dirmir las cuestones que enfrentaban a las partes.

Las opciones elegidas por Metrolínea S.A., de no acceder a las reclamaciones de Estaciones Metrolínea Ltda., como está dicho, no se asemejan a la ocurrencia de una liquidación, ni su negativa a satisfacer las pretensiones de la concesionaria constituyen actos que no pudieran ser examinados por el Tribunal, y respecto de los cuales, como está dicho, no ha sido solicitada su anulación.

Por lo anterior, no prospera la excepción y así será declarado en la parte resolutiva.

III. LAS PRUEBAS Y LA CONTRADICCIÓN DE LOS DICTÁMENES DE PARTE

Para decidir las pretensiones y excepciones, el Tribunal se basará en el material probatorio constituido por las pruebas documentales, el interrogatorio de parte, los testimonios, las experticias aportadas por las partes y controvertidas oportunamente, las declaraciones de los peritos y la inspección judicial, así como los restantes elementos probatorios de manera conjunta con sujeción a las reglas de la sana crítica.

1. El interrogatorio de parte

El Tribunal apreciará el interrogatorio de parte rendido por la Representante Legal de Estaciones Metrolínea Ltda., Maria Margarita Peralta Bautistas, del cual se destaca, sin perjuicio de otras referencias puntuales, al decidir la controversia:

> "*Las dificultades e impedimentos de ejecución de obras presentados en la construcción del predio puesta a disposición de Estaciones Metrolínea Ltda en virtud del Contrato de Concesión celebrado con la convocada, obedecieron a la medida cautelar impuesta al predio de propiedad de Metrolínea S.A. en virtud de una acción popular, con la cual se restringieron ciertas áreas objeto de construcción.*"
>
> "*No había potestad por parte de Estaciones Metrolínea Ltda., posibilidad alguna de realizar modificaciones al diseño arquitectónico, estructural, operacional o vial, teniendo en cuenta que expresamente en el contrato se les prohibía hacer cualquier tipo de modificación arquitectónica u*

operacional por cuanto cualquier tipo de modificación iría en contra de todo el sistema que se había desarrollado."

"La terminación unilateral del contrato se generó por voluntad de Estaciones Metrolínea Ltda., en virtud de la suspensión por más de sesenta (60) de las obras debido a la medida cautelar impuesta al predio objeto del contrato de concesión, siendo esta una situación que se encontraba contemplada en el contrato MLP 001 de dos mil ocho (2008), celebrado entre la convocante y la convocada."

2. Los testimonios

Los testimonios rendidos por los señores Carlos Adolfo Angulo Arrieta, Jaime Rodríguez Ballestero, Wilmer Pipicano Chicangana, Adriano Otero Álvaro Augusto Ortiz Rodríguez, Martha Cecilia Guarín Lizcano, José Eduardo Antonio Jiménez Ramírez, Consuelo Ordóñez de Rincón, Johann Alfredo Manrique García, Eduardo José Translateur Preminge, Walter Armando Cano Alvarado, Freddy Alexander Cubides Parada, José Alberto Arias Arias, Francisco Alberto Gómez Barragán y Luis Alfonso Martínez Barragán, serán apreciados en conjunto con las pruebas documentales y los restantes elementos de convicción, con sujeción a las reglas de la sana crítica.

Del testimonio rendido por el señor Carlos Adolfo Angulo Arrieta, se destaca su intervención al presentar sus conceptos y apreciaciones al Tribunal en las que expresó:

"*En mi calidad de Director de obras en Estaciones Metrolínea Limitada, el desarrollo de las obras de construcción en el lote de terreno objeto del contrato de Concesión, se vio afectado por dos cuestiones fundamentales; una de ellas, relacionada con fallas por deslizamiento que generaron la necesidad de prestar la oportuna visita tanto de la Interventoría de Metrolínea como de un Geotecnista, quien finalmente señalo que se debían iniciar labores en torno a la construcción de los muros de contención, y que dicho trabajo debía desarrollarse de manera lenta, con el fin de no exponer las superficies al contacto con la lluvia.*
La segunda de las afectaciones funesta, fue la implicación que tuvo la medida cautelar proferida por el Juzgado Noveno Administrativo, en virtud de la acción popular adelantada en contra de Metrolínea S.A., pues a pesar de haber recaído tan solo sobre un área de terreno menor, las incidencias de la medida cautelar desembocaron en la imposibilidad de ejecutar las obras, teniendo en cuenta que los diseños fueron preparados como un todo."
"Las áreas afectadas por la medida cautelar, corresponden a aquellas predispuestas en el diseño como accesos al proyecto tanto para los vehículos del sistema como para los usuarios, y que con la imposibilidad de trabajar en estas áreas el proyecto quedaba totalmente truncado."

En testimonio rendido el cuatro (04) de Agosto de 2015, el testigo Jaime Rodríguez Ballesteros, manifestó al Tribunal lo siguiente:

"La construcción del patio a cargo de la concesionaria Estaciones Metrolínea Ltda., venía presentando problemas de tiempo atrás relacionados con los diseños iniciales, los cuales no coincidieron con lo que se ejecutaría, así como una serie de reclamaciones presentadas por Estaciones Metrolínea a

Metrolínea que finalizaron con la terminación anticipada y bilateral del contrato celebrado entre las partes."
"En relación con los flujos de pagos en favor de los concesionarios de infraestructura y de transporte, estos fueron presentando inconvenientes y angustias por cuanto el flujo de pasajeros no era el suficiente para obtener los réditos adecuados o los réditos corresopondientes en su flujo de inversión."
"Durante mi gestión como Gerente de Metrolínea S.A., se busco comprobar al juez de conocimiento de la acción a través de un concepto topográfico que el área de terreno en disputa si era propiedad de Metrolínea S.A., sin embargo, el juez de la causa desestimó las observaciones presentadas al respecto, para finalmente fallar en contra de Metrolínea S.A."
"A pesar de que la oficina jurídica de Metrolínea S.A. trató de trabajar el tema de la liquidación del contrato, la misma no fue posible. La concesionaria Estaciones Metrolínea Ltda. estaba recibiendo mucho menos de lo que esperaba recibir de cara a la inversión hecha, por cuanto el sistema de transporte no estaba recibiendo el numero de pasajeros suficientes, pero que en ningún momento se pretendió reconocer estos valores como desbalances entre lo ejecutado y pagado a pesar de lo mencionado en una comunicación puesta en su conocimiento."

Álvaro Augusto Ortíz Rodríguez, manifestó al Tribunal:

"Durante mi gestión como Abogado Asesor Externo de Metrolínea siempre considere que el contrato celebrado entre convocante y convocada, tenía las características de un contrato de construcción de obra pública y no de un contrato de concesión, por cuanto no cumplía con todos los requisitos que la ley exige para tener esta última denominación."
"Estuve en diversas oportunidades durante el año de trabajo con Metrolínea S.A., en las mesas de trabajo que se constituyeron a efectos de liquidar el contrato previamente terminado, y que a mi parecer por parte de Estaciones Metrolínea S.A. siempre existió un comportamiento proclive al incumplimiento del contrato, por cuanto los informes que fueron conocidos de su parte y que eran elaborados por la Interventoría de Metrolínea S.A., daban cuenta de reiteradas comunicaciones en las que se exponía el incumplimiento por parte de la sociedad convocante."
"La misma para nada resultaba fácil por muchas razones, entre otras porque el contrato se fijó a un precio global, no habían cantidades unitarias, ni se habían establecido precios unitarios, por ende la interventoría al rendir los informes mensuales, no rendía informes por obras unitarias sino que en algunas oportunidades establecía o recibía las obras como hitos; y sumado a ello, al haberse terminado la interventoría previo a la conclusión de obras, se presentaron servicios adicionales prestados por la concesionaria Estaciones Metrolínea Ltda., que no se encontraban relacionados y de los que se desconocía su valor real para que fuesen tenidos en cuenta al momento de liquidar de mutuo acuerdo el contrato como se venía gestionando por las mesas de trabajo."
"La terminación del contrato fue solicitada por Estaciones Metrolínea, y que se solicitó que se realizara en virtud de la causal sexta del artículo 63 del contrato, la cual señalaba una terminación por suceder un hecho no imputable a ninguna de las dos partes, y que en consecuencia las peticiones de la concesionaria en torno a la aplicación de la cláusula 64.2 para la liquidación del contrato, al parecer de Metrolínea S.A. no son viables, por cuanto dicha clausula no contempla la causal invocada en la terminación del contrato de concesión."

La señora Martha Cecilia Guarín Lizcano, expresó:

"Al momento en el que ingresé como Asesora jurídica de Metrolínea S.A., de cara al Contrato de Concesión celebrado entre las partes convocante y convocada, este ya se encontraba terminado por mutuo acuerdo; no obstante, no había sido pisible llevar a cabo la liquidación del contrato toda vez que la forma de pago pactada dentro del contrato era a precios globales y no se tenía certeza por parte de la entidad Metrolínea S.A., de la cantidades unitarias, ni de los precios unitarios del costo de las obras construidas por Estaciones Metrolínea en el portal de Floridablanca."
"Con la contratación del doctor Alvaro Agusto Ortiz Rodriguez, como abogado experto en el área de contratación estatal se buscó iniciar las conversaciones tendientes a proceder a la liquidación del contrato de concesión. Sin embargo, por asesoría del Doctor Ortiz Rodríguez, manifestaron a Estaciones Metrolínea Ltda., que no era viable para Metrolínea S.A. realizar la liquidación del contrato teniendo en cuenta la fórmula contenida en la cláusula 64.2 del contrato de concesión, y que dicha liquidación debía basarse en los valores correspondientes a la valoración técnica de las obras

realizadas, así como los valores cancelados por Metrolínea S.A. como correspondiente al 11.75% de la tarifa pactada en el referido contrato de concesión."
"Quien manifestó dicha aquiescencia fue el Doctor Johann Manrique en una de las reuniones realizadas en mesa de trabajo; sin embargo no obra en las actas levantadas en virtud de dichas reuniones, poder alguno otorgado por la representante legal de Estaciones Metrolínea S.A., que den cuenta de la autorización para tomar este tipo de decisiones."
"Conoció de dicha acta y que efectivamente el contenido de la misma da cuenta de la aplicación de la clausula referenciada como fórmula de liquidación del contrato, sin embargo, señala que en reunión numero 5 del del 25 de septiembre de 2013 el Doctor Alvaro Augusto Ortiz explico que no era convenientemente la aplicación de dicha cláusula, toda vez que la misma involucraba el reconocimiento de perjuicios e indemnizaciones a los cuales no habría nunca lugar dentro de la liquidación de este contrato, toda vez que la terminación no habría obedeció a causa imputable aun a ninguna de las partes."

En su testimonio la señora Consuelo Ordoñez de Rincón, Directora del Área Metropolitana de Bucaramanga, comentó al Tribunal:

"Frente al tema de las comunicaciones cruzadas entre el Área Metropolitana de Bucaramanga y Metrolínea S.A., en virtud de la construcción del portal denominado PQP, se realizaron las respectivas pesquisa en el archivo activo de la entidad, que corresponde a los últimos 3 años, y no se encontró ninguna comunicación cruzada.
Sin embargo, frente a las comunicaciones que pudieron haber surgido tiempo atrás entre las mencionadas con el fin de poner en marcha la implantación del sistema de transporte masivo si hay muchas comunicaciones en las cuales Metrolínea sugiere frecuencias, horarios, distribución de rutas, y el Área Metropolitana de Bucaramanga respondió en lo que corresponde a dichos temas."
"Para el año 2005 se firmó un convenio interadministrativo entre el Área Metropolitana de Bucaramanga y Metrolínea, a través del cual se delega en esta última toda la gestión de contratación e implementación del sistema de transporte masivo, quedando así el área metropolitana con la función de autoridad en materia de autorizar, de refrendar o controlar, de alguna manera la ejecución del sistema, pero solamente en relación con lo que es la prestación del servicio público de transporte. Aseveró que todo el proceso de contratación lo ha ejecutado de forma absolutamente autónoma la sociedad Metrolínea S.A. en virtud de dicho convenio interadministrativo."
"La implementación inicial no cubrió la totalidad del servicio establecido entre el norte de Bucaramanga y Piedecuesta; sin embargo, Metrolínea S.A., solicitó aprobación para efectos de prestar servicio en diversos corredores como cabecera, Provenza y otros sectores de interés, una vez contó con la flota correspondiente para cubrir estos sectores. Así pues, puntualizó que no ha llegado la etapa 1 al norte de Bucaramanga, pero llegó al extremo de Piedecuesta y se adicionaron algunas rutas."
"No se desvincularán a futuro el 100% de la capacidad trasportadora convencional, toda vez que el diseño del sistema Metrolínea se encuentra previsto conforme a acuerdos previos para atender el 66% las intenciones de viaje de los usuarios del Área Metropolitana, y el 34% seguiría siendo atendido por el transporte público convencional, y en consecuencia a ello nunca se ha previsto que el 100% de la capacidad transportadora convencional se elimine, sino aquella en la que se dé conformidad con los compromisos de reducción de sobre oferta."
"Actualmente se tiene conocimiento que la anterior administración hizo entrega de dicha área al banco de tierras de Floridablanca, no siendo de domino dicho terreno del AMB."
"Recientemente el AMB realizó una encuesta de satisfacción, a través del observatorio metropolitano, en donde se encontró que en términos generales los usuarios no manifiesta en su gran mayoría estar muy satisfechos con el sistema de transporte masivo."

En testimonio rendido por el señor Johann Alfredo Manrique García, expresó:

"En ellas hubo una serie de posturas y argumentos jurídicos por parte del doctor Álvaro Augusto Ortíz, quién fungió como abogado asesor de Metrolínea S.A., a los cuales este se acogió en cuanto a su concepción personal y profesional; igualmente afirma el señor Ortíz en dichas mesas de trabajo se refirió específicamente a un asunto que refería a unas indemnizaciones manifestado que no era posible que Metrolínea reconociera de manera directa unas indemnizaciones, asunto que a cosideración del testigo no era punto central de la reunión, toda vez que el punto central de dichas reuniones estaba encaminado a realizar la liquidación del contrato. Manifiesta que en su sentir la postura de la Gerente

de Estaciones Metrolínea Ltda., era la de llegar a un acuerdo económico de la liquidación del contrato de concesión, para que luego los abogados que intervenían en el asunto le dieran el ropaje jurídico al asunto. Señala que sus manifestaciones en dichas mesas de trabajron fueron que estaba de acuerdo en el sentido que no se discutiría el tema de indemnizaciones, pero que no era otro el alcance de su intervención en esas reuniones."

"En esa acta de terminación del contrato suscrita por los gerentes de las empresas se acordó el procedimiento de liquidación y claramente se estableció que había en el contrato un método preestablecido desde el inicio de la ejecución del nismo para su liquidación, el cual hace referencia a a cláusula 64.2 del contrato de concesión. Aseveró que siempre la manifestación fue que la asistencia a las mesas de trabajo era para darle cumplimento al acta de terminación que contenía la cláusula de liquidación y que era la consecuencia lógica de la aplicación de un contrato que se encontraba en un etapa necesaria que agotar."

"La devolución de las dineros invertidos por la concesionaria por las diferentes actividades contractuales, se había pactado en un once punto sesenta y cinco por cierto (11.65%) de la tarifa recaudada a los usuarios."

"La entidad Metrolínea S.A., contrató los servicios del profesional Ricardo Hoyos quién de acuerdo con lo informado acerca de las eventualidades presentadas durante la ejecución del contrato de concesión, señaló que si era posible la suscripción de una suspensión, y en es virtud de dicho aval que los gerentes de las empresas vinculadas al contrato acuerdan firmar la suspensión del mismo, apoyados jurídicamente en una situación de fuerza mayor, como lo era la medida cautelar impuesta en virtud de la acción popular adelantada en contra de la sociedad Metrolínea S.A."

En respuesta a la pregunta en la que se le solictó informar si en los documentos precontractuales puestos a disposición de la concesionaria se encontraban algunos referentes al estudio de títulos relacionados con el predio en el que se elaboraría el portal de Papi Quiero Piña, contestó que *"no".* Ahora bien, en cuanto al estudio del terreno entregado y a la duda frente a la existencia de dos predios dentro del globo de terreno entregado a la concesionaria, contestó al Tribunal de Arbitramento:

"Una vez suscrita el acta de entrega del predio, el entonces gerente de Estaciones Metrolínea Ltda, quien era de profesión arquitecto, con miras a realizar la implantación de la obra dentro del lote solicitó la expedición de una carta catastral en la cual evidencia dos cédulas catastrales, razón por la cual envía una comuniacion a la cesionaria Metrolínea S.A., con el fin de que esta situación sea aclarada por el propietario del predio."

Frente al conocimiento de Metrolínea S.A. de la existencia de la acción popular y sus repercusiones en la ejecución de la obra, en relación con la postura de ésta frente al tema, el testigo Manrique le respondio al Tribunal de Arbitramento lo siguiente:

"La convocada siempre manifestó que eso eran las vías que se construyeron para el puente y los accesos al puente que hay colindantes al sitio del lote, en consecuencia al ser vía pública eso no hacía parte del globo de terreno adquirido."

En cuanto a su comparecencia a las reuniones de mesa de trabajo y la calidad en la que asistía a las mismas, expresó:

"No tenía un poder especial ni general por parte de la representante legal de la sociedad para intervenir y tomar decisiones en las reuniones precedidas, pues el era un acompañante de profesión abogado, en razón al contrato de Prestación de Servicios que tiene con la convocante."

En referencia al levantamiento del acta durante el desarrollo de las reuniones de mesas de trabajo y el carácter jurídico de la misma, aseveró:

> *"Esa acta era que una constancia de que hubo una reunión para poder lograr la liquidación del contrato, más no un acta de modificación del acta de terminación, ni un acta de liquidación, ni un acuerdo nuevo, distinto, mediante el cual se dejara sin efecto alguno lo que ya habían acordado en un documento que sí está firmado por el representante legal de Metrolínea, gerente de la época y el representante legal, gerente de Estaciones Metrolínea."*

En testimonio rendido por el señor Freddy Alexander Cubides Parada, respondio al Tribunal:

> *"El papel que cumple como concesionaria frente Metrolínea S.A., es el de facilitar los buses al sistema integrado de transporte masivo, así como tener estos buses y los operadores, es decir los conductores, para que puedan prestar el servicio de transporte del sistema. Una vez esbozada su participación en el sistema integrado de transporte masivo, y haciendo referencia al funcionamiento de la infraestructura del sistema señalo que actualmente hay un solo pation para el acondicionamiento de los buses de transporte masivo, el cual es provisional, habiendo cumplido el sistema cinco años de operación. Señalo en referencia a ello que, de acuerdo con las condiciones pactadas para el ejercicio de su labor como concesionaria, como operador del sistema ya deberían contar con un patio taller en condiciones óptimas de operación, toda vez que el sistema como se diseñó para entrar en funcionamiento cuando se hubiese implementado en todas sus fases con 4 patios taller que deberían estar ubicados en: Papi quiero piña, en Piedecuesta, en el norte de la ciudad y en el municipio de Girón, y de los cuales actualmente según señaló, no se encuentra funcionando ninguno."*

Manifestó en torno al tema financiero al interior de la entidad lo siguiente:

> *"Existe un afectación en dicho aspecto que ha repercudidio en cada una de las concesionarias, teniendo en cuenta que la demanda proyectada en los inicios del proyecto, no ha sido la efectivamente acogida por el sistema."*

En su calidad de concesionario, aseveró:

> *"El sistema no dio cumplimiento a los parámetros fijados para la implementación y puesta en marcha de las fases de ejecución, toda vez que al requerirse por parte del Gobierno Nacional la puesta en marcha de los sistemas integrados de transporte masivo de forma inmediata, y al no encontrarse totalmente terminadas las obras, lo que inicialmente se conocía como fases, terminaron denominándose sub etapas, y de las fases previamente señaladas actualmente no se conoce su finalización."*

En testimonio rendido por el señor Luis Alfonso Martinez Barragan, quien durante la ejecución del contrato de Concesion fungió como interventor de obras a través de una firma de ingeniería, este le manifestó al Tribunal:

> *"Inicialmente las obras a ejecutarse por Estaciones Metrolínea Ltda., estuvieron precedidas por una etapa denimina pre – construcción durante la cual la concesionaria se encontraba facultada revisar los diseños entregados por la UIS, y en caso de que tuviese que hacer complementaciones las hiciese y las asumía como propias, señalando que dicha etapa fue surtida cabalmente."*
> *Posterior a ello, se continúo con la etapa de construcción dentro de la cual el señor Adriano Otero, en calidad de Asistente Técnico de Estaciones Metrolínea Ltda., determina que es prudente hacerle unas modificaciones o ajustes al diseño, de lo cual en concepto de otros actores dentro de esta etapa no trascendían a la parte estructural, es decir, era viable realizar el proyecto sin estas adecuaciones, y que muy por el contrario, esto lo que podía generar era un mayor gasto en la ejecución de la obra."*

"Encontrándose en etapa de construcción se presentó un momento de crisis en esta etapa, en razón a la acción popular que recaía en una parte del terreno en el que se encontraban desarrollando el proyecto, y asevera que en defensa de Metrolínea S.A., en relación con la acción popular impetrada, la información que siempre suministró el área Metropolitana en ese momento, era que ellos no poseían ningún lote adicional que les hubiese quedado."

En relación con el avance de las obras con posterioridad a la medida cautelar deprecada durante la acción popular aseveró al Tribunal lo siguiente:

"El concesionario disminuyó sustancialmente el ritmo del trabajo y su capacidad de operación de cerca de 800 trabajadores a menos de un centenar (100), menos de 50 aproximadamente, en consecuencia a ello el avance de las obras baja sustancialmente por decisión unilateral del concesionario, de acuerdo a su percepción como interventor. Señala que efectivamente se buscó la manera de continuar ejecutando la obra por etapas a través de reprogramaciones de la obra, esto con miras siempre a darle un cabal cumplimiento al proyecto inicialmente presupuestado."

Frente al cuestionamiento realizado por el apoderado de la parte convocada en referencia a la procedencia de labores de obra una vez culminada la acción popular y con la restricción del área perdida en dicha trámite judicial de cara a la posibilidad de terminar la obra totalmente ejecutada en el área real con la que cuenta Metrolínea S.A., contestó:

"Me abstengo de realizar este tipo de apreciaciones, por cuanto siempre se visualizó el proyecto teniendo en cuenta los veintisiete mil (27.000) metros cuadrados conocidos inicialmente como de propiedad de Metrolínea S.A."

En testimonio rendido por el Ingeniero Civil Adriano Otero el cinco (5) de agosto de 2015, quien participó en el proyecto denominado PQP "Papi Quiero Piña" en donde se realizaría la construcción del Patio Definitivo de los vehículos del Sistema de Transporte Masivo en calidad de diseñador estructural del proyecto, le manifestó al Tribunal inicialmente que:

"Este era un proyecto revestido de complejidad en el diseño estructural por cuanto se trataba de la construcción de una edificación que debía soportar unas cargas vivas muy fuertes."

En relación con la viabilidad de finalizar el proyecto sin intervenir el área restringida en virtud de la acción popular incoada en contra de Metrolínea S.A., expresó:

"No era posible construir el proyecto sin dicha área, toda vez que para accesar al proyecto se debía pasar por el área que fue restringida mediante medida cautelar, y en consecuencia al no tener la disponibilidad de dicha área, conforme a la estructuración previamente esbozada no habría posibilidad alguna de accesar al proyecto. Y así mismo manifestó, que si bien es cierto podría pensarse en otra alternativas que no implicaran dicho terreno, esto se consolidaría como otro proyecto totalmente diferente, más no como un adicional a lo previamente proyectado en los planos arquitectónicos y estructurales."

Añadió al respecto lo siguiente:

> *"Al trabajar en la parte del diseño estructural final, este se diferenció del pre diseño en elementos sustanciales como el cumplimiento de la normativa sismo resistente al cual se están obligados a respetar y a plasmar en los proyectos, y que en consecuencia a ello y en virtud de la magnitud del proyecto, se presentaron cambios en el aspecto geoténico como la incluisón de los "dados de transferencia" y los "caissons" elementos que tiene la función de llevar la carga de cimentación más abajo del nivel admisible."*

Finalmente, frente a la inclusión de los dados de transferencia y de los caissons como elementos no contemplados en el prediseño, y su incidencia en el presupuesto financiero del proyecto, expresó:

> *"A pesar de que no conoció cifras del diseño original, considera que debió impactar de forma importante la inclusión de estos elementos, porque resolver estos mecanismos de sustento y de cimentación tuvo pues unos componentes grandes, importantes a nivel de cimentación, de caissons, de dados, de vigas de amarre, para poder atender el requerimiento geotécnico primero de cimentar a una profundidad de suelo competente como se llama a nivel del discurso geotécnico."*

3. Las fotografías registros fílmicos y documentos aportados al proceso en medio digital.

En el expediente constan varios registros fotográficos y fílmicos, así como documentos aportados en medio digital por las partes, y otros remitidos por el AMB. Las fotografías y videos son medios probatorios documentales representativos[107] que deben valorarse en cuanto a su autenticidad, fecha, circunstancias de modo y lugar, documentos que las refieran o de los que sea parte integrante, para determinar la correspondencia de la imagen con las circunstancias fácticas que representan, considerándolas en conjunto con las restantes pruebas, y testimonios de quienes la toman o aportan al proceso. Los documentos aportados en medio digital por las partes, en cuanto provenientes de éstas, tienen mérito probatorio, y como aquéllos serán valorados con arreglo a la sana crítica y

[107] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 18 de marzo de 2002, Expediente No. 6649: "(…) en orden a otorgarle valor probatorio a un documento privado, debe el Juez distinguir la naturaleza de su contenido. Con este específico propósito, ya ha precisado la Sala: "sabido es que los documentos son simplemente representativos cuando, sin plasmar narraciones o declaraciones de cualquier índole, contienen imágenes, tal como acontece con las fotografías, pinturas, dibujos, etc. Y son declarativos, cuando contienen una declaración de hombre y en tal caso se les suele clasificar en dispositivos y testimoniales, según correspondan a una declaración constitutiva o de carácter negocial (los primeros), o a una de carácter testimonial (los segundos)" (CCXXII, pág. 560).En tratándose de los documentos de naturaleza dispositiva y representativa, su valor probatorio dependerá de la autenticidad, sin importar si provienen de una de las partes o de un tercero, según lo establecen los artículos 277 nral. 1 y 279 del código de los ritos civiles, así como el artículo 11 de la ley 446 de 1998, que reprodujo –con algunas modificaciones- lo otrora establecido en el artículo 25 del Decreto 2651 de 1991. Por consiguiente, mientras no se tenga certeza sobre quién es el autor del documento, no se le podrá dar crédito a su contenido, en los términos de los artículos 258 y 264 del Código de Procedimiento Civil, sin perjuicio, por supuesto, de la valoración que debe hacer el Juez conforme a las reglas de la sana crítica, según lo impera el artículo 187 de dicha codificación." Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 29 de agosto de 2014, Radicación No. : 25000-23-26-000-1997-14961-01(28373); 27 de marzo de 2014, exp.28326; Subsección A, Sentencia del 10 de marzo de 2011.

discreta convicción del juzgador, considerando su inserción o referencia en los documentos respectivos, reconocimiento por su autor, los testigos, o la confesión de parte, las experticias y demás elementos de prueba.

4. Los juramentos estimatorios

A propósito de los juramentos estimatorios de las demandas como "medio de prueba válido e idóneo para demostrar los perjuicios sufridos, tal como lo reconoció la Corte Constitucional en la sentencia C-153-13"[108], se considerarán las recíprocas objeciones formuladas y su apreciación se hará en conjunto con las restantes pruebas del proceso, la crítica y las disposiciones legales.

5. Las "experticias" o dictámenes de parte y su contradicción.

Dentro de la oportunidad legal ambas partes aportaron al proceso experticias cuya contradicción se surtió en debida forma por sus apoderados.

En cuanto hace a los dictamenes aportados por las partes, la Ley 1563 de 2012 (D.O. 48.489 del 12 de julio de 2012), norma especial, prevalente y preferente, regula íntegramente la materia de arbitraje, deroga todas las disposiciones contrarias, aplica desde su vigencia, el 12 de octubre de 2012, remite a la norma vigente de procedimiento[109] aplicable según la naturaleza administrativa u ordinaria del asunto (arts.

---

108 "5.2.2. Por las mismas razones se permite que la parte estime de manera razonada la cuantía de los perjuicios sufridos, bajo la gravedad del juramento, y se reconoce a esta estimación como un medio de prueba que, de no ser objetada, también de manera razonada, o de no mediar una notoria injusticia, ilegalidad o sospecha de fraude o colusión, brinda soporte suficiente para una sentencia de condena. Esto quiere decir que basta con la palabra de una persona, dada bajo juramento, para poder tener por probada tanto la existencia de un daño como su cuantía.".

109 En materia arbitral relativa a temas estatales, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Auto del 25 de junio de 2014, Rad. 25000233600020120039501 (IJ), "unifica su jurisprudencia en relación con la entrada en vigencia de la ley 1564 de 2012, para señalar que su aplicación plena en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, así como en materia arbitral relacionada con temas estatales, es a partir del 1º de enero de 2014, salvo las situaciones que se gobiernen por la norma de transición que se explicará en el acápite a continuación, las cuales se resolverán con la norma vigente al momento en que inició el respectivo trámite". La Corte Constitucional en sentencia C-229 de 2015, acogió la anterior interpretación del Consejo de Estado sobre la vigencia del Código General del Proceso en asuntos administrativos a partir del 1º de enero de 2014, incluidos los arbitrales. En asuntos arbitrales diferentes a los estatales, dentro de éstos los civiles, se discute sobre la norma de procedimiento vigente en casos de remisión o vacíos de la Ley 1563 de 2012. El Acuerdo No. PSAA15-10392 de octubre 1 de 2015, artículo 1º., en sus considerandos reseña el auto de 25 de junio de 2014 anterior, y dispone: "El Código General del Proceso entrará en vigencia en todos los distritos judiciales del país el día 1o de enero del año 2016, íntegramente". La Corte Constitucional en Sentencia C-654 de 2015 declaró exequibles las normas demandadas de la Ley 1564 de 2012 relativas a su vigencia, encontrando ajustada a la Constitución Política la facultad "operativa" más no "regulatoria" del Consejo Superior de la Judicatura de establecer la vigencia gradual del sistema de proceso oral de la cual pende la vigencia de la Ley, y precisó que esta "potestad en los términos de la jurisprudencia de la Corte, está limitada al desarrollo de asuntos relacionados con la regulación de los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los

12, 118 y 119) y dispone en su artículo 31 que *"[e]l tribunal y las partes tendrán, respecto de las pruebas, las mismas facultades y deberes previstos en el Código de Procedimiento Civil y las normas que lo modifiquen o complementen*", referencia éste que a partir de la vigencia de la Ley 1564 de 2012, se entiende realizada al Código General del Proceso, aplicable a los asuntos administrativos, incluidos los arbitrales desde el 1º de enero de 2014 como precisaron la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. El inciso 5º del artículo 31 de la Ley 1563 de 2012, contempló la posibilidad de aportar experticias de parte para controvertir el dictamen pericial decretado por el Tribunal "[d]entro del término de su traslado, o el de sus aclaraciones o complementaciones" y confirió la facultad ("si lo considera necesario") de convocar a audiencia al perito y los expertos para interrogarlos. Una hermenéutica exegética, estricta o literal de la norma conduciría *in absurdum* a cercenar el derecho a aportar experticias en otras oportunidades procesales y para fines diferentes, o a que en el mismo proceso pueda existir más de una experticia aportada por la misma parte sobre los mismos hechos o materia. Empero, según el precepto "[e]l tribunal y las partes tendrán, respecto de las pruebas, las mismas facultades y deberes previstos en el Código de Procedimiento Civil y las normas que lo modifiquen o complementen", de donde, la interpretación armónica de estas normas permite concluir que en el arbitraje las partes pueden aportar experticias privadas en las siguientes oportunidades: (i) En las oportunidades en que según la norma de procedimiento aplicable por remisión de la Ley 1563 de 2012, las partes tienen la facultad de aportar experticias; (ii) Cuando se ha decretado un dictamen en el arbitraje, para contradecir dicho dictamen.

El artículo 626, literal c) del Código General del Proceso al regular la "Prueba Pericial" consagró las siguientes directrices: (i) "Sobre un mismo hecho o materia cada sujeto procesal solo podrá presentar un dictamen pericial. Todo dictamen se rendirá por un perito" (art. 226). (ii) La "parte que pretenda valerse de un dictamen pericial", debe aportarlo en la "respectiva oportunidad para pedir pruebas" o, anunciarlo en el escrito para hacerlo dentro del término concedido por el juez, no inferior a 10 días (artículo 227). (iii) Para la contradicción del dictamen aportado la parte contra quien se aduce "podrá

---

despachos judiciales". Desde luego, en el proceso arbitral rige por excelencia el sistema del proceso oral, y los Tribunales arbitrales no son despachos judiciales. Con todo, nada obsta para que las partes al tenor del artículo 58 de la Ley 1563 de 2012 determinen el procedimiento aplicable, en asuntos en los cuales no intervenga una entidad pública y actualmente el Código General del Proceso está en vigor desde el 1º de enero de 2016.

solicitar la comparecencia del perito a la audiencia, aportar otro o realizar ambas actuaciones", dentro "del término del traslado del escrito con el cual se haya aportado o, en su defecto dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la providencia que lo ponga en conocimiento", y "[e]n ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave." (artículo 228). (iv) El juez puede decretar un dictamen en el proceso de oficio o a petición de amparado por pobre (arts. 229, 2 y 230 en consonancia con los artículso 169 y 170). (v) Salvo norma contraria, "se ordenará la inspección cuando sea imposible verificar los hechos por medio de videograbación, fotografías u otros documentos, o mediante dictamen pericial, o por cualquier otro medio de prueba" y cuando el juez niega el decreto de inspección judicial al considerarla innecesaria en virtud de otras pruebas o suficiente el dictamen de peritos para verificar los hechos, otorgará a la parte interesada el término para presentarlo (art. 236); para el examen de los libros y papeles del comerciante, "en los casos de exhibición, la parte interesada podrá designar un perito" (art. 268), surtido el traslado de la tacha de falsedad de un documento, se decretarán las pruebas y ordenará el cotejo pericial de la firma o del manuscrito, o un dictamen sobre las posibles adulteraciones(art. 270), los honorarios de los peritos "serán de cargo de la parte que solicitó la prueba" (art. 364, 5). (vi) La contradicción del dictamen decretado de oficio se efectúa conforme al artículo 231 poniéndose a disposición de las partes hasta la fecha de la audiencia a la que asistirá el perito que solo puede realizarse pasados por lo menos 10 días desde la presentación del escrito. [110]

110 El Código de Procedimiento Civil respecto de la "prueba pericial" se complementó con las normas relativas a los "experticias" aportados por las partes. Al dictamen pericial de parte refería el artículo 21 del Decreto 2651 de 1991, adoptado como legislación permanente por la Ley 448 de 1998, en los siguientes términos: "En todo proceso las partes de común acuerdo pueden, antes de que se dicte sentencia de primera o única instancia o laudo arbitral, realizar los siguientes actos probatorios 1. Presentar informes científicos, técnicos o artísticos, emitidos por cualquier persona natural o jurídica, sobre la totalidad o parte de los puntos objeto de dictamen pericial; en este caso, el juez ordenará agregarlo al expediente y se prescindirá total o parcialmente del dictamen pericial en la forma que soliciten las partes al presentarlo. Estos informes deberán presentarse autenticados como se dispone para la demanda.". Posteriormente, el artículo 116 de la ley 1395 de 2010, estableció "Artículo 116. Experticios aportados por las partes. La parte que pretenda valerse de un experticio podrá aportarlo en cualquiera de las oportunidades para pedir pruebas. El experticio deberá aportarse acompañado de los documentos que acrediten la idoneidad y la experiencia del perito y con la información que facilite su localización. El juez citará al perito para interrogarlo en audiencia acerca de su idoneidad y del contenido del dictamen, si lo considera necesario o si la parte contra la cual se aduce el experticio lo solicita dentro del respectivo traslado. La inasistencia del perito a la audiencia dejará sin efectos el experticio". El artículo 25 de la Ley 1395 de 2010 (norma declarada exequible en sentencia C-124/2011), al reformar el artículo 432 del Código de Procedimiento Civil estableció la contradicción del dictamen designado por el juez, interrogándolo en audiencia, y en "ningún caso habrá lugar a la objeción del dictamen". Norma declarada exequible en sentencia C-124/2011. El artículo 31 de la Ley 1563 de 2012, igual el artículo 228 del C.G.P. disponen que "[e]n ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave.", esto es, excluyen sólo el trámite especial. La pertinencia, conducencia y procedencia de la "prueba pericial", ya aportada por las partes, bien practicada en el proceso se regulaba por el Código de Procedimiento Civil, artículo 233 –derogado por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012- con arrreglo al cual, "[s]obre un mismo punto no se podrá decretar en el curso del proceso, sino un dictamen pericial, salvo en el incidente de objeciones al mismo, en el que podrá decretarse otro", y por lo tanto, cada parte sólo puede aportar en las oportunidades legales, una experticia, y nada más que una, sobre un mismo punto o materia, y en caso de

Bajo el artículo 31 de la Ley 1563 de 2012 y el Código General del Proceso que es la norma de procedimiento aplicable según la jurisprudencia del Consejo de Estado acogida y reiterada por las partes, en el curso del proceso y en las oportunidades procesales respectivas, las partes podrán aportar experticias, teniendo en cuenta que "[s]obre un mismo hecho o materia cada sujeto procesal solo podrá presentar un dictamen pericial", y presentado, la parte contra quien se aduce podrá a su vez aportar otro para controvertirlo.

El Código General del Proceso (artículo 228) precisó la oportunidad y forma para ejercer el derecho de contradicción según que el dictamen de parte sea aportado con un escrito respecto del cual la ley prevea o no su traslado. *Verbi gratia*, aportado con la demanda, su sustitución o su reforma, dentro del término de su traslado la parte contraria podrá pedir la citación a audiencia del perito, aportar un nuevo dictamen o solicitar ambas cosas, y en su caso, formular objeción por error grave. Por consiguiente, al tenor del artículo 228 del Código General del Proceso, y del artículo 31 de la Ley 1563 de 2012, la parte contra quien se presente un dictamen pericial puede contradecirlo dentro de la oportunidad legal, ya solicitando la declaración del perito para interrogarlo, ora con la exposición de los motivos que podrían descalificar total o parcialmente su opinión, bien objetando por error grave, pues el ordenamiento únicamente excluye el "*trámite especial de objeción del dictamen por error grave*". También podrá en sus alegatos de conclusión referir a la valoración de la prueba, y en todo caso, el juzgador habrá de valorarlo con los restantes elementos probatrios.

Las partes aportaron los siguientes dictámenes:

---

contradicción entre las aportadas el juez decretará el dictamen en el proceso (Art. 10 de la Ley 446 de 1998, y artículo 18 de la Ley 794 de 2003: "ART. 18.—El artículo 183 del Código de Procedimiento Civil, quedará así: "ART. 183.—Oportunidades probatorias. Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados para ello en este código. Cualquiera de las partes, en las oportunidades procesales para solicitar pruebas, podrá presentar experticios emitidos por instituciones o profesionales especializados. De existir contradicción entre varios de ellos, el juez procederá a decretar el peritazgo correspondiente. Si se trata de prueba documental o anticipada, también se apreciarán las que se acompañen a los escritos de demanda o de excepciones o a sus respectivas contestaciones, o a aquellos en que se promuevan incidentes o se les dé respuesta. El juez resolverá expresamente sobre la admisión de dichas pruebas, cuando decida la solicitud de las que pidan las partes en el proceso o incidente"). Por fuera de la hipótesis planteada, el artículo 238 del C. de P.C., también disponía: "[l]as partes podrán asesorarse de expertos, cuyos informes serán tenidos en cuenta por el juez, como alegaciones de ellas".

i) **Peritaje técnico de Consorcio Analistas Técnicos 2014**

En el escrito contentivo del peritaje, se advierte que los trabajos encomendados a CONSORCIO ANALISTAS TECNICOS 2014, por petición de Metrolínea S.A, inició por el frente de trabajo Estación Cabecera, teniendo en cuenta su relevancia y peso estimado en el valor final del proyecto, para lo cual se utilizaron diferentes tipos de análisis, los cuales incluyeron levantamientos topográficos, estudios de suelos completos, análisis de estructuras basados en los planos de obra suministrados y consultas al personal encargado de la construcción de la estación, entre otros.

En el documento se enlistan las actividades y frentes en los cuales se trabajaron los expertos, para establecer las cantidades y el valor de las obras, desde su iniciación hasta la terminación antelada de las mismas. Las verificaciones objeto del dictamen pericial comprendieron la localización, replanteo, demolición, excavaciones en material común y en roca, retiro de materiales, malla de cerramiento, chafarreo, compactación, redes provisionales, cimentación, concretos, vigas de amarre, de cimentación, de enlace, dados, caissons, para lo cual contaron con los planos existentes.

La pericia se desarrolló mediante trabajos de campo y estudios técnicos, topográficos, geotecnia y cálculos. Según el cuadro de áreas se obtuvo una medida total de 28463. 43 $m^{2.}$ Contra 276903 m^2 proyectados. El volumen se calculó por el sistema de interposición de superficies, utilizando la superficie entregada por la Concesionaria a los expertos. Los análisis de laboratorios y los estudios de suelos les permitieron a los analistas establecer la buena calidad de las obras ejecutadas, la adecuada cimentación para soportar las cargas de los caissons etc. Mediante la utilización de esclerómetros se pudo verificar la adecuada resistencia de concreto en vigas y columnas, resistencias superiores a los 5.000 psi. De lo anterior, el estudio concluyó que el estado y capacidad portante de la estructura estaba conforme al diseño estructural y por consiguiente evaluaron que se podía continuar con la ejecución de la obra. Para calcular las actividades de localización, replanteo y medición permanente se tuvieron en cuenta los soportes contables, en los cuales se relacionan los pagos de las comisiones topográficas desde el inicio de las actividades en la Estación de Cabecera, PQP, hasta la de finalización anticipada del contrato. Con base en los levantamientos topográficos y

los trabajos de los especialistas de suelo, se calcularon las actividades de excavaciones en material común y en roca. Igualmente se hicieron las mediciones por concepto de retiro de materiales, (se tomó todo el volumen de corte para adecuar el terreno, y a ese valor se le sumó para transporte el coeficiente de expansión estimado en un 30%); malla de cerramiento, campamento, chafarreo, compactación, las redes provisionales no pudieron medirse directamente, por lo cual se basó su determinación con los planos de diseño y su estimación en obra, cimentación. Advierte el peritaje que algunas actividades no fueron consideradas en el informe de Cal y Mayor, y dado que existieron algunas actividades que no fueron contempladas. es necesario incluírlas, por hacer parte fundamental de las labores ejecutadas en la realización de las obra. (vid. Pág. 45 del peritaje de CONSORCIO ANALISTAS TECNICOS 2014). El Consorcio Analistas Técnicos 2014, asume que "la evaluación del presente contrato obedece más a un contrato de tipo de precios unitarios, por lo cual decidieron establecer como parámetros los indicados en el cuadro anterior (porcentajes del AIU discriminados y riesgos), adicionalmente se establecieron como parámetro de evaluación sólo lo correspondiente a los costos indirectos relacionados exclusivamente al rubro de Administración, la cual se evaluó de acuerdo a los gastos debidamente causados y soportados." (vid. Pág. 61 de la pericia rendida). Calculados los valores de los costos, el perito asume que se hacen para un contrato a precios unitarios, que dan la cifra de $ 74.413.205.697 por valor de directos, y costo valor de la Administración de $13.498.461.244. El valor de los Inventarios es según la peritación, de $9.827.323.294. El gasto mensual de mantenimiento, mano de obra y otros, lo cifró el perito en $167.568.072.92. Según esta prueba el valor total pagado a la Interventoría es de $ 3.782.018.044- El monto de los descuentos de la remuneración para pago de sanciones se eleva a $1.342.412.501. Las cifras sumas establecidas por Analistas Técnicos 2014 fueron establecidas con valores del año 2010.

Las cantidades de obra se consignaron en el siguiente cuadro de la pericia:

Tabla 5. Comparativo cantidades de obras cimentación: concretos.

5.1.2.2 Excavaciones

Para este análisis, se consideran los volúmenes ya conocidos de los concretos de cimentaciones y por medio de la ayuda de un registro fotográfico para cada actividad se hace una ampliación porcentual de las dimensiones geométricas de cada elemento determinando así los volúmenes excavados en las obras de cimentación.

ITEM	CAL Y MAYOR [m3]	CAT 2014 [m3]
Dados	6361,55	6357,33
Caissons		
Anillos (superficie a fondo del dado tipo)		1348,15
Vigas de cimentación, amarre y enlace	2892,87	2786,95
TOTAL	**15409,31**	**15409,31**

Los cálculos de las mediciones de dados, caissons y vigas de cimentación, amarre y enlace, en metros cúbicos, a CAL Y MAYOR les dieron un total de 15409,31 y a CAT, 16732,06. (Vid. Peritaje pág. 27) Diferencias también se evidencian en la experticia, en los cálculos hechos por los dos grupos de expertos en las cantidades de elementos componentes de la estructura (muros, machones, columnas y vigas aéreas).

La diferencia obedece, según la experticia, en que existieron algunas actividades que no fueron contempladas por CAL y MAYOR y que es necesario incluír por hacer parte fundamental de las labores ejecutadas en la realización de las obras en la Estación Cabecera de Metrolínea (PQP). (Vid. Pág. 45 de la prueba.)

En el resumen de las cantidades de obras ejecutadas en actividades preliminares, cimentación, estructuras hidrosanitarias, colector de la quebrada el Recreo, y patio taller, actividades no contempladas, y planes de manejo ambiental y de tráfico se evidencia en resumen diferencias significativas entre los dos peritajes, según el cuadro viisible a folio 56 . (vid. Experticia, página 56). El peritaje sienta algunas informaciones necesarias para entender su ejercicio y la forma como lo llevaron a cabo, de una parte, indica que los costos indirectos están comprendidos en el AIU (Administración, imprevistos y utilidades), además considera que el contrato M-LM-001-2008, es más del tipo de contrato a precios unitarios, el porcentaje correspondiente a la Administración podría en general oscilar entre 12 y 14%; y en el caso concreto tomado el costo directo total, y los gastos de Administración, la A, equivale más o menos a $13.498.461.244= al 18.14% del valor de los costos directos del contrato, que está a su juicio dentro de márgenes aceptables, pues da una desviación de aproximadamente 3.5%.

El experto discrimina los diferentes gastos de administración desde su comienzo hasta su finalización. Para CONSORCIO ANALISTAS TECNICOS 2014, el presupuesto total de las obras ejecutadas se estableció en $74.413.205.967, en tanto que para CAL Y MAYOR el valor de costos fue de $ 67.142.116.636.000. En el cuadro siguiente resume el experto el valor de bienes en inventario:

TOTAL INVENTARIADO		
TOTAL ANDAMIOS Y FORMALETA	$	7.558.323.294
ACERO	$	1.253.578.367
TORONES	$	671.818.545
TUBERIA DE 6" SCH.40 REVESTIDA(TR)	$	110.524.788
CONECTORES Y OTROS	$	233.065.153
TOTAL INVENTARIO	**$**	**9.827.310.147**

El valor de las multas impuestas al concesionario descontadas de la remuneración prevista, se establece en $ 1.342.412.501.

El señor JOSÉ ALBERTO ARIAS ARIAS, Ingeniero responsable de la rendición del dictamen pericial elaborado por solicitud de Metrolínea. S.A., fue interrogado por los señores apoderados de las partes en relación con las afirmaciones y conclusiones de su trabajo, como se da cuenta enseguida. Sobre la metodología empleada para la elaboración de la experticia, dijo que el objeto del contrato era realizar “un peritazgo técnico para la evaluación técnica del avance de obra del contrato de concesión para la construcción de la Estación de Cabecera y los Patios de Operación y Talleres de Floridablanca; la metodología elegida se desarrolló con unos equipos de trabajo técnicos que evaluaron la parte estructural, unos equipos especializados de un laboratorio de la ciudad de Tunja que evaluaron la parte de corrosión del material férreo, unos equipos de geotécnica para evaluar profundidad de cimentación, unos equipos de costos y análisis de costos y análisis detallado de precios para revisar los precios unitarios de las actividades que estábamos calculando. Además contaron con un equipo de costos y análisis de costos y de precios para revisar los precios unitarios de las actividades que se calculaban para multiplicarlos para establecer el precio de una

actividad determinada en su conjunto. Para ello realizaron trabajos de campo para tomar la información relevante y llevarla a la oficina para hacer un proceso de análisis.

Nosotros -dijo el perito- no tuvimos ningún contacto profesional o acercamiento con CAL Y MAYOR, nuestro estudio implicaba hacer un estudio comparativo entre sus resultados y los nuestros pero tuvimos acceso al informe y lo conocimos y digamos que fue una referencia para poder hacer el diagnóstico de lo que debíamos pero las mediciones que ellos tomaron fueron sus mediciones y nosotros tomamos las mediciones nuestras.

Destacó que había un ítem con una diferencia como de un sesenta o setenta por ciento, es la diferencia en el movimiento de la tierra, o sea la diferencia entre los dos estudios era más o menos de un cero-siete por ciento; en el caso de nuestro estudio comparativamente con Cal y Mayor la mayor diferencia se dio en movimiento de tierras y básicamente obedecía a que CONSORCIO ANALISTAS TECNICOS 2014, evaluaban el estado inicial del lote por una información que nos entregó Metrolínea, y cómo era el volumen previo a la realización del movimiento de tierras y luego evaluaron con sus topografías cómo fue el cajón que se hizo para poder hacer la cimentación e hicieron una diferencia con superficies, entonces en el computador en un sistema tridimensional generaron como era la topografía antes y como era la topografía después y el resultado de ese estudio dio un volumen con una diferencia importante con Cal y Mayor, proveniente posiblemente de las diferentes fuentes de información de los dos estudios.

Indica que los caissons no se tuvieron en cuenta tampoco por parte de Cal y Mayor, y eso generaba unos volúmenes de concreto diferentes a los que estaban manejando, porque esos anillos eran anillos perimetrales de un metro veinte de diámetro por aproximadamente un metro, un poco más de un metro de profundo cada anillo y bajaban hasta ocho metros de profundidad, con un espesor de diez centímetros, o sea se consideraba un volumen de concreto solo para poder empezar a construir el caissons (excavación), y otros elementos adicionales, como incidentes de obra que no pueden ser atribuidos al contratista porque hubo un incidente muy particular del cual se obtuvo registro fotográfico; en la época invernal hubo un deslizamiento y hay unos muros que se construyeron y de hecho tenemos expresada evidencia en el informe de que los muros fallaron, porque el deslizamiento destruyó un muros, se tuvo que reforzar, se

perdió ese acero. Los expertos tuvieron acceso a toda la gestión de interventoría que estaba en el archivo de Metrolínea y en ellos se basaron para los análisis, pues la interventoría en este caso daba unos avance en porcentaje pero no indicaba un avance en pesos y en cantidades sino hablaba de unos hitos, y revisaron aproximadamente sesenta y cuatro informes de la Interventoría.

Al indagársele sobre el procedimiento utilizado para la medición de obra dijo que hay una norma que es decreto 1420 del noventa y ocho y el 620 del dos mil once, sin embargo, revisando el proceso y el estado de la obra ninguno de los espacios que se indicaba esos decretos se ajustaba exactamente al modelo que se necesitaba y se propuso un sistema cíclico para poder empezar a revisar puntualmente cada una de las actividades y luego un proceso general para poderlo revisar; entonces se empezó con trabajo de campo y estudios técnicos, luego, se hizo un análisis de presupuesto para cada frente de trabajo y eso incluía preliminares la parte de cimentación, estructura, redes, acabados y volvíamos de nuevo a realizar estudios técnicos y a comparar lo que nos arrojaba, los planos decían unas cosas y, de acuerdo a los informes de interventoría, se habían hecho cambios y se tuvo que empezar a variar y ajustar todo para que llegara y concordara lo que tenían los expertos de CAT y la investigación estaba arrojando técnicamente los sondeos, los espesores de capas de material, con lo que decían los planos realmente en la situación.

Por carecer de antecedentes que sirvieran de modelo para el cumplimiento del objeto del contrato, ni adaptarse la realidad a las previsiones de las normas que regulaban la materia, concibieron un sistema que el perito llama cíclico para revisar puntualmente cada actividad y luego un proceso general de revisión , lo que comprendió trabajos de campo y los estudios técnicos, y el de los presupuestos por cada frente de trabajo, todo lo cual incluía el estudio de la parte de cimentación, estructura, redes, acabados y se repetía el proceso y con esas base se hacía la comparación de los resultados con los obtenidos por CAL Y MAYOR.

Refirió el experto que los planos examinados decían una cosa y los informes de Interventoría indicaban que se habían hechos cambios por lo que debieron empezar a variar y ajustar toda la información.

Los cálculos del valor de la obra construída, incluída la Estación Provisional, dio una suma de SETENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS TRECE MILLONES DOSCIENTOS CINCO MIL NOVECIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS, correspondientes a la estructura ejecutada, cifra en la cual no estaba incluído el valor del inventario.

La fuente tomada para verificar los precios unitarios, dijo el perito, fue una base de datos, , con apoyo en los informes y publicaciones de Construdata y de la Ferretería Al Día, de Bucaramanga, obtenida en el mes de mayo del año 2012 o del 2011, para los precios de la época de la construcción de los proyectos, tomados durante el lapso que duró la ejecución del contrato, establecieron los precios del mes promedio; algunos informes fueron tomados de la revista Construdata, para la fecha de ejecución de las obras. Advierte el perito que dado el divorcio entre los datos del DANE sobre IPCC y el costo a veces mayor o a veces menor del costo de los materiales, lo que de pronto podría dar un sesgo bien en asumir los costos mayores o los costos menores, por lo cual calcularon los precios a la fecha de la ejecución de las obras. Fue una fuente de datos de la época de la construcción de los proyectos, entonces tomó, expresó el perito, " la época de arranque de la obra que iba del mes A al mes cuarenta y pico y sacamos los precios del mes promedio y buscamos precios de ese mes con la ferretería del mercado y con esos precios de esa fecha calculamos los precios. Algunos también fueron tomados de la revista, de le fecha que era la revista Construdata también de la fecha de ejecución de las obras, otra fuente, porque no todos los precios estaban."

Informó al Tribunal el declarante que el análisis de mano de obra se hizo basado también en el análisis de mano de obra para el sector de la construcción que daba suficiente garantía para poder tener una buena referencia y una buena base. En su metodología, se calculó primeramente todas las cantidades, sin pesos, y cuando ya se empezó a calcular los precios con precios unitarios consideraron los precios unitario y los multiplicaron por la cantidad de los materiales hallados, que arrojó el valor anteriormente mencionado.

Respecto de cómo se efectuaron los cálculos, el perito sostuvo que se hizo un examen visual directo y personal del equipo interdisciplinario que participó en el peritaje, aunque expresó la reserva de que hubo aspectos que no se pudieron evidenciar completamente pues considera que si bien había posibilidad de medir personalmente ciertas obras, como una columna, medir el lado y la altura desde el piso pero identificar toda la cimentación o todas las columnas, en ocasiones deberían hacerse unos estudios de excavación para llegar a la base de la cimentación y poder identificar cual era la profundidad y las dimensiones de los elementos de cimentación o también eran necesarios otros tipos de apoyos tecnológicos o apoyos técnicos y lo que se acostumbra calcular con esos volúmenes que estaban allá enterrados por cimentación; asevera que todo lo que era visible, y que estaba del nivel del suelo hacia arriba y cada uno de los elementos se midió por personal de la empresa encargada, así como también se evaluó la calidad de los elementos por lo cual el experto manifiesta que no pudieron medir todo lo enterrado. Precisa la declaración que a nivel de cimentación no se pudo medir físicamente , pero con apoyos tecnológicos bastante precisos, se pudo identificar como estaba la cimentación y comparando ese resultado con los planos, daba una precisión de noventa y seis a noventa y ocho por ciento, y obtuvieron las dimensiones que tenían en planos, datos que asumieron como fidedignos.

El exponente afirma que, dadas las circunstancias en que se realizó el peritaje, no se pudo constatar exactamente el ciento por ciento de todas las actividades, para falta de tiempo y los costos que implicaría. Luego de advertir que Construdata no manejaba precios para Bucaramanga, informa el experto que los precios calculados no fueron traídos a valor presente, dado que cada empresa podría tener una tasa interna de retorno diferente.

Expresó el experto que las diferencias entre las cifras establecida por los peritos de CAL Y MAYOR y las del CONSORCIO ANALISTAS 2014, provienen de la dificultad de medición de ciertos elementos, como son los elementos que están bajo tierra, y los que implican movimiento de tierra.

"Tuvimos la oportunidad de realizar un comparativo entre los resultados presentados por esta última y los suyos, encontrando tanto similitudes como diferencias entre los resultados obtenidos por ellos y los

presentados con anterioridad por Cal y Mayor Asociados; en consecuencia, el dictamen presentado por Cal y Mayor, lo tuvieron como punto de referencia para poder realizar su diagnostico personal."
"Estas se presentaron teniendo en cuenta la metodología y los datos directos recibidos por las sociedad a efectos de realizar el dictamen, es así como manifiesta que al Consorcio se le hizo entrega de unos datos del estado del terreno previo al inicio de labores, que les permitió realizar unos estudios de volúmenes comparativos que resultaron siendo significativos en las diferencias presentadas.
Dentro de sus estudios tuvieron en cuenta situaciones como la destrucción de muros y talúdes con ocasión de la ola invernal, y que tuvieron que reforzarse con posterioridad, señalando que como sustento de ello, contaron con un registro fotográfico que determinaba estas circunstancias, así como los setenta y cinco (75) informes de interventoría que fueron puestos a su disposición."
"Las diferencias de los resultados presentados en el dictamen pericial rendido por Cal y Mayor Asociados, y el presentado por Analistas Técnicos 2014, provenían específicamente la metología utilizada en la medición de las obras ejecutadas, en las excavaciones, entre otros aspectos, pero, al examinar los resultados finales en cuanto valores arrojados en uno y otro dictamen, las diferencias no son abismales, y que dichas diferencias no se encontraban fundadas en la cantidad de obra ejecutada sino en la variación de los precios consultados para la ejecución del dictamen.

En referencia a la calidad de los materiales utilizados por la concesionaria para la ejecución de la obra y las especificaciones encontradas en la misma, expresó:

"Los mismos cumplían con los parámetros que exige la norma de construcción, se apegaban a lo que estaba diseñado como se estaba exigiendo, cumpliéndose las especificaciones técnicas contratadas y en relación a los posibles daños debido al estado de suspensión de la obra, no se han afectado significativamente los parámetros para que dicha obra se pueda seguir utilizando en alguna medida a futuro."

Precisó:

"La metología se basó en el estudio de la parte estructural de las obras realizadas por la concesionaria, corrosión del material férreo, evaluación de la profundidad de la cimentación equipos de análisis de costos y análisis detallado de precios para revisar los precios unitarios de las actividades que estábamos calculando, los cuales fueron deteminados calculando el precio de una unidad, un metro cuadrado, un metro lineal, un metro cubico de una actividad y posterior a ello, ese valor se multiplica por la cantidad que da la medición de dicha actividad para finalmente llegar a un precio de esa actividad en su conjunto."

El monto de las obras de estructura para CAL Y MAYOR fue de SESENTA Y SIETE MIL CIENTO CUARENTA Y DOS MILLONES DE PESOS, y el de CONSORCIO ANALISTAS TECNICOS fue de SETENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS TRECE MILLONES, para una diferencia equivalente al seis punto setenta y cinco por ciento, perfectamente válida dadas las magnitudes de las cifras absolutas de cada cálculo. Sobre el tema del ítem de Administración del AIU el experto indica que les dio un 18.14%m que sería apropiado para se tipo de infraestructura.

Cifra la experticia en MIL NOVECIENTOS DIECINUEVE MILLONES QUINIENTOS DOS MIL OCHO TREINTA Y CINCO los gastos sufragados por la Concesionaria desde el momento de la terminación del Contrato de concesión hasta el 15 de julio de 2014;

igualmente en la cifra dada por concepto de gastos en infraestructura el perito aclara que en ella no está incluído el valor pagado a la Interventoría, que sumó TRES MIL SETECIENTOS OCHENTA Y DOS MILLONES DE PESOS.

Para evaluar en la pericia el costo del Patio Provisional, se acogieron las informaciones provenientes de los documentos de la Interventoría, con los cuales se pudo establecer las cantidades de obra y actividades, pues se trataba de una obra ya cumplida, como que era un hito en el conjunto del proyecto.

ii) **Peritaje técnico de Cal Y Mayor Asociados S.C.**

A solicitud de la Concesionaria, la firma CAL Y MAYOR VALOR, tomando como base los precios del mercado para 2010, y la información de CONSTRUDATA y de los mercados locales, estimó el valor de la obra ejecutada en $ 79.453.635.386.64, cifra igual a la tomada por el perito financiero para hacer sus cálculos..

El objeto de la experticia fue establecer el valor de las inversiones realizadas por la contratista en la Estación de Cabecera y en el Patio y Talleres de Floridablanca y las obras terminadas del Patio Taller Provisional y las del Colector de alcantarillado. Para el efecto realizaron los peritos una evaluación cuantitativa y cualitativa de la obra, utilizando los planos de diseños y demás documentos técnicos entregados por la Concesionaria; y con base en sus indagaciones establecieron los elementos construídos antes de la suspensión de la obra, y por último evaluaron los costos directos del proyecto, mediante los análisis de precios unitarios de todas las actividades del presupuesto de la obra, con el fin de establecer el valor de dichas obras con precios del mercado y el monto y valor de los inventarios en bodega previamente adquiridos antes de la suspensión de la obra.

La experticia se preparó en dos etapas, una de octubre a diciembre de 2012, esto es inmediatamente después de terminado el Contrato M-LP-001-2008, y la otra, con datos más completos sobre la estructura del Patio Portal de Cabecera, Portal “Papi Quiero Piña” - PQP , elementos construídos por rediseño, producto de la acción popular, elementos reconstruídos a consecuencia del deslizamiento del muro de contención en 2010, e inventario de insumos en Bodegas, en agosto de 2014.

En cuanto al método utilizado, se lee en el dictamen, se tomaron como base para determinar las cantidades de obra ejecutada, los planos de diseño y mediciones en campo, los informes de interventoría, y del contratista en cuanto al proceso constructivo.Indica los trabajos ejecutados para evaluar la información suministrada por el concesionario, en los frentes de Patio Portal de Floridablanca, Patio Provisional y Colector de alcantarillado. Para cuantificar la obra ejecutada en el Patio Portal de Floridablanca, y su correspondiente balance económico, tuvo como base los precios unitarios suministrados por el Concesionario; para la evaluación de la obra ejecutada en el Patio Portal Provisional y, cuantificarla, se tuvo en cuenta la información del Concesionario, consistente en planos arquitectónicos generales, planos estructurales sin detalle, planos de instalaciones hidráulicas y sanitarias generales, planos topográficos y un estudio suelos. Previene el experto que para el Patio provisional, en vista de que los planos no estaban suficientemente detallados, se decidió realizar un levantamiento arquitectónico de las construcciones, y ante la imposibilidad de realizar estudios técnicos, profundos y detallados, como en el Patio Portal Cabecera, y dado que el Patio Provisional estaba en pleno funcionamiento, se optó como sistema de verificación efectuar una evaluación comparativa de la información suministrada por el Concesionario con el levantamiento arquitectónico, dando por resultado cantidades similares a las del presupuesto de Estaciones Ltda. También se tomó como base la carta de aprobación del hito Patio Taller Provisional del 19 de noviembre de 2010, emanada de la Interventoría y la información dada por el Contratista en Octubre de 2012.

La obtención de los datos de las obras, en algunos casos se fundó en cálculos y supuestos, como en lo referente a Cimentación y Estructura, para calcular los obras ejecutadas, mediando un esquema de cimentación, uniendo los ejes de las columnas y creando un entramado, se asumió un ancho de cimiento de 0.40 mts, y así se calculó que se emplearon 4,763.91 metros de concreto.. (vid. pericia, Memoria de cálculo de cantidades de obra, anexo en CD, y sobre esos aspectos el Tribunal inserta las cifras referentes a Cimentación y Estructuras: SUBTOTAL CIMENTACION 27.713,318,904.19 m SUBTOTALESTRUCTURA 13,447,157,356.30, según se ve en el anexo 12 de la

pericia, Presupuesto general de la obra ejecutada, al cual se hace remisión, menos el total de obra ejecutada, da un saldo de $38.293.159.126.

Igual aconteció con la medición hecha de las vías y los andenes, los que por no poder ser rotos, para establecer el espesor de las capas de pavimento, se midieron las áreas y esta cantidad se dividió por el volumen ejecutado, para obtener unos espesores teóricos para cada capa de pavimento y así observar si eran espesores apropiados o usuales. En el documento contenido en el anexo 12 se establece que los materiales de obra se calcularon en un total de $ 71,267,305.00, cuyo soporte fue el PMT General, Capítulo Análisis de precios unitarios para materiales de obra. Determinación de cantidades de obra en el patio provisional. Para establecer la cantidad ejecutada de imprimación del Patio Provisional se tuvieron en cuenta las áreas de los planos suministrados, midiéndose el área de pavimento asfáltico. Igual aconteció para la cuantificación de pavimentación asfáltica, con base en las áreas de los planos. Para calcular el espesor del concreto asfáltico, se tomó en el área de imprimación pagada. (vid. documento contentivo de la experticia páginas 8 a 10). Igual procedimiento se empleó para establecer la cantidad de base granular y su espesor. El espesor de la base granular se determinó con el mismo método que se acaba de indicar, junto con el área de pavimento rígido. La sub-base granular se estableció con apoyo en los planos mencionados antes y se asumió colocación de sub base solo debajo del concreto MR-41. El concreto MR-4 se midió para el área de mantenimiento donde se observó pavimento rígido.

Para establecer la cantidad de muros dry wall y cielo rasos se tuvieron en cuenta, por ser similares, las consignadas en el hito 1. Cantidades de obra en el colector de alcantarillado. En el documento de la experticia se establece que el objetivo de este examen pericial era establecer las cantidades de obra ya ejecutada. La evaluación de cantidades de obra en el colector de alcantarillado se basó en los planos finales suministrados, debidamente inspeccionados, visita al sitio de la obra para verificación de su estado, y medición en el sitio del proyecto. La verificación de los movimientos de tierra para excavaciones destinadas a alojar las tuberías se hicieron con utilización de fórmulas matemáticas aplicadas a las sobre mediciones de profundidades de las zanjas, alturas y anchos de las mismas, lo que permite establecer el volumen desplazado y removido, y con base en él calcular los costos de la excavación y su costo de remoción

y depósito en el lugar previsto. El volumen de la base granular se estableció tomando la altura de la cama más la altura de los tubo , volumen del cual se restó el volumen del tubo, para establecer la cantidad neta del volumen de la base granular, para efectuar el cálculo de su precio. El volumen del Concreto para las cámaras también se calculó con fórmulas aritméticas tomando en cuenta las longitud, profundidades y anchos de las cámaras, manos el volumen de la cañuela, sin perder de vista que parte de la tubería debía quedar ligado al concreto.

Las mediciones con base en datos verificados y precisos para establecer los volúmenes y cantidades de material empleado le dan a la experticia poder de convicción sobre su exactitud y seriedad con las cuales se practicó el del ejercicio, y la certidumbre de los datos finales en materia de cantidades y costos por lo cual deberán ser aceptados por el Tribunal. Igual procedimiento se siguió para las mediciones referidas a los aros y contra aros para los pozos de inspección y la longitud de la tubería, respecto de cuyas cifras finales deberán ser acogidas.

Con ocasión de la oportunidad de interrogar al perito, a las cuestiones propuestas por los señores apoderados de las partes, dijo el experto, en síntesis: El objeto del peritaje era la evaluación técnica del avance de obra de Contrato de concesión M-LP-001-2008. Sobre los aspectos metodológicos para establecer precios y calcular el valor de la obra ejecutada discurrió largamente en varios apartes de su exposición.

> *"La Experticia Técnica presentada se apoyó en una metodología trazada básicamente en los planos técnicos que les suministró el concesionario, así como los estudios de suelos originales del proyecto, los resultados de ensayos de concreto, así como ensayos para densidades y compactación del terreno. Señalaron que para determinar la cantidad de obra representada en taludes, se vieron en la tarea de medir los taludes tal y como estaban obstruidos, tanto topográficamente, como mediciones del sitio empleando el metro, y con ello se logró hacer un levantamiento completo de la obra, es decir de todos los elementos construidos en ella. En el mismo sentido, manifestaron que en cuanto a las cantidades de los caissons, realizaron pruebas d ultrasonido, para determinar las longitudes con el fin de determinar si estaban dentro de los rangos de diseño dispuestos en los planos."*

En la diligencia de interrogación efectuada por los señores apoderados de las partes sobre el contenido y alcance de la experticia rendida, manifestó el experto EDUARDO JOSÉ TRANSLATEUR PREMINGER, revisor del documento contentivo de la prueba, algunas precisiones -que el Tribunal debe destacar- , para lo cual contó con la

colaboración del Ingeniero WALTER ARMANDO CANO, responsable del documento pericial.

Sobre la relación que hay entre los informes que le solicitara Estaciones Metrolínea Ltda., del año 2012 y el presentado en el año 2015, explicó que el primero fue producto de un contrato que se hizo para la firma Cal y Mayor, para la evaluación económica técnica del proyecto Patio Portal, la Cañada de Quebrada el Recreo, y el Patio Provisional; los expertos; recibieron información por parte de Estaciones Metrolínea, relacionada con planos técnicos, informes de interventoría, un presupuesto que se tenía para dichas obras, y nosotros realizamos unos estudios técnicos, para evaluar cuantitativa y cualitativamente el estado en que se encontraba la obra y cuyo resultado fue el primer informe que se presentó en noviembre del año 2012. El segundo informe fue, según el deponente, de una información que no se tuvo a tiempo, referente a cálculos estructurales y planos que hacían falta y más que todo referente a lo que era el inventario de los materiales que tenía el concesionario, y complementariamente se hizo una evaluación económica del presupuesto relacionado, para establecer si los precios eran del mercado en el año que se construyó.

Al principio, refiere el experto, se recibió toda una documentación por parte del concesionario referente a planos técnicos, informes de interventoría y un presupuesto que se tenía al finalizar el proyecto, para los cuales se inició con una evaluación, tanto cualitativa, como cuantitativa, de las obras referentes a pruebas, a estudios de suelos en sitio, se realizaron pruebas de calidad de concretos, se realizaron levantamientos topográficos, pruebas de ultrasonido para verificar longitudes de cimentación profunda, y pruebas no destructivas para verificar la resistencia de los concretos colocados en obra; posteriormente se cruzó con el presupuesto que se tenía para poder determinar si había diferencia con el presupuesto original del concesionario; admite el experto que hubo unas pequeñas diferencias hubo unas pequeñas diferencias por falta de información referente a unos cambios que se suscitaron en el proyecto los cuales fueron evaluados y por consiguiente se llegó a un resultado que eran cantidades, y costos muy similares. Posteriormente se evidenció que había unos materiales depositados tanto en la obra, como acero y materiales de construcción, y diferentes elementos depositados en almacenes fuera del proyecto, para los cuales se advirtió al patrimonio autónomo que se

debería realizar un inventario, el cual no estaba dentro del alcance de la primera evaluación.

En el año de 2014, y una vez realizado el inventario, se complementó con las cantidades finales y se llegó a un resultado que está expuesto en el segundo informe. El perito señala que los informes de interventoría, básicamente daban como aval la ejecución de los procedimientos constructivos realizados en la obra, así como ensayos de concretos para los cuales avalaban la parte de la calidad de la obra ejecutada por el concesionario, y en cuanto a cantidades de obra ejecutada, de materiales y naturaleza empleados para la ejecución de las misma obra la información era parcial, habían pequeñas modificaciones que se evidenciaron, pero parcialmente se relacionaban estos cambios

Sobre la metodología seguida para determinar cantidades de obras ejecutadas, precisó que los puntos de apoyo básicamente fueron los planos técnicos que suministró el concesionario, los estudios de suelos originales del proyecto, los resultados de ensayos de concreto, así como ensayos para densidades y compactación del terreno. Dijo que se había medido los taludes y para cuantificar los caissons, que son cimentaciones profundas, se realizaron pruebas de ultrasonido, para determinar si estaban dentro de los rangos de diseño dispuestos en los planos. Para establecer la calidad de las obras y en particular de los caissons, se hicieron pruebas con aparatos, un aparato que se llama esclerómetro, donde se mide la resistencia de los concretos implementados en la obra, pero no permiten por sí solos precisar la cantidad; la prueba no destructiva de ultrasonido sirve, explica el declarante, para corroborar la profundidad a la que se construyeron los caissons, entonces eso indica ,frente a los planos estructurales se está en la cantidad correcta en cuanto a longitud y diámetro, y con base en la longitud y los planos se pueden establecer cantidades; con respecto a la fiabilidad de ese tipo de pruebas, previamente a la realización de estos ensayos no destructivos y en todo caso, los equipos deben ser calibrados y tener una ficha técnica , y poseer una tolerancia y una confiabilidad, bastantes cercanas a la realidad.

A una pregunta sobre la forma de determinar la cantidad exacta de caissons, zapatas, dados, de materiales utilizados, precisó que se hicieron levantamientos topográficos que estaba implantado en la obra, a la fecha que hicieron el estudio, hacia octubre de

2012, hubo además unas verificaciones superficiales de dados, y si hay dados, sostuvo, hay cimientos debajo, y verificaron su correspondencia con respecto a los planos, ese fue el método que se adoptó por los expertos.

> *"Se realizaron actividades como levantamiento topográfico, medición exacta de lo que estaba implantado en la obra, verificaciones superficiales de dados, y verificación con respecto a los planos y su correspondencia."*

Para determinar la cantidad de materiales utilizados, se basaron en el levantamiento topográfico que arroja dimensiones de columnas, dimensiones de dados, en algunos casos se usaron las pruebas de ultrasonido, se verificaban algunas longitudes, y se lo contrastaban con los planos de diseño. Para determinar el volumen de la obras se realizaban cálculos matemáticos, de volumen, de diámetros y longitudes para todos los elementos; se discriminaba elementos de cimentación, elementos de estructura vertical y elementos de estructura horizontal, pero pues todos estos cálculos están basados según el experto, en una medición que se hizo en campo y también el estudio de los planos estructurales. Para la determinación de esas cantidades se tuvieron en cuenta los desperdicios que se generaron por diferentes causas, y a manera de ejemplo el experto indicada el caso de excavaciones para dados, en los cuales se tuvieron en cuenta unos sobre anchos.

Expresa el declarante que las cantidades calculadas o determinadas son las cantidades ideales para la obra y a la pregunta de si no habría manera de calcular las cantidades reales, respondió que los expertos se basaban en informes de interventoría, en el cual se describían los métodos constructivos, en el tema de sobre anchos los responsable del dictamen tuvieron en cuenta un estudio de suelos, contemplando factores de expansión de suelos; para el tema de excavaciones, según el dictamen se aplicaron factores que son comunes en la práctica de la ingeniería para determinar esas cantidades, en cuanto a desperdicio se trata. Indagado por el Tribunal sobre los criterios de medición empleados, especialmente referidos al Patio Taller Provisional, el declarante, luego de leído el texto del dictamen pericial, contestó que en el Patio Provisional no se pudieron hacer apiques o investigaciones profundas por cuanto el Patio Provisional estaba plenamente en operaciones, y por eso se tomó como cierto los planos estructurales, y los planos de aprobación del hito como evaluación de la

cimentación, en la parte ya de la supra estructura o sea lo que ya es la edificación, se hizo un levantamiento tanto arquitectónico como topográfico, y con base en él se obtuvieron las cantidades que básicamente eran similares, muy similares a las cantidades de la finalización de la entrega de dicha obra.

En lo concerniente a la evaluación hecha en las actividades el Patio Portal provisional (página nueve (9) del dictamen, se dice que se hizo, entre otra información, con base en los planos sin detalles, y se da a conocer al Tribunal que dentro de la información que se suministró del Patio Provisional se tenían unos planos estructurales que eran todo lo que se estructura en la cimentación, en la estructura vertical, en la estructura de cubierta, pero que no tenía mucho nivel de detalle, entonces debido a esto fue necesario entrar a evaluar unas estructuras básicas que a nivel de cimentación sobre todo, no se podía ver, por lo que debieron asumir así esa información.

En cuanto al carácter más teórico de los cálculos en el caso del Patio Taller provisional, sostuvo que podría decirse que sí, porque en la estructura visible si fue verificado y si fue medida, pero para que esa estructura esté en pie debe tener un elemento de cimentación y debe tener unos elementos mínimos de acuerdo con la normatividad vigente; la medición de la parte de la estructura fue un levantamiento arquitectónico que se hizo y de verificación con los planos arquitectónicos. Simplemente, explica el perito, se hizo es una medición por metro midiendo las luces entre elementos, contando los elementos como ventanas, muros, alturas; igualmente el perito da a conocer que en los informes de interventoría no había mayor grado de detalle respecto de esas cantidades.

Sobre el presupuesto de Metrolínea S.A., al cual se refiriera en anterior ocasión el experto, dijo que correspondía a las actividades ejecutadas por el concesionario hasta lo que se ejecutó de obra, un resumen de cantidades cruzado con los precios unitarios que el Concesionario tenía para realizar este presupuesto. Al precisar el concepto de precios unitarios dijo que lo constituyen la evaluación económica de cada actividad que se realiza, incluyendo los materiales, la mano de obra y los insumos que cada actividad contiene, el declarante expresó que los precios unitarios referidos antes habían sido construido unilateralmente por Estaciones MetrolíneaS.A., y que la misión que se les había encomendado era corroborar que los precios fueran del mercado de la época, en

el año dos mil diez(2010), para lo cual los peritos utilizaron los sistema de precios unitarios elaborados por Construdata, y encontraron que las diferencias de precios eran pequeñas con relación a los tomados por Estaciones Metrolínea Ltda.

Para explicar la diferencia de precios unitarios entre los asumidos por el contratista y los establecidos por los expertos con base en la información suministrada por Construdata, la Ferretería Al Día y la información tomada de los informes de los contratos celebrados para la misma época por el gobernación de Santander, que según el peritazgo mostraba una desviación del 15%, por encima de las bases de datos y que en su declaración explicativa de la experticia afirma el experto que establecieron que la desviación estaba entre un 3% y un 5%, y que en ciertas actividades de pronto fue un poquito vagamente expresado, de acuerdo con el presupuesto, la comparación de los precios, unas actividades estaban de pronto un quince por encima, pero otras eran un diez, doce, catorce por ciento por debajo, entonces ciertas actividades no relevantes en el presupuesto general, dio como resultado que básicamente se equilibraban los precios con respecto al presupuesto presentado por el concesionario.

Para explicar la diferencia entre los valores absolutos suministrados en el año 2012 y los del 2014, manifestó el declarante que obedecía a la circunstancia de que para el 2014 ya tuvieron toda la información y se adicionó el valor del inventario; textualmente expresó que la diferencia de diez mil millones de pesos entre un informe y el otro, estaba en que

> "Por las obras que se soportaron con posterioridad al primer informe, sí, obras adicionales debidas al rediseño por la acción popular, deslizamientos de muros por la ola invernal, muros de contención zonas de protección en caissons, estas obras no habían sido tenidas en cuenta en el primer informe, ya para el segundo informe ya se presentan informes de interventoría, registros fotográficos en donde se puede establecer la veracidad de esas obras adicionales y son incluidas en este nuevo informe del año pasado;."

Indagado sobre el motivo por el cual en el informe del año dos mil doce (2012), dijo que varios ítems no pudieron ser evaluados por falta de información o por información completa y que sucedió al respecto en el informe del dos mil quince en la evaluación de esos ítems, contestó:

> "Básicamente se basan en cantidades de estructura en cuanto a excavaciones, caissons, que no habían sido tenidos en cuenta o no habían sido evaluados, porque la información llego posteriormente a la emisión del primer informe, pero estas cantidades adicionales obedecen más que todo a procesos

constructivos más que al diseño en sí, proceso constructivos y también incidentes de obras como deslizamientos de muros, el tema de la acción popular"

En cuanto a la justificación del procedimiento elegido para realizar las mediciones y establecer las cantidades de obra, el perito sostuvo que el procedimiento, fue el más adecuado, por cuanto no se intervino la parte de la cimentación precisamente porque el Patio Provisional estaba en operación de los buses del sistema, entonces en tal sentido obviamente existen otros tipos de ensayos y de mediciones pero ya destructivos, como son apiques donde se va a perder muy posiblemente... en donde se va a dañar lo que es la pavimentación por donde circulan los buses, por tal razón nosotros consideramos de que este era la forma menos perjudicial para la operación del Patio Provisional."

Adicionó su explicación el experto para precisar que no tuvieron para verificar sus tareas y establecer cantidades, registros de la Interventoría, dentro de un hito contractual; para este Patio Provisional se verificó como una obra ya entregada, con base en algún tipo de cantidades, únicamente recibimos unos planos y mediante un recibo por parte de Metrolínea de dicha obra para ponerla en operación, por tal motivo, información sobre alguna actuación sobre la interventoría no tuvimos.

Interrogado sobre cómo se había llegado a la determinación de los precios unitarios y si era usual las diferencias con los establecidos ex post, expresó que sí en cuanto a cantidades y como estas cantidades y los precios unitarios, estas tablas son apenas de referencia como es Construdata, esto es, son precios estándar; lo que es una precisión no la hay, por lo tanto se presume y por experiencias tanto en construcción, como interventoría, se admiten unos rangos o unas diferencias que no sobrepasen en el monto total de un 8, 10, 12% si, entonces en vista de lo anterior el resultado obtenido no alcanza al 8, 10% de diferencia, por lo tanto nosotros consideramos que es una evaluación normal y estándar donde no hay alteración de precios por encima o muy por debajo.

El Tribunal inquirió del perito explicación sobre cómo determinaron los precios unitarios para la obra objeto del contrato M-LP-001-2008, dado que los informes de Construdata no abarcan a Bucaramanga y el requerido dijo que "lo que pasa es que estas tablas únicamente relacionan, estas cuatro ciudades, entonces nosotros sacamos un promedio

de dichos costos de los insumos de las cuatro ciudades y lo aplicamos al proyecto". A una inquietud formulada por el Tribunal el declarante sostuvo que tuvieron ocasión de examinar el presupuesto y los soportes de ese presupuesto de Estaciones Metrolínea con relación a las cantidades de materiales, de personal, adquisición de equipos, etc. a que refieren esos estimativos de sus estudios los APUS, o sea los análisis de precios unitarios que utilizaron para la elaboración de dicho presupuesto. Dijo que del resultado utilizado de la evaluación pueden obtenerse unos precios precisos, de las compras que hizo el concesionario, si no fue una evaluación a nivel nacional como lo había ya expresado, y explica de los precios que presentaba las cartillas de Construdata para esa época, por lo tanto y como el resultado dio una equivalencia, o sea, sostuvo, no es un resultado preciso.

A una pregunta de la señora Agente del Ministerio Público sobre si los precios de Construdata podían variar, contestó: "Puede que sí, o sea no es lo mismo comprar trescientas toneladas de cemento, que comprar treinta." La señora representante del Ministerio Público indagó si el presupuesto entregado por la Concesionaria se refería a la finalización del Patio Portal**,** y respondió que sí porque el Patio Provisional se entregó y se puso en operación y las obras de la cañada el Recreo ya se habían terminado también. A otra pregunta de la señora Procuradora Delegada, manifestó que no se efectuaron comparaciones entre el presupuesto previsto o proyectado para la totalidad de la obra, pues únicamente se hizo la evaluación de lo que estaba ejecutado, y, absolviendo otra pregunta formulada por el Tribunal, explicó que la diferencia final entre el presupuesto que les fue entregado por Estaciones Metrolínea Ltda., el valor estimado por los peritos, dijo que hubo diferencia al final de la evaluación, una diferencia mínima, "creo que de unos quinientos millones de pesos, con relación a los sesenta y nueve mil millones de pesos"

iii) **<u>Peritaje técnico de Implantación de Movilidad Sostenible Ltda</u>**

La "Experticia de Implantación" se elaboró por Movilidad Sostenible Ltdaa solicitud de la Convocante, versa sobre la el cronograma de implantación del sistema Metrolínea, infraestructura, componentes,fases, etapas, evolución, deficiencias y el impacto en el

Contrato de Concesión. A ella referirá en particular el Tribunal al decidir las pretensiones sobre el riesgo de implantación.

En su declaración el experto Wilmer Pipicano Chicangana, representante de la Sociedad Movilidad Sostenible Ltda., que rindió el dictamen de parte denominado "Experticia De Implantación" , manifestó:

> *"El desarrollo de la experticia realizada por la sociedad que representa arrojó como resultados que el hecho de no haber logrado los estándares de captación de demanda, y en consecuencia el éxito en el funcionamiento del sistema de transporte integrado se debía fundamentalmente a factores como la inapropiada implatacion del sistema, toda vez que el mismo de acuerdo con lo comparado en los documentos conpe, no se había puesto en marcha en los tiempos determinados y bajo los parámetros de cobertura que los usuarios requerían. En ese sentido y en relación con el tema de los patios provisionales y los definitivos, estos últimos necesarios para el funcionamiento del sistema de transporte, determinó que los mismos estaban comprendidos en su ejecución por un término prudencial de un (1) año. Es decir, la provisionalidad de un patio, se mide por el tiempo en que tardaría la construcción del patio definitivo, el cual de acuerdo con los estudios realizados a los documentos conpes, en relación con la implantación del sistema, tarda entre seis (6) y ocho (8) meses, y tal implementación juega un papel definitivo en el desarrollo adecuado del Sistema de Transporte Integrado."*

Frente a la pregunta realizada al perito por el apoderado de la convocada, en la que se cuestionó si una operación completa o definitiva del sistema, garantiza la demanda prevista, este relató:

> *"En la estructuración de un nuevo sistema, estos sistemas tiene componentes importantes del servicio, talse como, que los elementos que están, estén funcionando en los tiempos adecuados, constantemente; así mismo que las infraestructuras estén completas, que el sistema de recaudo esté funcionando, y que la flota de vehículos destinada a la prestación del servicio sea la adecuada en las condiciones adecuadas. Y señaló que, para que la flota vehicular esté bien se necesita de un buen patio, con el que se garatice el mantenimiento, que haya un organismo de gestión que está definiendo la operación y garantizando la operación, todos esos componentes, son los que hacen que el sistema trabajé como está pensado para un nivel, para unas expectativas de los usuarios."*

iv) **Peritaje contable de Jegga Accounting House Ltda.**

Cuantifica los costos administrativos asociados e incurridos en el proyecto para *"la construcción de la Estación Cabecera y los Patios de Operación y Talleres de Floridablanca del Sistema Integrado de Transporte Masivo del Área de Bucaramanga"* por años 2009, 2010, 2011 y hasta el 12 de octubre de 2012, fecha en la cual se terminó anticipadamente el contrato en la suma de $11.320.573.161, conformados por $4.319.977.899 del Consorcio EM y $7.000.595.262 de Estaciones Metrolínea Ltda; los costos financieros totales del Concesionario para el desarrollo del proyecto a septiembre 30 de 2014, en la suma de $43.187.062.541,22, entre el 13 de octubre de

2012 y el 30 de septiembre de 2014, ena la suma de $2.159.565.422, conformados por $85.968.899 pagados por el Consorcio EM; $1.252.037.440 realizados directamente por Estaciones Metrolínea Ltda y $821.559.083 de los pagos efectuados por el Patrimonio Autónomo - Fideicomiso Estaciones Metrolínea Ltda., bajo las instrucciones y por cuenta de Estaciones Metrolínea Ltda; los costos de operación del patrimonioa autónomo a septiembre 30 de 2014, arroja la suma $2.507.689.479; los valores pagados por Metrolínea S.A. a Estaciones Metrolínea Ltda ascienden a la suma de $17.909.005.225 hasta el 26 de septiembre de 2014; y el pagado al Interventor del Contrato de Concesión por la suma de $ 3.717.916.928, conformados por $1.794.856.448 pagados directamente por Estaciones Metrolínea Ltda y $ 1.923.060.480 pagados por el Patrimonio Autónomo - Fideicomiso Estaciones Metrolínea bajo las instrucciones y por cuenta de Estaciones Metrolínea Ltda.

En la contradicción al dictamen pericial denominado "Experticia Contable" rendida por Jegga Accounting House Ltda., representada en la diligencia por el señor Eduardo Jimenez Ramirez, manifestó al Tribunal de Arbitramento:

> *"De su trabajo como perito contable tuvo acceso a todos los soportes de contabilidad que llevaba en registro la sociedad Estaciones Metrolínea Ltda., así mismo que la experticia presentada obedeció a un análisis en conjunto de los documentos contables de la sociedad, todos ellos correspondientes a dieciocho mil quinientos soportes, los cuales fueron contrastados con la contabilidad llevada por la sociedad Estaciones Metrolínea.*
> *Señaló que se presentaron algunos inconvenientes relacionados con algunos recibos de caja menor, de los cuales no obraban soporte, pero aclara que los mismos no se tuvieron en cuenta al momento de ejecutar la experticia contable, así mismo manifiesta que estos no fueron sustanciales o de relevancia material para el desarrollo de la experticia solicitada.*

En respuesta a la pregunta formulada por el apoderado de la convocada, en referencia a la contabilidad llevada por la sociedad Estaciones Metrolínea Ltda., contestó lo siguiente:

> *"Era una contabilidad bien llevada y organizada."*

Ahora, en cuanto al análisis de la experticia presentada y en referencia los costos administrativos relacionados en la misma, le señaló al tribunal:

> "*El estudio de estos costos administrativos en los asientos contables hizo referencia a los costos de personal con todos sus gastos asociados como seguridad social, vacaciones, cesantías entre otros, arrendamientos, honorarios, pólizas, vigilancia, servicios públicos, dotaciones, cajas menores, utensilios y equipos de oficina, viáticos, sin incluir los costos directos correspondientes a la construcción, aclarando con posterioridad que dentro de los resultados arrojados en virtud de este cuestionamiento se*

incluyeron los costos de fletes y acarreos de cable y formaleta, por cuanto era costos directos del transporte de un cable y formaleta, más no se trataba del costos directo del cable y la formaleta, sino el transporte de acarreos de ese cable y formaleta, por consiguiente se consideró como un costo administrativo."

Frente a la inclusión dentro del estudio realizado de los valores cancelados por concepto de desbalance por parte de Metrolínea S.A. a Estaciones Metrolínea Ltda., manifestó que:

"Soportó el estudio de estos valores en una certificación expedida por la Fiduciaria que corresponde ese once punto setenta y cinco (11.75%), y que los señala como desbalances de pagos que presentó el contrato de concesión."

v) **Peritaje financiero de IKON BANCA DE INVERSION S.A.S.**

Con la demanda Estaciones Metrolínea Ltda, presentó prueba pericial elaborada por IKON BANCA DE INVERSION,, S.A.S., sobre los aspectos financieros del Contrato, para lo cual se basó en los datos de las experticias técnica, contable y de implementación; considera los costos incurridos por el concesionario en dos conceptos, los correspondientes a la Interventoría (ValInt de la fórmula escogida), y los demás costos (InvCons),que incluyen los costos directos asociados a la construcción realizada, y los derivados de las demás , dentro de los cuales se incluyen los costos financieros.

Para establecer el costo del endeudamiento financiero el perito considera los intereses que deben pagarse por él, y el costo del capital aportado cuyo costo principal es el costo de oportunidad de capital, que corresponde a la remuneración mínima esperada por el aportante de capital.

El costo asociado a la Interventoría, hasta octubre de 2012, lo fijó en la suma de $ 3.972.708.669, que actualizada al 15 de agosto de 2014, fecha de la presentación de la demanda, corresponden a $ 4.165.107.528. Con base en el peritaje Técnico de CAL Y MAYOR, calcula el costo directo de la obra, que actualizado a octubre de 2012, da un total de $ 79.453.635.387, y que actualizado al 15 de agosto de 2014, corresponden a $ 91.564.906.643. Los costos de administración y operación, calculado con base en el peritaje contable, hasta octubre de 2012, alcanza la suma de $ 11.320.573.161., que actualizados hasta el 15 de agosto de 2014, corresponden a $ 12.689.502.177. Los costos financieros de la deuda con base en el peritaje contable, suman $

28.923.176.472., y el costo de oportunidad del capital $ 7.295.592.978. El valor total pagado por Estaciones Metrolínea. Ltda., tuvo un total de $ 140.149.668.454, que actualizados al 15 de agosto de 2014, corresponden a $ 167. 802.419.859.

Para surtir la contradicción del peritazgo rendido por IKON BANCA DE INVERSIÓN S.A.S. fue citado a dar las explicaciones y responder las cuestiones pertinentes el Ingeniero responsable del mismo dictamen, FRANCISCO ALBERTO GÓMEZ BARRAGÁN, de cuyas manifestaciones se hace el siguiente resumen por el Tribunal. En primer lugar informó que no tuvo en cuenta para la preparación de su pericia el modelo financiero que hubiere considerado ESTACIONES METROLÍNEA LTDA, pues el objeto de su examen financiero no era tanto examinar un proyecto, sino verificar lo que había sucedido en el desarrollo del contrato hasta su terminación anticipada y por eso se basó en los peritazgos de CAL Y MAYOR, de JEGA ACCOUNTING HOUSE y en el que versaba sobre la Implementación del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Bucaramanga, preparado por Wilmer Pipicano Chicangana y afirmó que, en este momento, el modelo de estructuración es diferente al modelo financiero, y que como el modelo de estructuración no le pareció relevante para la utilidad, se basó en los datos del perito técnico. Dijo que la fórmula de liquidación del contrato contenida en la Cláusula 64.2 incluye todos los costos, incluso los derivados de la financiación del proyecto de obra objeto del Contrato M-LP-001-2008, es decir, los costos directos asociados a la construcción, los costos de operación y los costos financieros.

> *"No le era relevante tener en cuenta este estudio toda vez que su función como perito estaba encaminada a analizar y estudiar la realidad de lo ocurrido basándose en la realidad de los aportes que efectivamente realizó la empresa y en la situación del proyecto como tal, en consecuencia, no tenía por qué entrar a estudiar a su parecer las meras expectativas, toda vez que las preguntas formuladas para su peritaje estaban encaminadas a detallar la realidad dentro de una fechas específicas, de una situación particular que acaeció."*
> *"Dentro del estudio realizado de la cláusula 64.2, establecida por las partes para la liquidación del contrato, no se tuvo en cuenta el elemento de los dineros recibidos por Estaciones Metrolínea Ltda., en calidad de participación de la tarifa que cancelaban los pasajeros del sistema, toda vez que este valor no se encontraba contemplado dentro de los cuatro elementos que contemplaba la cláusula referenciada anteriormente. Señala que al remitirse a la fórmula que está plasmada en el contrato, y la cual hizo parte de su calculo, esta tiene cuatro ítems: el valor de la interventoría, las inversiones de construcción, las multas y la cláusula penal, determinando que ninguno de estos cuatro elementos estudiados en el peritaje presentado, tiene dentro de su definición el concepto de remuneración pactada en relación con la tarifa de los usuarios. Declaró que las multas que fueron canceladas efectivamente a Estaciones Metrolínea Ltda., tampoco fueron tenidas en cuenta de cara al estudio de la cláusula 64.2., y que actualmente, y para efectos del estudio de la cláusula no se encontraba en firme ninguna multa, como para que fuesen tenidas en cuenta."*

Al reiterar que después de la etapa de construccion se iniciaría la de remuneración en la cual el concesionario percibiría una participación de la tarifa multiplicada por los pasajeros que ingresaran al sistema durante un lapso, hasta alcanzar el ingreso esperado y que ESTACIONES METROLINEA., LTDA., recibió la remuneración convenida hasta la terminación prematura del contrato, ingresos que no están incluídos en la fórmula. En cuanto a las multas manifestó que no se tendrían en cuenta para efectos de la liquidación, como tampoco lo recibido por el Contratista a título de remuneración; las primeras porque se habían ido descontando del ingreso y, los segundos por no estar contemplados en la fórmula. Sobre los costos manifestó que los que están relacionados con la adquisición de los insumos y los que están relacionados con el pago de estos gastos de administración, tienen un costo financiero y este costo financiero es una de las actividades que el concesionario tiene que incurrir para poder asegurar el cumplimiento de su contrato. Esos tres elementos son los que están considerados dentro del valor de IVCONS con la salvedad que el costo de financiación se divide en dos, el costo de financiación y el costo del capital. Así mismo dijo que el índice de actualización de las fuentes que provienen del mercado financiero y las fuentes que provienen por el aporte directo de los accionistas o inversionistas del contrato, es, para los que provienen del mercado financiero, la tasa de interés; en el caso de los costos de capital el índice de actualización es el costo de oportunidad de capital el índice de actualización es la tasa de interés, y argumentó que, por lo tanto, dijo, se tiene que los costos que hacen parte de este concepto de la formula son el costo directo de la obra, el costo de la administración y los dos tipos de costo financiero, el de bancos y el de capital.

Asintió a la pregunta de la Convocada en cuanto a si, a su juicio, los costos de oportunidad del capital, formaban parte de las actividades que realizó el concesionario durante la etapa de construcción y aseveró que el costo y el costo de endeudamiento son una actividad. Al explicar la diferencia entre el índice de precios al consumidor y el de la construcción, se detuvo en señalar que los costos de financiamiento también tienen que actualizarse, en el caso de costo de la deuda, el índice de actualización es la tasa de interés, en el caso de los costos de capital el índice de actualización es el costo de oportunidad de capital. Al requerimiento de la Convocada para que explicara el origen, alcance y fundamento de la metodología CAPM, utilizada en su experticia para

calcular las rentabilidades esperadas por los inversionistas, refirió que es una metodología que se ha venido desarrollando desde tal vez principios del siglo pasado, desde más o menos 1930, después de la gran crisis de 1929 para buscar métodos que permitieran poder realizar una valoración adecuada sobre las rentabilidades que debía esperar un inversionista al realizar unos aportes en un negocio, y superar la subjetividad del retorno esperado, y estandarizar una medida para que todos los inversionistas independientes de esa subjetividad, puedan comparar una tasa de retorno o una rentabilidad; de ahí que la fórmula se componga de dos elementos, uno la tasa libre de riesgo, y dos, tomando en cuenta los riesgos que se asumen, se establecen unos índices, estos índices miden la utilidad, y estos factores que mezclan todo lo que sucede en el mercado bursátil, es lo que compone la segunda parte de la formula, que es la expectativa de retorno del mercado.

Y la tasa mínima de riesgo es lo que el perito llama, la ARFR, la tasa libre de riesgo, más un streep que es la tasa de riesgo asociada al sector en el que se está haciendo las inversiones. La tasa de retorno se determina con base en la información que existe en el mercado financiero y en la bolsa en el área principalmente sobre los streep de la tasa de los bonos del mercado de los Estados Unidos a veinte años, las variaciones de las empresas del sector de transporte que cotizan en la bolsa de Nueva York y la tasa libre, la tasa general del mercado de la bolsa de Nueva York, todo esto con información recopilada por el señor Aswath Damodaran, que es profesor de la Universidad de Nueva York - NYU, y que hace una recopilación de todas estas cifras y las publica en una página de internet, estas cifras, están sustentadas precisamente en la información pública que emana todos los días de la bolsa de Nueva York., precisó que fuentes de información nacionales no se tienen en cuenta, porque el acceso a la información de estas entidades, de estas las empresas nacionales, es muy pobre, dado que no están obligadas a reportar este tipo de información de los precios de las acciones, entre otras razones porque son muy poquitas las empresas de transporte que cotizan en bolsa de valores y la bolsa de valores es la que determina el cálculo de la tasa de riesgo del sector de transporte.

El perito financiero manifiesta con relación a las preguntas uno y cuatro del temario propuesto por la Concesionaria, que la base de la pregunta 1 es una base de datos

reales, mientras que la base de la respuesta a la pregunta cuatro es un supuesto con fundamento en la implementación perfecta del sistema, de acuerdo los datos obtenidos de la pericia sobre implementación, supuesta una implementación perfecta. Justifica la falta de consideración de otros factores de disminución del número de pasajeros en su ejercicio en el hecho de que los cálculos hechos para la licitación se han usualmente castigados y revelan un supuesto más bien conservador sobre el número de usuarios.

A un interrogante de la demandada, respondió que se trabajó para absolver la pregunta cuatro, sobre un supuesto, a diferencia de la pregunta número uno, respecto de la cual se trabajó sobre datos reales. Frente a la suposición de que se tomaran en consideración, para remunerar al Contratista, las cantidades establecidas en la respuesta a la pregunta No.1 (costos de las obras), más las sumas establecidas en el escenario A, de la pregunta 4, (ingresos dejados de percibir por ocurrencia del riesgo de implantación del Sistema de Transporte Masivo de Bucaramanga), podría ocurrir un doble pago, y si además de eso se le pagaran las sumas recibidas a título de remuneración, habría un triple pago.

Indagado el perito acerca de si para calcular la utilidad que habría obtenido Estaciones Metrolínea Ltda., tuvo por base los ingresos esperados de $ 329.213.097.000, manifestó que sí, por ser un ingreso en cierto modo garantizado. También sostuvo el experto que para que el Contratista llegara a un punto de equilibrio sería necesario que se le pagara los ciento cuarenta y nueve mil millones, que se consignan en la tabla número uno de la página diecisiete, actualizados a la fecha de pago, con lo cual recuperaría todos sus costos.

> *"Este hacia referencia en su estudio financiero a aquello que también se conoce en términos financieros como punto de equilibrio, es decir, una recuperación de todos los costos en los que incurrió el concesionario, tales como los costos de obra, los costos de operación, los costos de financiamiento entendidos como el financiamiento bancario y el costo de capital, en consecuencia esa recuperación de costos con esos índices, es un punto de no pérdida, ó también se entendería como un punto de no ganancia."*

Refiriéndose al riesgo de la demanda que debería asumir la concesionaria del contrato, expresó:

"Este riesgo únicamente empieza a ser asumido por el concesionario una vez la implantación haya sido realizada según como está previsto en el documento o en los documentos de estructuración del sistema."

Para concluír, el valor de los costos establecido en la respuesta a la pregunta uno, más valores los sesenta y cuatro mil están después de los ciento sesenta y siete mil millones de pesos, daría un punto donde Estaciones Metrolínea Ltda., recuperaría los costos como lo dijo en la respuesta a una pregunta anterior y tendría la utilidad estimada que se había previsto originalmente.

El perito manifestó que si se adiciona a la utilidad esperada, $24.286.244.661, (pregunta 7), el valor de los costos totales $ 167.802.419.859, (pregunta 11), más el valor de ingresos dejados de percibir. $53.766.198.073 –escenario A-, o $35.018.127.585, -escenario B-, más los ingresos recibidos durante la ejecución del contrato, (pregunta 4), éstos constituirían una utilidad adicional, pues estos se estarían contando dos veces, pues hacen parte de la utilidad estimada y explica así su respuesta en cuanto afirma que habría una utilidad adicional: Como se plantea la cuestión, se estarían contando dos veces porque estos ingresos ya hacen parte del segundo elemento que se utiliza, que es la utilidad estimada, el que plantea cuatro, cuatro elementos, el elemento de costos asumidos hasta la fecha que es el que está en la pregunta número once, por ciento sesenta y siete mil millones, ($167.802.419.859), el elemento de la utilidad esperada de la pregunta número siete y después suma los costos de recibidos que no están en ninguna parte, pero hacen parte del cálculo de la pregunta número cuatro y los cincuenta mil millones de pesos de la pregunta número cuatro, en el punto número dos, donde se calcula la utilidad, la utilidad viene, de tomar los ingresos totales, menos estos costos, entonces estarían contemplados doblemente por ese lado. Reitera que la tasa establecida en la respuesta a la pregunta número 8 para el crédito sindicado es una tasa de mercado, en función de los riegos anejos al sector. Considera el perito que por cuanto el riesgo de demanda surge con posterioridad a la implantación del sistema, eso quiere decir que nunca habría lugar a que se afecte la demanda por factores diferentes a la implantación hasta tanto ella no esté completamente ejecutada. A una pregunta formulada por la señora Agente del Ministerio Púbico, el perito afirmó que la utilidad esperada del contrato, depende de los dos factores: la ejecución total del contrato pero también que se haya implementado el sistema en su totalidad. Sobre la indagación de

por qué motivo se asumió un costo de noventa y ocho mil millones y se asumió también, que la remuneración esperada eran trescientos veinte mil millones de pesos, respondió que la necesidad de obtener la financiación de recursos del contratista y del sistema financiero hace que se establezca el costo inicial del proyecto, recuperables en los dieciocho años de duración de la etapa de remuneración , en la línea del tiempo previsto para que se amortizara esa inversión y esa financiación.

En este orden de ideas, el Tribunal deja sentado que los dictámenes periciales aportados por METROLÍNEA S.A. y ESTACIONES METROLÍNEA LTDA. reúnen las bases idóneas para orientar la decisión en varios de los puntos establecidos por los expertos en la materia, presentados con soportes y análisis razonados, de modo que en lo que tiene que ver con la cuantificación económica discutida por las partes, temas frente a los que las experticias versan sobre especiales aspectos científicos sobre los que el concepto del juez requiere de su sustento, a ellas se acudirá para guiar el criterio decisorio.

IV. LAS PRETENSIONES DE LAS DEMANDAS Y LAS EXCEPCIONES.

Las pretensiones incoadas en las demandas y las excepciones interpuestas en su contra serán decididas temáticamente en conjunto, al servirse de unas mismas consideraciones por su conexidad indisociable.

1. Pretensiones y excepciones relativas a la clase o tipo de contrato.

Entre las partes existe disparidad respecto del tipo contractual celebrado. Para la Convocante el Contrato M-LP-001-2008 suscrito el 18 de noviembre de 2008 es contrato de concesión, y según la Convocada, de obra pública.

La Convocante solicita declarar la celebración entre METROLÍNEA S.A. y ESTACIONES METROLÍNEA LTDA, de un contrato de CONCESIÓN M-LP-001- 2008 del 18 de noviembre de 2008. La parte demandada al oponerse a la demanda arbitral principal reformada, interpuso la excepción denominada “El Contrato M-LP-001-2008 tiene naturaleza de contrato de obra pública y no de concesión de obra pública, lo cual implica

que sólo pueden reclamarse los costos directos y los costos administrativos necesarios para la ejecución de las obras", y en la pretensión primera de su demanda de reconvención pidió declarar "que el Contrato M-LP-001-2008 celebrado entre Metrolínea S.A. y Estaciones Metrolínea Ltda. con fecha 18 de noviembre de 2008, cuyo objeto es la construcción de la Estación de Cabecera y los Patios de Operación y Talleres de Floridablanca, es un contrato de obra pública". A este respecto acentúo la carencia de autonomía del contrato de concesión de obra pública bajo el anterior estatuto de contratación administrativa al preverlo como una especie del contrato de obra pública sin consagrar dentro de sus elementos esenciales la explotación del bien construído, ni diferenciarlo de ésta salvo por la forma de la contraprestación o retribución a favor del ejecutor del trabajo material de construcción, restauración, ampliación o demolición por su cuenta y riesgo, pagada con el recaudo de lo cancelado por sus usuarios o en conjunto con otros sistemas de pago (artículos 82 y 102 del Decreto Ley 222 de 1983). A contrariedad, dice, el artículo 32 de la Ley de 1983, reguló la obra pública y la concesión de obra como contratos autónomos, diferentes e independientes, cada uno con sus elementos estructurales. Caracteriza el primero, la ejecución de un trabajo material sobre bien inmueble por cuenta de la entidad pública, independientemente de la forma de pago pactada en ejercicio de la autonomía de la voluntad que puede consistir en la cesión del recaudo de un tributo o de los recursos generados en el tiempo de la explotación de una obra pública por la entidad (artículo 32-1 de la Ley 80 de 1993), y el último, la ejecución de un trabajo u obra por cuenta, costo y riesgo del concesionario, a quien se remunera no por un precio pagado, sino con el derecho a su explotación durante un término para amortizar el capital, obtener intereses del mismo, cubrir los gastos de explotación, conservación, personal y locales (artículo 32-4 de la Ley 80 de 1993), es decir, según la jurisprudencia administrativa y arbitral, para su existencia es necesaria la construcción, puesta en funcionamiento y particularmente la explotación económica de la obra por el concesionario para generar ingresos, recuperar sus costos, réditos, inversiones y obtener la ganancia esperada o en otros términos son sus elementos esenciales "*(i)* el diseño y construcción de la obra que a futuro debe ser explotada económicamente, y *(ii)* el mantenimiento, operación y explotación de esa misma obra, como forma de remuneración. Si alguno de los dos elementos no está presente, estaremos frente a un tipo contractual diferente a la concesión de obra pública".

En su sentir, la explotación de la obra ejecutada por el concesionario implica la operación, puesta en funcionamiento de la infraestructura y disposición a los usuarios para su ocupación, utilización, uso o aprovechamiento para generar los recursos integrantes de la retribución, independiente de la forma de financiación pactada o de la distribución de los riesgos. Por esto, faltando la explotación directa de la obra por el concesionario, aún acordado su pago con la cesión del recaudo de la valorización, en casos similares se ha calificado de obra pública el contrato, no obstante habérsele denominado por las partes como concesión de obra pública. [111]

Metrolinea S.A., hace énfasis en que la forma de la remuneracion no es elemento esencial del contrato de concesión de obra pública y en ello tiene razon, pero no puede dejarse de lado que, al fin de cuentas la operación del sistema no es actividad propia del concesionario de la ejecucion de la obra y por ello la vinculación de las obras ejecutadas hacía parte dentro de la concepcion del Sistema de kas cargs de los oprdos, y del procudio de la explotacion del sistema se transfería el 11.75% de la tarifa recaudada al constructor para remunrarle el valor invertido en el objeto contrual del cual se lo encargó. . por lo que, en ultimo término, se le remuneraba con la explotacion del servicio. Por lo demás el articulo 32-4 de la ley, en lo que a la concesión de obra pública se refiere, no exige que se encargue al concesionario de la explotación de la obra, pues el texto emplea la disyuntiva “o” para separar las las actividades prias de los distintos tipos de concesion y la actividades conexas con la concesión. Así, la concesion de un servicio publico es distinta de la concesión para la ejecución de una obra pública o la explotación de un bien del estado.

En la cuestión litigiosa, afirma,el Contrato M-LP-001-2008, nominado como de concesión de obra pública, presenta falencias o vacíos en uno de sus elementos esenciales, al no incluir el mantenimiento, operación y/o explotación de las obras construidas, sino la entrega de las obras públicas una vez finalizadas a través del mecanismo llamado por

[111] Cita al Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 7 de marzo de 2007, expediente 11.542. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de marzo de 2010, expediente 14.390; a Tribunal de Arbitramento de *Transatlántico S.A.* contra *Transmetro S.A.S.* Laudo arbitral de 10 de diciembre de 2014, y Tribunal de Arbitramento de *Consorcio Vial Isla Barú* contra *Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y Departamento Administrativo de Valorización Distrital de Cartagena de Indias*. Laudo arbitral de 4 de marzo de 2013.

las partes "reversión" (cláusula 30), *"que no corresponde estrictamente a la cláusula de reversión prevista en el artículo 19 de la Ley 80 de 1993, sino a un puro y simple recibo de una obra pública".* Esto es nitído al observar las actividades asignadas en la cláusula 18 al Contratista, "que son las que permiten definir la verdadera naturaleza del contrato celebrado", pues no obstante su objeto (cláusula 3), se limitan a revisar, verificar y ajustar los diseños, elaborar los faltantes, adoptar los suministrados para las obras de construcción de la Estación de Cabecera y los Patios de Operación y Talleres de Floridablanca", y entregar las obras ejecutadas a satisfacción, pero "en cuanto a los elementos de mantenimiento, operación y explotación del objeto contractual, en ninguna parte de la definición se obliga el Contratista a operar las mencionadas obras públicas ni tampoco a explotarlas económicamente, lo que llevaría a concluir por exclusión que la explotación económica de los diseños y construcciones fue materia de reserva por parte de Metrolínea, y que como tal, ya no se estaría en un contrato de concesión sino ante uno pura y simplemente de obra pública".

Lo anterior, concluye, tipifica un contrato de obra pública a precio global o alzado por no discriminar las cantidades de obra a ejecutar y que METROLÍNEA sólo debe pagar una suma única y global por la ejecución íntegra de la obra pública contratada, es decir, su retribución será únicamente los costos incurridos para la construcción de la obra parcialmente ejecutada "*a la realidad del mercado existente para el momento de la ejecución de los trabajos", o sea, " (i) el valor, a precios de mercado, de los costos directos en que incurrió el Contratista, y (ii) el valor de los costos administrativos necesarios para la ejecución de las obras",* descontando las sumas pagadas con durante la ejecución del contrato so pena de desconocer el patrimonio público (artículos 88, 209 y 267 de la Constitución Política) y originar una donación prohíbida a un particular, (artículo 355 de la Constitución Política), y sin incluir otros conceptos asociados a la financiación del proyecto, costos de oportunidad de los aportes, ni cualquier otro costo financiero o indirecto, porque el contratista asumió el riesgo financiero (cláusula 22.9), y ello originaría un "enriquecimiento sin justa causa (artículo 831 del Código de Comercio)" al recibir una remuneración por actividades ajenas a la construcción de obra con quebranto de los fines de la contratación estatal, límites legales de los pactos y manejo de recursos públicos (artículos 3º, 40 y 26-4 de la Ley 80 de 1993).

En su alegato de conclusión, indica que la calificación del contrato depende de los elementos pactados y no de la simple denominación dada por las partes [112], quienes no pueden cambiar su naturaleza jurídica con la asignación de su nombre, por lo cual "*el hecho de que Metrolínea en la fase de planeación y en buena parte de la ejecución del Contrato lo hubiera calificado como un contrato de concesión no quiere decir que efectivamente tenga ese carácter"*; memora los antecedentes normativos del contrato de concesión, diferencias con el contrato de obra pública, sus modalidades, y precisa que en la concesión de obra pública es menester no sólo construir la obra sino ponerla en funcionamiento, explotarla y obtener ingresos para pagarse la inversión[113], su elemento diferencial según la jurisprudencia *"… no es la construcción de la obra sino la explotación de la misma, que deberá estar asociada al menos a la conservación de ella o a su ampliación o mejoramiento"*[114], o sea, la explotación de la obra, no la "*forma de pago*" [115], que es amplia, y señala:

> "De acuerdo con las anteriores explicaciones, el contrato de concesión de obra pública y el contrato de obra pública tienen en común que: *(i)* como parte de su objeto se encuentra la ejecución de trabajos materiales sobre bienes inmuebles por cuenta de una entidad estatal y, *(ii)* existe una libertad negocial muy amplia para determinar la forma de remuneración por parte del contratista. La diferencia entre uno y otro tipo contractual radica en la existencia o no de obligación de explotación económica de la obra: en el contrato de obra pública, la obligación principal del contratista será la ejecución de un trabajo material sobre un inmueble a cambio de la remuneración pactada; mientras que en el contrato de concesión de obra pública, además de dichas actividad y remuneración, el concesionario deberá proceder a ejecutar la operación y explotación de la obra pública desarrollada". [116]

Por su objeto, obligaciones (cláusula 18), etapas de preconstrucción, construcción, reversión y remuneración (cláusulas 27 a 31), definiciones (cláusula 2), cálculo de la

---

[112] Cita Corte Suprema de Justicia, sentencias del 9 de septiembre de 1929, G.J., tomo XXXVII, p. 128. Y sentencia de 19 de diciembre de 2011, expediente 11001-3103-005-2000-01474-01 y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 22 de noviembre de 2012, expediente 38.124; sentencia de 13 de junio de 2013, radicación 23.730

[113] Cita al Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 7 de marzo de 2007, expediente 11.542.

[114] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de marzo de 2010, expediente 14.390. Tribunal de Arbitramento de Sociedad Tratamiento Integral de Residuos Sólidos S.A. E.S.P. – TIRSA S.A. contra el Distrito de Cartagena. Laudo arbitral de 11 de marzo de 2005.

[115] Tribunal de Arbitramento de Consorcio Vial Isla Barú contra Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y Departamento Administrativo de Valorización Distrital de Cartagena de Indias, Laudo de 4 de marzo de 2013.

[116] Cita al Tribunal de Arbitramento de Transatlántico S.A. contra Transmetro S.A.S. Laudo arbitral del 1 de diciembre de 2014: *"En conclusión, a partir de todo lo hasta aquí explicado para el Tribunal es clara la diferencia que existe entre el contrato de obra pública y el contrato de concesión de obra pública: En el contrato de obra pública, la actividad del contratista debe limitarse a la ejecución de un trabajo material sobre un bien inmueble a cambio de un precio, el cual puede incluir cualquier modalidad de pago (abono con presupuesto público o cesión de una tarifa), independientemente de que su ejecución sea financiada por el contratista; en cambio, en el contrato de concesión de obra pública la actividad del contratista se concreta no simplemente por la ejecución de un trabajo material sobre un bien inmueble**, **sino en la operación y explotación económica de esa obra pública, siendo ésta su objetivo y finalidad**, independientemente de que la remuneración consista en el producto de esa explotación económica, en la cesión de una tarifa o de un tributo o en el pago directo con cargo al presupuesto público"*

remuneración (cláusula 51), asignación de riesgos usuales en la contratación (cláusulas 18, 21 y 22), estima que el Contrato M-LP-001-2008 es un contrato de obra pública y no un contrato de concesión porque Estaciones Metrolínea no tenía a su cargo la explotación económica del bien construido, y concluye:

> "Con base en el anterior análisis de las correspondientes cláusulas contractuales, puede concluirse que el objeto y alcance del Contrato se limita a las actividades de revisión, ajuste y complementación de estudios y diseños; elaboración de diseños definitivos; construcción de la Estación de Cabecera y los Patios de Operación y Talleres del Sistema Metrolínea, y la financiación del proyecto con recursos del contratista. Lo anterior evidencia que en ninguno de sus apartes el Contrato previó la actividad de operación o explotación de la infraestructura a ser construida.Por el contrario, lo pactado da cuenta de que el objeto del Contrato es simplemente la ejecución de un trabajo material sobre un bien inmueble por cuenta de Metrolínea, con algunas actividades conexas como la revisión de estudios y diseños y la elaboración de ingeniería de detalle, actividades que serían remuneradas con un porcentaje de lo recaudado por concepto de tarifa por la explotación del servicio prestado por Metrolínea y sobre el cual no tenía influencia Estaciones Metrolínea. Lo anterior, hasta el punto de que la suspuesta reversión se daría con anterioridad a la remuneración, lo que pondría a este pretendido contrato de concesión en la absurda posición de una *"reversión"* que precede a la *"explotación económica"*.
>
> "En ese orden de ideas, en aplicación de los elementos diferenciadores del contrato de concesión de obra pública y el contrato de obra pública, no cabe la menor duda de que el Contrato celebrado entre Metrolínea y Estaciones Metrolínea, que es objeto del presente proceso arbitral, es un contrato de obra pública y no uno de concesión de obra pública. Como una conclusión ulterior, se pone de presenta al Tribunal que existen precedente arbitrales que reconocen que un contrato con características casi idénticas al del caso concreto, a pesar de denominarse de concesión de obra pública es en realidad un contrato de obra pública. En efecto, en otro Tribunal de Arbitramento, para el caso del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Barranquilla, se determinó con base en fundamentos casi idénticos a los aquí expuestos que un Contrato sin explotación económica al interior Sistema de Transporte Masivo y con una devolución de los bienes para ser explotados por la entidad, es un contrato de obra pública[117]. Lo anterior, pues la explotación económica es el elemento que diferencia estos dos contratos, y el porcentaje sobre la tarifa no es sinónimo de explotación económica, sino de una forma especial de remuneración del Contrato de Obra pública, la prueba definitiva de ello es que la entrega, supuesta "reversión", se da antes de la remuneración, supuesta "explotación"."

La parte Convocante al replicar la excepción solicitó denegarla, y al contestar la demanda de reconvención se opuso a la pretensión de declarar la existencia de un contrato de obra pública proponiendo las excepciones nominadas "EL CONTRATO DEBE SER CUMPLIDO SEGÚN LO ACORDADO O "*PACTA SUNT SERVANDA":* " 1.1. El contrato debe ser cumplido según lo acordado en cuanto a la clase de contrato que fue celebrado", "2. ACTUACIÓN DE BUENA FE DE ESTACIONES METROLÍNEA" y "3. CARÁCTER VINCULANTE DE LOS ACTOS PROPIOS DE METROLÍNEA".

[117] "Tribunal de Arbitramento de Transatlántico S.A. contra Transmetro S.A.S. Laudo arbitral de 10 de diciembre de 2014. En el mismo sentido, cfr. Tribunal de Arbitramento de Consorcio Vial Isla Barú contra Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y Departamento Administrativo de Valorización Distrital de Cartagena de Indias. Laudo arbitral de 4 de marzo de 2013."

En su sentir, el contrato es de concesión y no de obra pública, según demuestran los antecedentes formativos, estudios previos, documentos CONPES, pliegos de la licitación, la oferta, su aceptación, adjudicación, y el contenido pactado, en todos los cuales la Convocada manifestó clara, expresa e inequívocamente su designio de celebrar un contrato de concesión y no de obra, pues asumió por su cuenta, costo y riesgo la ejecución de la construcción de la Estación de Cabecera y los Patios de Operación y Talleres de Floridablanca del Sistema Metrolínea bajo la vigilancia de METROLÍNEA y a cambio de una remuneración, cuya fuente es la tarifa cobrada a los usuarios del sistema Metrolínea concebido como un todo compuesto e integrado por el conjunto del sistema masivo de transporte *"bajo el modelo de concesión con la concurrencia de una pluralidad de concesionarios vinculadas por relaciones contractuales autónomas, pero relacionadas"*, operado y explotado por los distintos concesionarios encargados de su gestión, construcción, operación, administración y puesta en ejecución o funcionamiento para que con el recaudo de la tarifa de todo el sistema obtuviera el retorno de las inversiones de los concesionarios y la utilidad esperada. Denota sorpresa ante el desconocimiento por la Convocada de la naturaleza del contrato "*para trocarlo en contrato de obra*" a contrariedad *"de sus propios actos, reiterados y constantes tanto en la fase previa, como al momento de la celebración y durante la ejecución del contrato"*, so pretexto de la falta de explotación directa de la obra o de la asunción de obligaciones de mantenimiento, desconociendo la ausencia de prohibiciones o limitaciones expresas a la autonomía privada dispositiva para disciplinar el contrato y modular las obligaciones de las partes, el sistema concebido por METROLINEA "*bajo el modelo de concesión con la concurrencia de una pluralidad de concesionarios",* para argumentar un contrato de obra a precio global, y a pesar de esta posición, no reconocer el valor de las prestaciones ejecutadas, ni la fórmula pactada.Para la existencia del contrato de concesión, agrega, según la simple lectura del artículo 32 numeral 4º de la Ley 80 de 1983, basta la asunción por el concesionario bajo su cuenta y riesgo de la actividad de construcción o de explotación o de conservación, sin exigirse todas, sino una, y en el caso concreto, el objeto del contrato consistió en la construcción de la Estación Estación de Cabecera y los Patios de Operación y Talleres de Floridablanca como parte del Sistema Metrolínea conformado por los distintos "Agentes del Sistema", el concesionario de la operación de transporte, el concesionario del sistema del recaudo y control, el concesionario para la construcción de la estación de

cabecera y los patios de operación y talleres de Floridablanca, el administrador de los recursos y Metrolínea S.A.", cuya operación comprende todas las actividades de gestión de los diferentes agentes del sistema con contratos coexistentes, y por lo tanto, su explotación "*no puede ser vista de manera desarticulada con la Operación del Sistema",* es parte integral de éste, generadora de los recursos con la tarifa pagada por el usuario por el uso de todo el sistema mediante una "*gestión sistémica*" del conjunto de las distintas concesiones, de donde, además de no exigir la norma jurídica, la explotación separada e individual a cargo de cada concesionario, es incontestable la explotación del sistema metrolínea del cual es parte y cumplió sus obligaciones, suministró los recursos, asumió la financiación y realizó la construcción.

Indica que el contrato debe cumplirse según lo pactado sin admitirse la variación unilateral de su exacta naturaleza, ni el desconocimiento de lo acordado y los actos propios durante todo su proceso gestatitivo, documentos precontractuales elaborados por la Convocada, el conjunto del sistema Metrolínea, el contenido del contrato y la ejecución práctica de sus elementos, por lo cual debe cumplirse al tenor de lo estipulado, en particular respecto de la aplicación íntegra de la cláusula 64.2. porque la causa de la terminación por mutuo acuerdo es estrictamente la medida cautelar adoptada por autoridad competente, y por tanto, una circunstancia de fuerza mayor, sin limitarse al reconocimiento de los simples costos a "precios de mercado" por no estar así convenido. Debe así aplicarse la fórmula estipulada, al ser ciertos los costos financieros incurridos por los recursos puestos al servicio del proyecto, unos provenientes del endeudamiento con terceros y otros del Concesionario como aportes directos, sin deducciones diferentes, y reconocerse los *"(i) costos directos incurridos, (ii) costos administrativos incurridos, (iii) costos de financiación del proyecto, tanto los que corresponden a intereses pagados por recursos obtenidos de instituciones financieras y del mercado público, como el costo financiero asociado a los recursos puestos directamente por el Concesionario como "equity" o recursos propios, y (iv) costo de la Interventoría".* Anota que siempre actúo de buena en el trámite precontractual ,durante la celebración y ejecución del Contrato de Concesión, así como después de su terminación, sin que pueda desconocerse el acto propio con la postura repentina, pues, "*Si METROLÍNEA desarrolló, con colaboración del Gobierno Nacional, un proceso contractual encaminado a la celebración de un contrato de concesión, si ESTACIONES*

METROLÍNEA se acogió a los términos de la Licitación Pública y presentó una oferta para la celebración de un Contrato de Concesión, si el contrato se celebró como de concesión, de acuerdo con su objeto, si al mismo se incorporaron los elementos que suelen acompañar esta clase de contratos, resulta inevitable reconocer que el súbito cambio de postura de la Entidad Concedente no debe prosperar, no solo porque no tiene fundamento, sino porque un pronunciamiento en dirección de cambiar la naturaleza jurídica del contrato dejaría a mi representada afectada sin justificación atendible y con desmedro de su actuar de buena fe".

En su alegato de conclusión insiste en su argumentación: agrega que las partes durante la ejecución y en la terminación del contrato se comportaron de manera consistente con la calificación dada al mismo y sus elementos, el designio inequívoco de la entidad contratante fue celebrar un contrato de concesión, intención que debe respetarse por obedecer a su potestad dispositiva (art. 40, Ley 80 de1 983) según jurisprudencia del Consejo de Estado[118] y de la Corte Suprema de Justicia[119], además que su caracterización "*es el resultado de la implementación de una política de Estado en materia de concesiones para la implementación de los sistemas de transporte masivo en el país, edificada sobre una evaluación cuidadosa de los elementos legales de la regulación en la materia, que se limita a la incorporación de una definición de textura abierta, en la medida en que se reconocen diversas modalidades de concesión, cada uno de las cuales susceptible de configurarse a partir de elementos alternativos que la propia regla legal expone, la cual se complementa con algunas pocas previsiones legales adicionales que se ocupan de regular aspectos puntuales[120]*"; la explotación

[118] "En la sentencia del Consejo de Estado del 3 de febrero de 2000, Rad. 10399, C.P. RICARDO HOYOS DUQUE, se señala lo siguiente: *"Para la Sala tal como lo señala la doctrina, la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones o términos de referencia que elabora la administración pública para la contratación de sus obras, bienes o servicios, está claramente definida en tanto son el reglamento que disciplina el procedimiento licitatorio de selección del contratista y delimita el contenido y alcances del contrato, al punto que este documento regula el contrato estatal en su integridad, estableciendo una preceptiva jurídica de obligatorio cumplimiento para la administración y el contratista particular no sólo en la etapa de formación de la voluntad sino también en la de cumplimiento del contrato y hasta su fase final. De ahí el acierto de que se tengan como 'la ley del contrato'".*

[119] "Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 28 de febrero de 2005, Exp. 7504."

[120] "A la pregunta formulada por el Tribunal sobre cómo funciona el Sistema Metrolínea el testigo JAIME RODRÍGUEZ, ex Gerente de la entidad y que fue quien en calidad de tal contrato al abogado ÁLVARO AUGUSTO ORTIZ, señaló: *"El sistema Metrolínea, que fue un sistema de transporte público en un modelo que se presentó para condicionarlo en varias ciudades capitales del país iniciando por Bogotá donde se mostró en sus comienzos un cambio sustancial en el transporte público, y aún ahora a pesar de las dificultades. Posteriormente este modelo se trasladó a Cali, Pereira, Barranquilla y Bucaramanga y se procedieron a realizar los correspondientes documentos CONPES que soportaban los costos de estos proyectos en los cuales generalmente se establecía en un setenta por ciento (70%) por parte de la nación y treinta por ciento (30%) por parte de los municipios interesados para la construcción de la infraestructura, esto llevaría a mejorar sustancialmente los desplazamientos de las gentes en los diferentes sectores de las ciudades en las que se instituyera estos sistemas de transporte".*

económica directa de la obra y las actividades de mantenimiento no están contempladas en el artículo 32, numeral 4º de la Ley 80, y se realiza "*a través de un modelo de interacción con arreglo al cual esa explotación se da conjuntamente con la que se hace sobre los demás componentes del Sistema Metrolínea que fueron objeto de concesión (recaudo, adquisición y operación de flota), es decir, esa explotación se da como un todo y de esta forma la totalidad de los concesionarios la llevan a cabo, sin que ESTACIONES METROLÍNEA tuviera que tener a su cargo una explotación aislada de la obra concesionada, lo que no sería posible. Es precisamente con los ingresos provenientes de la explotación del Sistema Metrolínea, del cual la obra concesionada a ESTACIONES METROLÍNEA es uno de sus componentes, que los distintos concesionarios, en la proporción de la tarifa que les fue asignada, deben procurar obtener la recuperación de sus inversiones y el lucro esperado"*

La jurisprudencia, añade, distingue los contratos de concesión típicos[121], de los contratos de concesión atípicos[122], la explotación del "*Sistema Metrolínea como una unidad, de la cual formaba parte la construcción de la obra bajo concesión, que le fue encomendada a ESTACIONES METROLÍNEA, quedó a cargo de los concesionarios del mismo, de manera que con la proporción que a cada uno correspondió en la tarifa debía obtenerse la recuperación de los costos de las actividades y la remuneración esperada"*, la obligación de METROLINEA no era simplemente pagar un precio por la obra construída, no puede admitirse que actúe a contrariedad de sus actos propios[123], y no puede desconocer "*que la explotación de los bienes objeto de la concesión, independientemente del momento de la reversión, se hace de manera integral, con el concurso de otros concesionarios, en el contexto de funcionamiento del Sistema Metrolínea, y es precisamente de esa explotación integral de donde devienen los ingresos que remuneran a los distintos concesionarios";* tampoco su afirmación *"que la reversión anticipada era susceptible de ser pactada así por las partes del contrato, pues no se oponía la finalidad misma de la reversión, y se citó la sentencia C-250 de 1996 de la Corte Constitucional, y en los párrafos transcritos se resaltó la consideración de la sentencia según la cual el valor económico de los bienes objeto del traspaso por la reversión "se encuentra compensado, <u>desde el momento de la firma del contrato</u> […]",* y anota:

---

[121] Cita Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 23 de agosto de 2013, radicación número: 2148. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 9 de febrero de 2006, radicación número: 1674. 18 de marzo de 2010, Exp. *14390.*

[122] Cita Sentencia del Consejo de Estado, del 9 de octubre de 2013, Rad. 250002326000 2002 01282 01.

[123] Cita Sentencia del Consejo de Estado, del 9 de octubre de 2013, Rad. 250002326000 2002 01282 01.

"En el supuesto hipotético en que se concluyera que, como lo sostiene la demandada, lo que hace la distinción entre el contrato de concesión de obra y el de obra fuera que el concesionario debe tener a su cargo la explotación de la obra, a pesar de que eso no es lo que se dispone en la norma que plantea el recorrido de la definición del contrato, y se concluyera además que la explotación del sistema de transporte en el que la obra concesionada se inscribe como uno de sus componentes, y que se lleva a cabo en forma sistémica por todos los concesionarios, sin que ESTACIONES METROLÍNEA tuviera que hacer una explotación directa e insular de la obra concesionada, no es suficiente para atender satisfecho el requisito que se impone más allá del alcance genuino de la definición legal, no sería de recibo que se dejara de lado la consideración, que el propio Consejo de Estado ha formulado, de manera consistente con el régimen general de obligaciones y contratos aplicable en lo pertinente a la contratación estatal, en el sentido de que es posible celebrar contratos de concesión atípicos, cuando se introduzca algún elemento que no encaje estrictamente en la definición del numeral 4º del artículo 32 de la Ley 80.

(…) "En el caso particular que nos convoca encontramos que la construcción objeto de la concesión es (i) contratada por una entidad estatal, como lo es METROLÍNEA, (ii) la construcción de la obra se debía desarrollar por cuenta y riesgo de ESTACIONES METROLÍNEA, lo cual conllevó que tuviera que aportar recursos propios para la ejecución del Proyecto y, de igual manera, conseguir la financiación necesaria para adelantar las actividades, mediante la obtención de créditos bancarios y la emisión de bonos que fueron colocados en el mercado de capitales colombiano, y además se debió hacer cargo de los riesgos que se le atribuyeron bajo el entendido, que se hizo explícito en el curso de la Licitación, que ellos eran correspondientes con los propios de un reparto de riesgos en un contrato de concesión, (iii) METROLÍNEA tenía a su cargo la supervisión de la actividad del Concesionario, de acuerdo con lo estipulado en el Contrato de Concesión, (iv) en la estructuración del Contrato de Concesión está presente la consideración del mismo como un negocio financiero, dado que ESTACIONES METROLÍNEA lo ejecutaba por su cuenta y riesgo, como elemento del objeto del contrato, y la recuperación de la inversión, así como la obtención de la utilidad o ganancia esperada debía conseguirse con los ingresos del Sistema Metrolínea, al cual se integraba la obra concesionada, de manera que la explotación de dicho sistema como un todo era lo que le permitiría a ESTACIONES METROLÍNEA alcanzar el objetivo económico de su participación en el Proyecto, y (v) la explotación de los bienes involucrados en la concesión estaba en la órbita de los concesionarios vinculados al Sistema Metrolínea, y no en la órbita de la Entidad Concedente, a quien más bien le competía fungir como gestor del mismo."

La Señora Procuradora en su concepto, estima necesario determinar la naturaleza del contrato celebrado, "si se trata en efecto de un contrato de concesión como se suscribió por las partes o si se trata de un contrato de obra y en ese caso si es o unitario, con una modalidad de pago especial, que depende de los ingresos del sistema de transporte denominado METROLINEA, al que pertenecería la obra ejecutada por el contratista", y expresa:

"Finalmente, concluye el Ministerio Público, que el hecho de haber obtenido la información respecto a las cantidades y precios unitarios ejecutados por el contratista, no sería suficiente razón jurídica para considerar que se trata de un contrato a precios unitarios, además que el propósito de estos pronunciamientos era el de precisar las obras efectivamente ejecutadas, el precio de las misma, las obras faltantes y el presupuesto de ellas.

Para el Ministerio Público no sería coherente que el contrato se considerara como un contrato de obra a precio global pero se liquidara como un contrato a precios unitarios."

Consideraciones del Tribunal

1. El ordenamiento jurídico en consideración a determinada función, instituye categorías o tipos de contratos dentro de un esquema fáctico concreto definitorio de su naturaleza, clase o especie o tipo singular. resultante de la **"***síntesis de sus elementos esenciales"*[124]*.* Son *"de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente"* (artículo 1501 C.C.), o sin las cuales no existe (artículo 891 C. de Co.)[125], y con las que se precisa su exacta naturaleza con independencia del nombre, rótulo o título dado por las partes.

Por esta inteligencia, con arreglo a una difundida opinión jurisprudencial en firme, el tipo de contrato resulta de sus elementos esenciales (*esentialia negotia*) y su categoría depende no de *su nominación por las partes* sino de su definición y elementos esenciales[126] apreciados en su materialidad[127] así los contratantes no lo indiquen o lo hicieren a contrariedad de su tipo, ya por yerro, bien ignorancia u otros factores. A este propósito, el Consejo de Estado, ha puntualizado:

> "[…] como lo ha expresado en anterior ocasión tanto la Sección Tercera del Consejo de Estado[128] como esta misma Sala[129], la naturaleza del vínculo contractual o la identificación del tipo negocial celebrado no constituye una cuestión que dependa, en exclusiva y ni siquiera principalmente, de la denominación que al convenio decidan asignarle las partes o de las expresiones que ellas utilicen en el clausulado del negocio, sino que dicha modalidad deriva, fundamentalmente, de los elementos que permiten configurar el tipo contractual del cual se trate"[130] […] al margen de la denominación que las partes decidan otorgarle al contrato celebrado, lo que determina realmente el tipo contractual es la función práctica y económic o –

---

[124] A. DI MAJO, *La Causa del Contrato, en le obbligazioni e il contrato, dalle istituzioni di Diritto Privato* a cura de Mario BESSONE, 2a. ed, Torino, l987, pp. 592 ss

[125] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Cas.civ.sentencia de 7 de febrero de 2008, exp. 2001-06915-01: "Los elementos esenciales del contrato (…) se contienen en su concepto, noción, definición o descripción típica y varían para cada uno de los tipos legales o sociales"; idem, sentencia de 1º de julio de 2008, ex. 2001-00803-01: "Los presupuestos de validez del negocio jurídico son distintos de sus elementos esenciales, se disciplinan de manera abstracta para todos los negocios y, además de los generales, en veces para ciertas categorías típicas."

[126] Corte Suprema de Justicia,Sala de Casación Civil, Cas. Noviembre 12 de 1896, T. XII, pp. 116; Cas. Sent. abril 9 de 1927, T. XXXIX, pp. 199 ss; Sentencia del 9 de septiembre de 1929, G.J., tomo XXXVII, p. 128: "La calificación que los contratantes den a un contrato, motivo del litigio no fija definitivamente su carácter jurídico; mejor dicho, las partes no pueden trocar ese contrato en otro por el mero hecho de darle un nombre"; Sentencia del 28 de julio de 1940, G.J. tomo XLIX, p. 574: "los pactos no tienen la calidad que les den los contratantes, sino la que realmente les corresponde"; Sentencia de julio 5 de 1983 :"la naturaleza de un acto no es la que las partes que lo realizan quieran arbitrariamente darle, sino la que a él corresponda legalmente según sus elementos propios, sus calidades intrínsecas y las finalidades perseguidas", y sentencia del 11 de septiembre de 1984, G.J. No 2415, pp. 254.

[127] N. BOBBIO, *Principi generali del diritto,* en Nss D.I., XIII, 1996; G. ALPA, *I principi generali,* en Tratatto di diritto privato a cura di G. Iudica e Paolo Zatti, Milano, 1993; E. BETTI, *Teoria generale della interpretazioni,* II, Milano, 1955; art. 2.6 Principios UNIDROIT.

[128] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2010, Radicación No.: 25000-23-26-000-1994-0071-01; Referencia: 14.390.

[129] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 16 de agosto de 2012; Expediente No.: 22.822; Actor: Carlos Ernesto Pérez Garzón

[130] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 30 de enero de 2013, Radicación número**:** 7001-23-31-000-1999-00188-01(20342).

social[131] que el acto jurídico está llamado a cumplir o, dicho en otros términos, la caracterización del contrato está establecida por los elementos que lo integran" [132]

En consecuencia, la denominación que las partes den a un contrato, no determina de suyo su naturaleza o especie que habrá de establecer el juzgador según los elementos esenciales contenidos en la definición del tipo contractual, en especial, cuando los contratantes lo nominen erróneamente, o no corresponda a su noción *legis* o social, y se suscite una controversia al respecto[133], como acontece en este asunto. El numeral 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1983 define el contrato de obra, en los siguientes términos:

"**1. Contrato de Obra.** Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago." [134]

Según la antes citada disposición jurídica los elementos esenciales para la existencia del contrato estatal de obra, son: (i) La construcción, mantenimiento, instalación o la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles; y (ii) La retribución, remuneración o precio. El de obra, es contrato celebrado por una entidad estatal con tipicidad legal, *nomen y disciplina normativa*, usualmente de ejecución sucesiva, progresiva o prolongada en el tiempo, de suyo bilateral en su formación y efectos o de prestaciones correlativas, oneroso y conmutativo, cuya modalidad de ejecución y pago del precio admite toda posibilidad lícita en el tráfico jurídico[135], ya por

---

[131] "DIEZ PICAZO, "Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial", pág. 399 y ss.

[132] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 16 de septiembre de 2013, Radicación número: 855001-23-31-000-1998-00118-01(19705).

[133] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 19 de diciembre de 2011, exp. 11001-3103-005-2000-01474-01, reiterada en sentencias de 27 de marzo de 2012, exp. 2006-00535 y 10 de septiembre de 2013, exp.1100131030222005-00333-01: "Específicamente, la *calificación* del contrato alude a aquel procedimiento desarrollado para efectos de determinar la naturaleza y el tipo del contrato ajustado por las partes conforme a sus elementos estructurales, labor que resulta trascendental para establecer el contenido obligacional que de él se deriva. Allí será necesario, por tanto, distinguir los elementos esenciales del contrato de aquellos que sean de su naturaleza o simplemente accidentales. Para llevar a cabo la labor de calificación, el juez debe determinar si el acto celebrado por las partes reúne los elementos esenciales para la existencia de alguno de los negocios típicos y, si ello es así, establecer la clase o categoría a la cual pertenece, o, por el contrario, determinar si el acto es atípico y proceder a determinar la regulación que a él sea aplicable. Es evidente, claro está, que en la labor de calificación contractual el juez no puede estar atado a la denominación o nomenclatura que erróneamente o de manera desprevenida le hayan asignado las partes al negocio de que se trate, por lo cual es atribución del juez preferir el contenido frente a la designación que los contratantes le hayan dado al acuerdo dispositivo (*contractus magis ex partis quam verbis discernuntur, Los contratos se distinguen más por su componentes que por sus palabras, Lex Duodecimum Tabularum, Lib.IV, Tit. XIX,*), ya que, como se comprenderá, se trata de un proceso de adecuación de lo convenido por las partes al ordenamiento, en la que, obviamente la labor es estrictamente jurídica.".

[134] El artículo 81 del derogado Decreto-ley 222 de 1983, señalaba: "son contratos de obras públicas los que se celebren para la construcción, montaje, instalación, mejoras, adiciones, conservación, mantenimiento y restauración de bienes inmuebles de carácter público o directamente destinados a un servicio público".

[135] Sala de Consulta y Servicio Civil, Conceptos de 4 de Abril de 1974, "Anales del Consejo de Estado", T. LXXXVI, p. 22 y de 26 de Julio de 1984; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 6 de Marzo de 1980, Anales, 1er. Semestre, T. XCVIII, Nos. 465 y 466; 15 de septiembre de 1983, Anales, 193, 2o Semestre, Nos 479 y 480; 9 de Marzo

administración delegada, bien por reembolso de gastos u honorarios[136], sea fijo, variable, determinado, determinable, unitario, global o alzada.[137]

A partir del concepto *legis*, la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha precisado sus elementos definitorios, así:

> "El contrato estatal de obra se encuentra tipificado o definido en el actualmente vigente artículo 32-1 del Estatuto de Contratación Estatal —Ley 80 de 1993— (…) las actividades a desarrollar en cumplimiento del contrato de obra, en el marco normativo vigente, pueden estar vinculadas, o no, a la prestación de un servicio público o ser realizadas, o no, en un bien inmueble de propiedad pública o privada, lo importante, entonces, a la hora de calificar el negocio jurídico como un contrato estatal de obra en el sistema jurídico colombiano vigente lo constituye, de un lado, que el contrato lo celebre una entidad estatal y, de otro, que comporte la realización de actividades materiales respecto de un bien inmueble que puede pertenecer, o no, al Estado **y que puede estar destinado, o no, a la prestación de un servicio público.** (negrillas ajenas al original)**.** Asimismo, para que el contrato respectivo pueda ser calificado como de obra resulta menester que el trabajo material que haya de realizarse sobre el inmueble correspondiente lo transforme y que si se trata de la instalación de bienes muebles en aquél, éstos se incorporen en o entren a formar parte integral del inmueble como un todo, de suerte que será de obra el contrato que tenga por objeto desarrollar trabajos materiales que alteren, transformen o modifiquen un inmueble o que comporten la instalación de muebles en inmuebles, aún cuando igualmente debe tenerse en cuenta que las actividades materiales en mención también pueden tener por objeto uno distinto de la construcción o el mantenimiento de una obra y conllevar su destrucción, lo cual acontece cuando se trata de su demolición, total o parcial. El de obra, entonces, es un contrato estatal solemne, bilateral, oneroso, conmutativo, *intuitu personae* y de tracto sucesivo en la medida en que su ejecución precisa de prolongación en el tiempo, lo cual posibilita que durante el transcurso de la misma tengan lugar entregas parciales —con la consecuente suscripción de actas parciales de obra—

---

de 1988; 29 de abril de 1999, Exp. 14855 ; 15 de octubre 1999, Exp. 10.929 y sentencia del 6 de Abril de 2011 Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00404-01(14823).

[136] El Decreto 222 de 1983, artículo 82, disponía: "Según la forma de pago, los contratos de obra se celebran: 1. Por un precio global. 2. Por precios unitarios, determinando el monto de la inversión. 3. Por el sistema de administración delegada. 4. Por el sistema de reembolso de gastos y pago de honorarios, y 5. Mediante el otorgamiento de concesiones" (art. 82); "Son contratos con reembolso de gastos aquellos en los cuales el contratista, con cargo a sus propios recursos, ejecuta las obligaciones a que se comprometió y en los que, en la periodicidad acordada, la entidad contratante le va reintegrando los gastos comprobados y le pago los honorarios causados" (artículo 101); los artículos 90 a 100, contemplaban el sistema de administración delegada en el cual la "administración paga el costo real de la obra, más determinado porcentaje como retribución al contratista por concepto de honorarios de administración (en los que se incluyen costos de personal, oficinas, vehículos, desplazamientos etc.) y la utilidad(…) El contratista ejecuta, entonces, el objeto convenido por cuenta y riesgo de la entidad que contrata la obra, de suerte que se convierte en un delegado o representante de aquélla, a cambio de un *honorario* que se acuerda en el contrato ya como una suma fija, ora como un porcentaje del presupuesto de la obra(…) Se trata pues, como advierte Sayagués Laso (…) de una modalidad del precio del contrato." Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 6 de junio de 2007, Radicación número: 25000-23-26-000-1996-02482-01(17253).

[137] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 31 de agosto de 2011, Radicación número**:** 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080): "Los contratos de obra por precio global son aquellos en los que el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como remuneración una suma fija siendo el único responsable de la vinculación de personal, de la elaboración de subcontratos y de la obtención de materiales, mientras que en el contrato a precios unitarios la forma de pago es por unidades o cantidades de obra y el valor total corresponde al que resulta de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de cada una de ellas comprometiéndose el contratista a realizar las obras especificadas en el contrato (…). Esta distinción resulta fundamental, porque, como lo ha señalado la jurisprudencia, en el contrato a precio global se incluyen todos los costos directos e indirectos en que incurrirá el contratista para la ejecución de la obra y, en principio, no origina el reconocimiento de obras adicionales o Mayores cantidades de obra no previstas, en tanto en el contrato a precios unitarios, toda cantidad Mayor o adicional ordenada y autorizada por la entidad contratante debe ser reconocida, aunque, de todos modos, en uno y otro caso, el contratista tiene el derecho a reclamar en oportunidad por las falencias atribuibles a la entidad sobre imprevistos en el proceso de selección o en el contrato, o por hechos que la administración debe conocer, que desequilibran la ecuación financiera y que están por fuera del control del contratista, cuando quiera que no se hayan adoptado las medidas encaminadas a restituir el contrato a sus condiciones económicas iniciales".

sin perjuicio de la obligación a cargo del contratista de alcanzar el resultado final. Justamente por cuanto respecta a los derechos y obligaciones de las partes en este tipo de contrato, a la Administración contratante le asiste el derecho ***(i)*** a exigir la debida ejecución del objeto contractual, de suerte que el contratista realice los trabajos de conformidad con las reglas del arte correspondiente y atendiendo a las especificaciones técnicas que se hubieren previsto al celebrar el negocio jurídico y/o en la fase de preparación del mismo —estudios previos, pliegos de condiciones cuando hubiere lugar a ellos, etcétera— y ***(ii)*** a exigir la ejecución de dicho objeto dentro del plazo acordado. Desde la perspectiva del contratista, a su turno, a éste le asiste, fundamentalmente, el derecho ***(i)*** a que la Entidad Estatal cumpla con las obligaciones a su cargo —verbigracia en punto de la entrega o puesta a disposición de terrenos, materiales, estudios y diseños cuando hubiere lugar a ellos, del anticipo o pago anticipado cuando así se hubiere convenido, etcétera— y ***(ii)*** a percibir el precio pactado (…).Este derecho a percibir una remuneración por parte del contratista constituye elemento esencial del contrato de obra, circunstancia que se desprende de la definición que del anotado tipo contractual ofrece el artículo 32 de la Ley 80 de 1993; sin embargo, el pago de dicha retribución puede convenirse a través de diversas modalidades, asunto del cual se ocupaba expresamente el Estatuto Contractual de 1983 —Decreto ley 222—, en sus artículos 82 y siguientes; en el artículo 82 del cuerpo normativo en mención se incluían como formas de pago de los contratos de obra: ***(i)*** el precio global; ***(ii)*** los precios unitarios, determinando el monto de la inversión; ***(iii)*** la administración delegada; ***(iv)*** el sistema de reembolso de gastos y pago de honorarios y, finalmente, ***(v)*** el otorgamiento de concesiones, modalidad ésta que la Ley 80 de 1993 erigió en un tipo contractual autónomo. **A diferencia de la aludida regulación, el segmento final del inciso primero del numeral 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 se limita a señalar que la identificación de un contrato en la tipología del de obra no se verá afectada por *"la modalidad de ejecución y pago"* que se adopte, de suerte que se ha deferido a la autonomía de la voluntad de las partes la elección de la forma de pago que se incorporará en el negocio jurídico**".[138]**(**Negrillas fuera del original)

En derecho público, la voz concesión concierne a la gestión, organización, financiación, funcionamiento, prestación o explotación de los servicios públicos, la construcción de obra pública u otorgamiento de un derecho temporal, habilitación o autorización para usar y explotar un bien o recurso público (*ad exemplum*, recursos naturales renovables, playas, puertos, juegos de suerte y azar).[139]

Tratándose del contrato estatal de concesión, una parte denominada la concedente, el Estado o entidad de derecho público, confiere a otra llamada concesionaria, la organización, funcionamiento, prestación, operación, explotación o gestión de servicios públicos, la construcción de una obra pública o la explotación de bienes estatales, por su propia cuenta, riesgo y costo a cambio de una contraprestación, consistente, ya en beneficios, estímulos, ayudas, garantías, subvenciones estatales, ora en el precio del servicio percibido de los usuarios.

El numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1983, lo define en los siguientes términos:

---

[138] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 30 de enero de 2013, Radicación número: 27001-23-31-000-1999-00188-01(20342).

[139] VM. María Diez, Derecho Administrativo, III, Contratos, Función pública, Bibliográfica Omeba, Editores Libreros, Buenos Aires, 1967, pp. 267; Enrique Sayagues Laso, Tratado de derecho administrativo, Montevideo, 2a. ed., Montevideo, 1972, pp. 12 y ss.

"4o. Contrato de Concesión.

Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden".[140]

El de concesión estatal es, por consiguiente, contrato con *nomen,* tipicidad y disciplina *legis, intuitu personae*, oneroso, de prestaciones correlativas, usualmente de larga duración y de ejecución sucesiva.[141]

La prestación, operación, explotación, organización o gestión de un servicio público o la construcción, explotación o conservación de una obra o bien destinado al servicio público por cuenta y riesgo del concesionario, y la remuneración, contraprestación o retribución a su favor configuran los elementos esenciales del contrato estatal de concesión (arts. 1501, C.C., 898 [2], C. de Co, 32 [4] Ley 80 de 1983).

En línea de principio, por la definición legal consagrada en la Ley 80 de 1983 del contrato de concesión, podrá concernir a una, todas o varias de las actividades enunciadas, esto es, la concedente podrá conceder al concesionario la prestación o la operación o la explotación o la organización o la gestión total o parcial del servicio público, o la construcción, o la explotación o la conservación total o parcial de un obra o bien destinados al servicio o uso público, y en general, todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio, sin que sea menester para su existencia otorgarlas todas. *Ad exemplum,* la entidad concedente puede acudir a la concesión para la construcción o para la conservación o para la

---

[140] En el derogado Decreto-Ley 222 de 1983, la concesión era una de las modalidades de pago del contrato de obra pública y se definía así enel artículo 102: "De la definición del sistema de concesión de obra pública. Mediante el sistema de concesión una persona, llamada concesionario, se obliga, por su cuenta y riesgo, a construir, montar, instalar, mejorar, adicionar, conservar, restaurar o mantener una obra pública, bajo el control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en los derechos o tarifas que, con aprobación de la autoridad competente, el primero cobre a los usuarios por un tiempo determinado, o en una utilidad única o porcentual que se otorga al concesionario en relación con el producido de dichos derechos o tarifas".

[141]André De Laubadere. "Traité du Droit Administratif". París. 1934. Tit. I-, M. Maria Diez, Derecho Administrativo, III, Contratos, Función pública, Bibliográfica Omeba, Editores Libreros, Buenos Aires, 1967, pp. 267. Roberto Dromi Derecho Administrativo, Edic. Ciudad Argentina, Buenos Aires Argentina, 1994; Fernando Garrido., Tratado de Derecho Administrativo, T. II, Editorial Tecnos, Madrid, 1992, pp. 358 ss; Enrique Sayagues Laso, Tratado de derecho administrativo, Montevideo, 2a. ed., Montevideo, 1972, pp. 12 ss. G. Vedel, Derecho Administrativo, Biblioteca jurídica Aguilar, Madrid, 1980, p. 708.

explotación de una obra. Naturalmente, podrá servirse de otros contratos como el contrato de obra, pero la ejecución de las actividades por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, así como la contraprestación, la función práctica o económica social y el contenido funcional de las obligaciones, permiten establecer las diferencias de la concesión con otras categorías contractuales. Así, por lo general el contrato de obra se agota al ejecutarse el trabajo material comprendido en su objeto que impone la obligación de pagar el precio, cualquiera fuere la modalidad de ejecución y pago.

La retribución, podrá consistir en suma única o porcentual, fija, variable o periódica, determinada o indeterminada pero determinable, *"en derechos, tarifas, tasas, valorización […] y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden",* no prohibida por la ley y sujeta a la simetría prestacional (art. 32, Ley 80 de 1993)[142], usualmente proveniente de la prestación del servicio público o explotación de los bienes concedidos, y establecida según el objeto del contrato, servicio, obra o bien, complejidad, prestaciones, esquema financiero, inversiones, riesgos, garantías, duración y la equivalencia contractual[143], de modo que en esos temas el legislador deja abierta la posibilidad a que las partes elijan ciertas modalidades que se consagran referentes a los aspectos antes indicados, o sea que la ley en estas materias es una disposicion abierta, y por lo mismo la selección y regulación contractual de aquellas, no trueca el contrato de concesion en otro, habida cuenta del carácter disyuntivo que la disposición mencionada adoptó.

En torno a los rasgos típicos del contrato de concesión, la jurisprudencia constitucional en sentencia C-250 de junio 6 de 1996, Proceso D-1064, precisó:

> "De acuerdo con la anterior definición, el citado contrato presenta las siguientes características:
> a) Implica una convención entre un ente estatal – concedente – y otra persona – concesionario;
> b) Se refiere a un servicio público o a una obra destinada al servicio o uso público.
> c) Puede tener por objeto la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra destinadas al servicio o uso público;
> d) En dicho contrato existe la permanente vigilancia del ente estatal, lo cual se justifica por cuanto se trata de prestar un servicio público o construir o explotar un bien de uso público. Según la ley, se actúa bajo el control del ente concedente, lo que implica que siempre existirá la facultad del ente público de dar

[142] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias 10929 de octubre 15 de 1999 y 30 de noviembre de 2006, Expediente 13.074
[143] Artículos 3º, inc. 2; 4º, numerales 3º, 8º y 9º; 5º, 14-1, 23, 25-14, 26, numeral 2º; 27, numeral 1º; 28 y 50 Ley 80 de 1983; Ley 1150 de 2007; 2°, 13, 58, 83 y 90, Constitución Política.

instrucciones en torno a la forma como se explota el bien o se presta el servicio. Esta facultad es de origen constitucional por cuanto según el artículo 365 de la Carta, el Estado tendrá siempre el control y la regulación de los servicios públicos. Esto implica que en el contrato de concesión, deben distinguirse los aspectos puramente contractuales (que son objeto del acuerdo de las partes), de los normativos del servicio (que corresponden siempre a la entidad pública).

e) El concesionario debe asumir, así sea parcialmente, los riesgos del éxito o fracaso de su gestión, y por ello obra por su cuenta y riesgo. Al respecto, v.gr., la ley 105 de 1993 dispone que para recuperar la inversión en un contrato de concesión, se podrán establecer peajes o valorización. Según la misma ley, los ingresos que produzca la obra dada en concesión serán en su totalidad del concesionario, hasta tanto este obtenga dentro del plazo establecido en el contrato, el retorno del capital invertido.

f) En los contratos de concesión, deben pactarse las cláusulas excepcionales al derecho común, como son los de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales o de caducidad.

g) Dada la naturaleza especial del contrato de concesión, existen unas cláusulas que son de la esencia del contrato, como la de reversión, que aunque no se pacten en forma expresa, deben entenderse ínsitas en el mismo contrato.

"El contrato de concesión es, pues, un contrato del Estado cuya finalidad es el uso de un bien público o la prestación de servicios públicos, que en principio, como así lo dispone el estatuto superior, le corresponde prestar al Estado.

"Su objeto está directamente relacionado por tanto, con el interés general, el cual está representado en una eficiente y continua prestación de los servicios y en la más oportuna y productiva explotación de los bienes estatales.

"Derivado de su naturaleza eminentemente administrativa, el contrato de concesión lleva implícitos beneficios contractuales para el Estado, los cuales se originan en la necesidad de otorgar medios jurídicos que le aseguren al Estado la ausencia de intervalos, por ejemplo, en la prestación de un servicio público, que afecte los derechos de la colectividad o de los usuarios de los bienes". [144]

En sentencia C-300 de 2012, Exp. 8699, observó:

"Los contratos de concesión son entonces instrumentos a través de los cuales el Estado promueve el concurso de la inversión privada para el cumplimiento de sus fines. Estos contratos adquieren especial importancia en contextos en los que existen restricciones presupuestales, pues permiten la realización de importantes obras de infraestructura (vial, energética, de transporte, de telecomunicaciones, etc.) con el apoyo de los recursos y conocimientos privados; de este modo facilitan que los recursos públicos se enfoquen en otras necesidades de la actuación estatal. La doctrina expresa que una de las principales

[144] En sentencia C-126 de 1998, reiteró: "32- Tal como lo ha señalado la doctrina y jurisprudencia de esta Corte y de otras corporaciones judiciales, por medio de la concesión, las entidades estatales otorgan a una persona, llamada concesionario, la posibilidad de operar, explotar, o gestionar, un bien o servicio originalmente estatal, como puede ser un servicio público, o la construcción, explotación o conservación de una obra o bien destinados al servicio o uso público. Las labores se hacen por cuenta y riesgo del concesionario pero bajo la vigilancia y control de la entidad estatal, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación. Como vemos, el contenido de la relación jurídica de concesión comprende un conjunto amplio de deberes y derechos del concesionario, así como de facultades y obligaciones de la autoridad pública, todo lo cual se encuentra regulado de manera general en la ley pero puede completarse, en el caso específico, al otorgarse la respectiva concesión. Pero en todo caso es propio de la concesión que el Estado no transfiere el dominio al concesionario, ya que sigue siendo de titularidad pública. [---]"De otro lado, y ligado al interés público que acompaña este tipo de relaciones jurídicas, las autoridades deben ejercer una permanente vigilancia sobre el concesionario a fin de que cumpla adecuadamente sus obligaciones, "lo que implica que siempre existirá la facultad del ente público de dar instrucciones en torno a la forma como se explota el bien o se presta el servicio[144]". Así, específicamente en materia de recursos naturales, como el agua, esta Corte ha especificado que la concesión simplemente otorga "el derecho al aprovechamiento limitado de las aguas, pero nunca el dominio sobre estas", por lo cual "aun cuando la administración haya autorizado la concesión, sin embargo, conserva las potestades propias que le confiere la ley para garantizar el correcto ejercicio de esta, así como la utilización eficiente del recurso, su preservación, disponibilidad y aprovechamiento de acuerdo con las prioridades que aquella consagra.(Resaltado fuera de texto). En la sentencia C-983 de 2010, Exp. 8171, puntualizó: "De esta definición se deducen los siguientes elementos del contrato de concesión: (i) son aquellos celebrados entre un grupo de personas o asociación y entidades estatales; (ii) tienen como fin actividades tales como la prestación, operación, funcionamiento, explotación, organización, gestión o construcción; (iii) estas actividades se refieren a un servicio público, a una obra o bien destinados al servicio público; (iv) la responsabilidad de estas actividades recae en el concesionario; (v) la vigilancia y control de estas actividades corresponde a la entidad pública contratante; (vi) la contraprestación en estos contratos consiste en derechos, tarifas, tasas, valoración, en un canon periódico, único y porcentual, en la participación que se le otorgue al concesionario en la explotación del bien, o en otra modalidad de contraprestación acordada." Vid.Sentencias C-711 de 1996; C-350 de 1997 y C-647 de 1997.

motivaciones de la participación privada en proyectos de concesión –especialmente de infraestructura- es obtener mayor valor por el dinero, es decir, mayores servicios por la misma cantidad de dinero, lo que hace que este tipo de proyectos redunde en ahorros para la entidad contratante y prácticas más eficientes.

"El **objeto** de estos contratos, a grandes rasgos y según el artículo 32.4 de la ley 80, es delegar a una persona –concesionario- "(…) **[i]** la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o **[ii]** la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o **[iii]** bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio". Sin embargo, la determinación del objeto en cada caso concreto depende de la manera cómo se estructuren las respectivas prestaciones en el contrato, todo ello en el marco de los parámetros legales.

"[…] La **remuneración** puede consistir "(…) en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue [al concesionario] en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual", entre otras posibilidades.

"El **plazo** debe corresponder a un término razonable que concilie, de un lado, la expectativa del concesionario de amortizar la inversión y obtener una remuneración justa, y de otro, la obligación del Estado de no imponer restricciones a la competencia más allá de lo necesario.

El concesionario se compromete a desarrollar el objeto del contrato **por su cuenta y riesgo**, lo que comprende usualmente la asunción de la responsabilidad de las inversiones y el desarrollo de las obras, pero **bajo la vigilancia y control de la entidad contratante**

"[…] Finalmente, la jurisprudencia constitucional ha precisado que el contrato de concesión, por su finalidad, involucra la cláusula de reversión, así las partes no la pacten. Según esta cláusula, al finalizar el contrato, los elementos y bienes afectados para su desarrollo, se vuelven de propiedad de la entidad contratante, sin necesidad de remuneración adicional (artículos 14.2 y 19 de la ley 80). Por el contrario, antes de que termine el contrato, el concesionario mantiene el control y el derecho de uso de los bienes afectados por el contrato".

La sentencia C-300 de 2012 destacó *"tres tipos de contratos de concesión: el de servicios, el de obra pública y el de explotación de bienes públicos",* precisó que la remuneración podrá consistir en *"(…) en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue [al concesionario] en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual",* entre otras posibilidades, y "*es regularmente fruto de la explotación de la obra y de los servicios derivados de ella".* Anotó:

"**2.7.1.3** A partir de estas definiciones, es posible deducir tres tipos de contratos de concesión: el de servicios, el de obra pública y el de explotación de bienes públicos. En esta oportunidad la Sala se enfocará en el **contrato de concesión de obra pública**.

"Este contrato tiene por **objeto**, en términos generales y de conformidad con el artículo 32.4 de la ley 80: **(i)** la construcción de una obra pública destinada al uso público o a la prestación de un servicio público, **(ii)** y las actividades necesarias para el adecuado funcionamiento de la obra o para hacerla útil, incluido su mantenimiento durante el término de la concesión.

Estas últimas actividades son llamadas por algunas legislaciones y doctrinantes **"obras accesorias"** y pueden comprender la proyección, ejecución, conservación, reposición y reparación **(a)** de **obras complementarias** necesarias para que la obra principal cumpla su finalidad y sea debidamente aprovechada, **(b)** de obras necesarias para adaptar y modernizar la obra principal a nuevas exigencias técnicas y funcionales; **(c)** de obras para la reparación y reposición de la obra principal, cuando sea necesario.

En este sentido, por ejemplo, el artículo 7 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de España prevé que en el contrato de concesión de obra: "(…) podrá también prever que el concesionario

esté obligado a proyectar, ejecutar, conservar, reponer y reparar aquellas obras que sean accesorias o estén vinculadas con la principal y que sean necesarias para que ésta cumpla la finalidad determinante de su construcción y que permitan su mejor funcionamiento y explotación, así como a efectuar las actuaciones ambientales relacionadas con las mismas que en ellos se prevean.

En el supuesto de que las obras vinculadas o accesorias puedan ser objeto de explotación o aprovechamiento económico, éstos corresponderán al concesionario conjuntamente con la explotación de la obra principal, en la forma determinada por los pliegos respectivos."

En concordancia, algunos doctrinantes españoles señalan que **el contenido "necesario"** de un contrato de obra pública es: "a) La explotación de las obras públicas conforme a su naturaleza y finalidad. || b) La conservación de las obras. || c) La adecuación, reforma y modernización de las obras para adaptarlas a las características técnicas y funcionales requeridas para la correcta prestación de los servicios y actividades a los que aquéllas sirven de soporte material. || d) Las actuaciones de reposición y gran reparación que sean exigibles en relación con los elementos que ha de reunir cada una de las obras para mantenerse apta a fin de que los servicios y actividades a los que aquéllas sirven puedan ser desarrollados adecuadamente de acuerdo con las exigencias económicas y las demandas sociales".

Esta descripción general del objeto por su puesto no desconoce las especificidades que se establezcan en el respectivo contrato; en otras palabras, el objeto del acuerdo depende de los documentos que integran el contrato, el cual en todo caso debe ajustarse en términos generales a los parámetros del artículo 32.4 de la ley 80.

Por otra parte, los riesgos de ejecución del objeto son en su mayoría asumidos por el concesionario. Estos comprenden usualmente aspectos técnicos, financieros y de gestión de la obra. Como el concesionario se obliga a soportar la mayor parte de los riesgos, se crean incentivos para que obre de manera eficiente e invierta en innovaciones que le permitan reducir sus costos.

"El contrato también se caracteriza por que la **remuneración** del concesionario usualmente se obtiene a partir de la **explotación de la obra,** mediante el cobro de peajes y/o contribución por valorización a los usuarios o beneficiarios de la misma. En el caso de los peajes, la autorización de cobro se extiende regularmente hasta que el contratista recupere la inversión y obtenga la remuneración en los términos pactados.

Es de acuerdo con este criterio con que se fija entonces el plazo del contrato. En suma, la remuneración del concesionario es regularmente fruto de la explotación de la obra y de los servicios derivados de ella.

"En este orden de ideas, esta modalidad de contrato, además de atraer a la creación de infraestructura pública, la inversión, el conocimiento privado y los incentivos para la introducción de innovaciones que generen reducciones de costos, permite diluir en el tiempo el esfuerzo fiscal necesario para la realización de las obras.

"Finalmente, en materia de garantías, este contrato se caracteriza por la posibilidad de dividir la garantía según las etapas en las que se estructure el contrato y por la obligación del concesionario de prorrogar las garantías en cada una de las etapas subsiguientes (artículo 9 del decreto 2474 de 2008, modificado por el decreto 2493 de 2009).[145]

[145] La Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, artículo 5.1, caracterizan la concesión de obra por: (i) La ejecución de obras por uno o más operadores económicos ;ii) la contraprestación consistente únicamente en el derecho a explotar la obra o en conjunción con un pago; y iii) "*la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable".* No obstante, el riesgo operacional podrá limitarse desde el inicio, asumirse en una parte, no necesariamente en su totalidad, y se mira análogo al "*riesgo y ventura*" de la contratación pública TRLCSP.

El Consejo de Estado, con relación a los elementos esenciales del contrato de concesión[146], y sus caracteres sobresalientes, reiterando pronunciamientos previos, señala:

"[…] **7.2. Elementos del contrato de concesión.**

"[…] Esta Corporación se ha ocupado de señalar cuales son las características del contrato de concesión[147] y, en tal sentido, ha indicado que son: i) su celebración por parte de una entidad estatal, que actúa con carácter de concedente y por una persona natural o jurídica que toma el nombre de concesionario, ii) es el concesionario quien asume la gestión y riesgo de un servicio que corresponde al Estado sustituyendo a éste en el cumplimiento de dicha carga, iii) la entidad estatal mantiene durante la ejecución del contrato la inspección, vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario, iv) el concesionario recibe una remuneración o contraprestación, la cual se pacta, de diversas maneras (tasas, tarifas, derechos, participación en la explotación del bien, entre otros) y v) los bienes construidos o adecuados durante la concesión deben revertirse al Estado, aunque ello no se pacte expresamente en el contrato.

"Respecto del objeto sobre el cual puede versar el contrato de concesión, se ha dicho que puede **encontrarse referido a la prestación de un servicio público, a la construcción de una obra pública o a la explotación de un bien estatal**. En tratándose de la concesión de un servicio público, la misma tiene lugar cuando se otorga al concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público. En cuanto a la denominada concesión de obra pública se refiere, aquella se configura cuando el contratista tiene a su cargo la construcción, explotación y conservación, total o parcial, de una obra o bien destinado al servicio o al uso público y, por último, la concesión de bien público, tiene por objeto la explotación o conservación, total o parcial, de una obra o bien de dominio público ya sea fiscal o de uso público.

"**No obstante lo anterior, esta Corporación ha sostenido que el contrato de concesión no necesariamente debe circunscribirse, en su objeto, a las tres modalidades enunciadas**, en tanto que "*el contrato de concesión no sólo se celebra para las prestación de servicios públicos sino también para la explotación de bienes o actividades que constitucional o legalmente se hayan asignado al Estado o cualquiera de las entidades públicas, porque al fin y al cabo cualquiera que sea su naturaleza, siempre tendrá una finalidad de servicio público"*[148].

"Otro aspecto fundamental para destacar en los contratos de concesión es el que hace referencia a la vigilancia y control que ejerce la entidad concedente respecto de las actividades desarrolladas por el concesionario, la cual se acrecienta e intensifica en este tipo de contratos por el especial interés público que involucran[149].

"Finalmente, **una característica que diferencia el contrato de concesión de los demás contratos es el relacionado con la obligación que tiene el concesionario de asumir la ejecución del objeto de la concesión por su propia cuenta y riesgo.** Sobre ese particular la Corporación discurrió en la forma que se transcribe a continuación[150]: *"Y en lo atinente a (iii) la obligación, a cargo del concesionario, de asumir la ejecución del objeto de la concesión por su cuenta y riesgo, se ha indicado que en cuanto, por definición legal al concesionario corresponde actuar por su cuenta y riesgo,* ***ello significa que deberá disponer de y/o conseguir los recursos financieros requeridos para la ejecución de la obra*** *o la*

[146] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 19 de junio de 1998, Radicación número: 10217; 11 de mayo de 2000, Expediente: 1261; 9 de diciembre de 2004, Radicación número: 25000-23-26-000-2002-1216-01(27921); 30 de noviembre de 2006, Radicación número: 11001032600019950307401; Expediente número: 13074; Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 29 de mayo de 2014, Radicación número: 66001-23-31-000-2004-02098-01(33832): "elementos esenciales de objeto y remuneración que se establecen para este tipo de contrato estatal".

[147] "Sentencia proferida el 18 de marzo de 2010 por el Consejo de Estado, Sección Tercera. Rad. No. 14390."

[148] "Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 19 de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998)"

[149] "Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997); "

[150] "Sentencia proferida el 18 de marzo de 2010 por el Consejo de Estado, Sección Tercera. Rad. No. 14390.

prestación del servicio, razón por la cual ha de tener derecho a las utilidades, en igual sentido, ***deberá asumir las pérdidas derivadas de la gestión del bien, de la actividad o del servicio concesionado*** *e, igualmente, tiene la responsabilidad de retribuir al Estado la explotación que realiza de un bien de propiedad de éste o de un servicio cuya prestación normativamente ha sido asignada a una entidad estatal, con una contraprestación económica; tal consideración es la que permite distinguir, con mayor claridad, la naturaleza jurídica o la función económico social del contrato de concesión, respecto de la de otros tipos contractuales, como la ha expresado la jurisprudencia: "La diferencia entre el contrato de administración delegada y el contrato de obra pública por el sistema de concesión, consistía en que en el primero el contratista, por cuenta y riesgo del contratante, se encarga de la ejecución del objeto del convenio y, en el segundo, el concesionario se obliga, por su cuenta y riesgo, a construir, montar, instalar, adicionar, conservar, restaurar o mantener una obra pública, bajo el control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en los derechos o tarifas que, con aprobación de la autoridad competente, aquel cobre a los usuarios por un tiempo determinado, o en una utilidad única o porcentual que se otorga al concesionario en relación con el producido de dichos derechos o tarifas"*[151].

"Lo dicho pone de presente que la concesión, en cualquiera de sus modalidades, ***es un contrato que se distingue de otros tipos negociales con los cuales tiene cierta proximidad en punto a su objeto*** *—obra pública, servicios públicos, etcétera— por razón del factor consistente en quién asume, entre otras responsabilidades, la de la financiación de la ejecución de la obra, de la asunción de la prestación del servicio o de la explotación del bien del cual se trate, toda vez que dicha financiación correrá, en la concesión, por cuenta del concesionario, mientras que el repago de la misma es el que habrá de efectuarse por cuanta del usuario o beneficiario de la obra a largo plazo o por la entidad contratante misma, con el consiguiente margen de riesgo empresarial que asume el concesionario, dado que despliega una gestión directa suya y no a nombre de la entidad concedente; precisamente en la concesión la Administración encarga a un particular, quien se hará cargo de la consecución de los recursos, tanto técnicos como financieros, requeridos para su ejecución, asegurándole el repago de la inversión que él realiza mediante la cesión, por parte de la entidad concedente —o autorización de recaudo o pago directo— de "derechos, tarifas, tasas, valorización o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual, y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden"*[152].

"Así pues, es dable concluir que la concesión es un negocio jurídico en el cual el particular contratista destina a la prestación de un servicio público**, a la construcción de una obra pública o a la explotación de un bien de dominio público, recursos propios o gestados por él, por su propia cuenta y responsabilidad, mientras que el Estado contratante le otorga al concesionario, además del derecho a construir la obra, explotar el bien o servicio, a obtener la remuneración correspondiente – *la cual usualmente proviene de la explotación económica del objeto de la concesión* -**, con el fin de que recupere la inversión del capital destinado y se le garantice la obtención de utilidades, de ahí que a diferencia de los demás contratos, en la concesión la utilidad económica que persigue el concesionario no surge del precio pactado, sino del rendimiento de los recursos invertidos para la realización del objeto contractual."[153]

Dentro de las características del contrato de concesión, señala:

"Como características principales de este tipo de contrato se tiene que el particular: a) asume la gestión de un servicio público que corresponde al Estado sustituyéndolo en el cumplimiento de dicha carga o la construcción y/o mantenimiento de una obra pública; b) obtiene autorización para explotar un bien destinado al servicio o uso público; y c) asume la condición de colaborador de la administración en el cumplimiento de los fines Estatales, para la continua y eficiente prestación de los servicios públicos o la debida ejecución de las obras públicas. A cambio el particular recibe una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien o en general en cualquier otra modalidad de contraprestación. Por su parte la entidad pública mantiene durante la ejecución del contrato la inspección, vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario" […[en el **contrato de concesión de obra pública** se deben incluir las cláusulas

[151] "Original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del cinco de mayo de mil novecientos noventa y nueve; Consejero ponente: Javier Henao Hidrón; Radicación número: 1190. Actor: Ministro de Hacienda y Crédito Público".

[152] "Original de la sentencia citada: Artículo 32, numeral 4º, de la Ley 80 de 1993.".

[153] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 27 de marzo de 2014, Radicación número: 25000-23-26-000-1998-02814-01(26939)

excepcionales o exorbitantes, con el fin de proteger y favorecer el interés público, las cuales son obligatorias e imperativas de manera que nacen del mandato que la ley le otorga a la administración, siendo estas: a) el sometimiento a las leyes colombianas; b) la caducidad; c) la interpretación unilateral; d) modificación unilateral; e) la terminación unilateral; y f) la reversión.

[…] el contrato de concesión de obra pública infraestructura se desarrolla en tres (3) etapas, saber: La Etapa de **pre-construcción**: Para la realización de los estudios y diseños técnicos definitivos, estudios ambiéntales, sociales y prediales, la obtención y modificación de las licencias ambientales de la obra, fuentes de materiales, plantas de asfalto y los permisos del orden local o nacional que competan de acuerdo con la legislación vigente, inicio de la gestión predial y del trámite para adquisición de predios, prestación de los servicios de seguridad vial e inicio del plan social básico y gestión social. Etapa de **construcción**: Corresponde a la etapa contractualmente prevista para la ejecución de las obras de construcción, rehabilitación y mejoramiento, de conformidad con lo previsto en el respectivo contrato de concesión de obra pública. La Etapa de **operación y mantenimiento**: Corresponde a la etapa posterior a la terminación de la etapa de construcción, durante la cual el concesionario ejecutara las labores de operación y mantenimiento del proyecto…"[154]

Y, con relación a las diferentes actividades de su objeto, indica:

"… **entre las actividades** que señala el artículo 32-4 de la Ley 80 de 1994, las que atañen al caso concreto, esto es, las actividades de "construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra", conforme se precisó anteriormente, califican como actividades mercantiles y de servicio porque se enmarcan como tal, dentro de las actividades que regula el Código de Comercio.

"En efecto, la actividad de construcción implica "la creación de una obra de arquitectura o de ingeniería" (…), y esas actividades las desarrollan profesionales que prestan sus servicios generalmente a cambio de una remuneración. La actividad de explotación, por su parte, conlleva "obtener utilidad de un negocio o industria en provecho propio" (…) Conservar, a su vez, es mantener "una cosa en su ser, darle permanencia en un periodo de tiempo a una cosa o un bien. Esto implica continuidad de la obra, del bien o de la estructura; es proseguir en lo que se está ejecutando". De ahí que "Se entiende por obras de mantenimiento aquellas obras civiles, mecánicas, eléctricas y del sistema de control de carácter periódico, necesarias para optimizar las condiciones de operación de la infraestructura o servicio, que permitan al concesionario garantizar la operación eficiente de la infraestructura concesionada, y la prestación continua y adecuada del servicio público." (…) Ahora bien, **como el objeto de los contratos de concesión no necesariamente se circunscribe a la actividad de construcción sino que también puede incluir la de explotación y la de conservación de la obra pública,** la Sala, en sentencia del 9 de julio de 2009 [155], precisó que **cuando se ejecutan estas actividades, en su conjunto,** se deben enmarcar como actividades de servicio y, por lo tanto, se gravan como tal, con el impuesto de industria y comercio. Por otra parte, toda actividad mercantil, cuando un concesionario construye una obra, la explota o ejecuta las obras necesarias para su conservación, percibe a cambio una remuneración que conforme el artículo 32-4 de la Ley 80 de 1993 " (…) puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden"[156]" (Subrayas ajenas al texto) [157]

---

[154] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección B, sentencia de 27 de noviembre de 2014, Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00196-00(1486-10)

[155] "CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección cuarta. Expediente 16346, 9 de julio de 2009."

[156] "Si bien la mayoría de los autores coinciden en que la característica esencial del contrato de concesión es la remuneración del concesionario por medio de las tarifas pagadas por los usuarios, esa consideración no resulta válida bajo la estipulación del numeral 4º del artículo 32 de la ley 80 de 1993, que permite cualquier tipo de remuneración al concesionario, estipulando la generalidad de "cualquier otra modalidade contraprestación que las partes acuerden". Contrato de Concesión. Veeduría Distrital. Consultar en http://www.veeduriadistrital.gov.co"

[157] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 24 de septiembre de 2009, Radicación número: 25000-23-27-000-2005-00060-01(16370).

Por otra parte, el Consejo de Estado con específica referencia a las concesiones viales (*verbi gratia*, infraestructura de transporte –Ley 105 de 1993, Ley 787 de 2002, Ley 1682 de 2013, Ley 1742 de 2014), caracteriza la concesión de obra por la asunción de las obligaciones de construir las obras, ponerlas en funcionamiento o explotarlas, generar ingresos con la explotación y pagar la inversión:

> "[…] **se caracteriza porque el contratista adquiere no sólo la obligación de construir la obra, sino también la de ponerla en funcionamiento, esto es, la de explotarla, obtener ingresos por este concepto y pagarse así lo invertido en la construcción.** Así lo dispuso la ley 105 de 1993 al regular la concesión de obra pública. Para algunos doctrinantes, el elemento diferencial de este contrato, 'no es la construcción de la obra sino la explotación de la misma, que deberá estar asociada al menos a la conservación de ella o a su ampliación o mejoramiento. Es decir, la concesión de obra pública es concebida hoy por los textos normativos vigentes no solamente como una forma de ejecución y financiamiento de una obra pública, sino además como una forma distinta de gestionar los servicios de infraestructura pública". [158]

En igual sentido, la jurisprudencia arbitral, se ha pronunciado:

> "La concesión de obra pública, en los términos de su definición legal, no es cosa distinta que una de las múltiples modalidades permitidas por la ley para la ejecución de una obra pública; en efecto, su construcción se "acomete" o encarga por la administración a un particular, quien se hará cargo de la consecución de los recursos –técnicos y financieros- requeridos para su ejecución, asegurándose el repago de la misma, mediante la cesión por la entidad concedente, autorización de recaudo o pago directo de "*derechos, tarifas, tasas, valorización o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien,* **o** *en una suma periódica, única o porcentual, y en general, en cualquier* ***otra*** *modalidad de contraprestación que las partes acuerden.****"***[159] (negrillas de este Laudo)
>
> "**Será entonces la fuente de los recursos destinados a financiar la construcción de la obra, el elemento básico que integra la definición del negocio concesional, distinguiéndolo del tradicional contrato de obra pública:** Su construcción se acometerá con *"la financiación a cargo del concesionario pero repago por los terceros usuarios mediante el pago de una suma, denominada corrientemente peaje*[160] –sin perjuicio de cualquier forma de repago que adopten las partes en el contrato-. **Este elemento *"distingue claramente la concesión del contrato de obra pública, porque en éste la retribución del***

---

[158] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 7 marzo de 2007, Expediente 11.542 y sentencia de 18 de marzo de 2010 Rad. No. 14390: "[…]"el elemento diferencial de este contrato … no es la construcción de la obra sino la explotación de la misma, que deberá estar asociada al menos a la conservación de ella o a su ampliación o mejoramiento (…) la concesión, en cualquiera de sus modalidades, es un contrato que se distingue de otros tipos negociales con los cuales tiene cierta proximidad en punto a su objeto —obra pública, servicios públicos, etcétera— por razón del factor consistente en quién asume, entre otras responsabilidades, la de la financiación de la ejecución de la obra, de la asunción de la prestación del servicio o de la explotación del bien del cual se trate, toda vez que dicha financiación correrá, en la concesión, por cuenta del concesionario, mientras que el repago de la misma es el que habrá de efectuarse por cuanta del usuario o beneficiario de la obra a largo plazo o por la entidad contratante misma, con el consiguiente margen de riesgo empresarial que asume el concesionario, dado que despliega una gestión directa suya y no a nombre de la entidad concedente […] La fuente de los recursos destinados a financiar la ejecución del objeto material de la concesión y particularmente la responsabilidad de su consecución, constituye por tanto, el elemento básico que integra la definición del negocio concesional y, *"distingue claramente la concesión del contrato de obra pública, porque en éste la retribución del contratista consiste en un precio"* (…) ello da lugar a entender que la concesión se estructura y se caracteriza como un típico negocio financiero en el cual el particular destina a la construcción de una obra pública, a la prestación de un servicio o a la explotación de un bien de dominio público, recursos propios o gestados por él por su propia cuenta y bajo su propia responsabilidad, mientras que el Estado se obliga a las correspondientes prestaciones que permiten al concesionario recuperar su inversión y obtener sus ganancias mediante cualquiera de los mecanismos permitidos por la ley y convenidos en cada caso para obtener el repago de la inversión privada y sus rendimientos. […] dicho retorno constituye, entonces, el móvil que conduce al concesionario a la celebración del convenio;"

[159] "Artículo 32, numeral 4, Ley 80 de 1993."

[160] "La cesión del peaje, pontazgo o los derechos que deben pagar los usuarios por el uso de la obra pública en tanto bien público de uso público, constituye el modo más usual de garantizar el repago de la inversión al concesionario."

contratista consiste en un precio".[161]" Lo anterior ha dado pie para que se defina la concesión, más que como un contrato estatal de obra bajo una determinada modalidad –sistema concesional-, **como un típico negocio financiero**: (negrillas fuera del original)

"El particular destina a la construcción de una obra pública recursos propios o gestados por él bajo su propia cuenta y responsabilidad, y el Estado se obliga al pago de los mismos mediante cualquiera de los mecanismos permitidos por la ley para el repago de la inversión privada y sus rendimientos, de conformidad con las estipulaciones que a tal efecto se pacten por las partes en el contrato**. La utilidad o ventaja económica que se persigue con la celebración de este contrato por el particular concesionario no surge del "precio" pactado equivalente al valor de la obra ejecutada, como ocurre en el típico contrato de obra, sino en el rendimiento de los recursos invertidos para su construcción, o en palabras más técnicas en el retorno de la inversión realizada. Este retorno constituye, entonces, en tanto móvil que conduce a la celebración del convenio, la ecuación económica o equivalente económico del contrato para el concesionario. Son entonces claras las ventajas perseguidas por las partes en el contrato de concesión: El beneficio estatal se concreta en la obra misma, sin que a tal fin se haya afectado el presupuesto del Estado; y el del contratista concesionario en los rendimientos del capital invertido.** …. El concesionario tendrá a su cargo la construcción y explotación de la obra por su cuenta y riesgo, lo que implica la consecución de los recursos técnicos y económicos requeridos a tal fin; como contrapartida el Estado contratante le otorgará, a más del derecho a construir la obra, la remuneración correspondiente, que usualmente consistirá en la explotación económica de la misma, con exclusión de terceros en esa actividad, a modo de privilegio[162], por un plazo determinado con el fin exclusivo de que recupere la inversión del capital destinado a la obra, y de esta forma, igualmente se garantice la utilidad que lo movió a celebrar el contrato, de conformidad con las normas legales que regulan la materia. De allí las garantías legales al retorno de la inversión esperada, que enmarcan el criterio interpretativo de la expresión legal "por cuenta y riesgo".[163] (resaltados del –Tribunal)

Ambos contratos, el de obra y concesión se rigen prevalente y preferentemente por el Estatuto de Contratación contenido en la Ley 80 de 1983, las normas que lo modifican y reglamentan "en las materias particularmente reguladas", a su contenido se incorporan los principios del interés público, social o general, la función administrativa y los servicios públicos (artículos 1º y 209 de la Constitución Política), y en lo no previsto, su régimen legal aplicable es el Derecho Privado, civil o comercial[164].

En los contratos estatales, incluido el de obra pública y concesión[165], el equilibrio económico o financiero, es principio de orden público (*ius cogens*)[166], y por consiguiente, "la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar", de manera "que si se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán las medidas necesarias para su restablecimiento,

---

[161] ". SAYAGUES LASO, Enrique. TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Montevideo, 1959, No. 559."

[162]" Lo que no implica un monopolio".

[163] Laudo Arbitral de 24 de agosto de 2001, Tribunal de Arbitramento de Concesión Santa Marta. Paraguachón S.A.-INVIAS." En similar sentido, laudo del 26 de marzo de 2003, Tribunal de Arbitramento de Concesión Sabana de Occidente S.A. contra Instituto Nacional de Vias-Invias-;

[164] Artículos, 3º. 13 y 40 de la Ley 80 de 1993.

[165] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Sentencia de octubre 2 de 2003, expediente 14.394; Sentencia de septiembre 04 de 2003; Sentencia. Abril 29 de 1999. Sentencia. Julio 02 de 1998. Sentencia. Mayo 09 de 1996.

[166] Corte Constitucional. Sentencia C-892 de agosto 22 de 2001; Consejo de Estado. Sección 3ª. Sentencia de octubre 24 de 1996: "La ecuación financiera del contrato es una figura de imperativo legal, que se aplica con independencia de que las partes la hubieren pactado o no.".

so pena de incurrir en una responsabilidad contractual tendiente a restituir tal equilibrio" (artículos 27; 3, inc. 2, 4 n°. 3-8- 9; 5-1, 14-1, 23, 25-14, 27 y 28 Ley 80 de 1983; 32, Ley 1150 de 2007; Decreto 2474 de 2008; 2°,13, 58, 83 y 90 de la Constitución Política)[167].

En consecuencia, cuando se presenten circunstancias que lo alteren,[168], ya por actos de autoridad, bien por causas extrañas a la esfera jurídica de una o ambas, ora sobrevenidas, extraordinarias, imprevistas, imprevisibles o irresistibles y no imputables[169], se impone el deber legal de restablecerlo, más aún por la naturaleza onerosa y conmutativa del contrato estatal.[170]

2. De acuerdo con los elementos probatorios existentes en el expediente, previa apertura de la Licitación Pública No. M-LP-001-2008, según Resolución No. 302 del 22 de Agosto de 2008 por Resolución número 305 del 25 de Agosto de 2008, agotamiento de su trámite y evaluación de la oferta presentada el 10 de octubre de 2008, adjudicación por Resolución No. 395 del 4 de noviembre de 2008 al proponente consorcio integrado bajo promesa de sociedad futura "ESTACIONES METROLÍNEA LTDA", las partes suscriben el 18 de noviembre de 2008 el Contrato M-LP-001-2008, nominado como "CONTRATO DE CONCESIÓN PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA ESTACIÓN DE CABECERA Y LOS PATIOS DE OPERACIÓN Y TALLERES DE FLORIDABLANCA DEL SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO DEL ÁREA METROPOLITANA DE BUCARAMANGA".

El Contrato M-LP-001-2008, consta además, entre otros Anexos, de los relativos a "Estudios técnicos suministrados por Metrolínea S.A. al Concesionario" (2.1), "Revisión y complementación de diseños" (2.2.) con la descripción general de las obras (numeral 1) y Especificaciones técnicas de construcción que para los distintos *items*, contemplan el pago al precio unitario del contrato por toda obra ejecutada y aceptada a satisfacción por

---

[167] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 31 de agosto de 2011, 25000-23-26-000-1997-04390-01[18080]).

[168] Corte Constitucional, Sentencia C-333 del 1 de agosto de 1996. Expediente D-1111. Gaceta de la Corte Constitucional, 1996, Tomo 8. En el mismo Sentencia C-430 de abril 12 de 2000, Expediente D-2585, y Sentencia C-899 de 2003, Expediente D-4562.

[169] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 7 de marzo de 2011, Exp. 20683; 31 de agosto de 2011, Exp. 18080; 28 de septiembre de 2011, Exp. 15476; Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 18 de julio de 2012, Rad. 50001233100019920 396601.

[170] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias de 29 de abril de 1999, Exp. 14855, 15 de octubre 1999, Exp. 10.929 y 26 de febrero de 2004, Radicación 25000232600019910739101(14043): "(…) La Sala precisa que la teoría del equilibrio financiero del contrato procede respecto de todo contrato oneroso, de tracto sucesivo, conmutativo y sinalagmático, sin consideración al sistema de pago acordado".

el interventor o al precio unitario consignado en el formulario de las cantidades aproximadas de obra y precios unitarios del contrato, (numeral 31, in página 146 et passim, sobre medidas y forma de pago de materiales y de ejecución de la obra, que demuestran la combinación para efectos de pago del precio global y del precio unitario).

Las modificaciones número 1 de fecha 15 de enero de 2009 y número 2 de fecha 15 de mayo de 2009 versan sobre el Cierre financiero y plazo para acreditarlo: la número 3 de fecha 27 de julio de 2009 sobre la duración de las etapas de preconstrucción y construcción, y la número 4 de fecha 31 de agosto de 2010 amplia en 14 meses desde el 11 de enero de 2001 hasta el 11 de marzo de 2012 la etapa de construcción, con renuncia a reclamaciones por mayor permanencia de obra, y reiteración de la asunción de costos y riesgos por el concesionario. El Acta de inicio de la ejecución se suscribe el 28 de abril de 2009; la de iniciación de la etapa de pre construcción, el 28 de abril de 2009; la de la etapa de construcción el 28 de julio de 2009; el 8 de enero de 2010 se firma un acta de suspensión parcial y temporal; el 21 de febrero de 2010 el acta de reanudación; el 16 de enero de 2012 de suspensión, prorrogada con acta del 14 de mayo de 2012 y el 12 de octubre de 2012 el Acta de terminación anticipada de mutuo acuerdo.

3. Efectuadas las precisiones expuestas respecto de los elementos estructurales del contrato de concesión, por sus antecedentes formativos, documentos CONPES, estudios previos, pliegos de condiciones, adendos y anexos, así como la simple lectura del contenido del pacto, y su ejecución práctica, el contrato M-LP-001-2008 suscrito el 18 de noviembre de 2008, corresponde más a un contrato de concesión que a uno de obra pública.

El concesionario asumió la obligación de adelantar la construcción por su cuenta y riesgo de una obra compleja integrante de la infraestructura del Sistema Metrolínea, del cual es parte sin que pueda concebirse aisladamente, ni tenerse como una simple obra, sino como un componente inescindible del Sistema; obtener la financiación y hacer las inversiones bajo la vigilancia y control en las diferentes etapas de preconstrucción y construcción de la entidad concedente; la remuneración con la cual recuperaría sus

inversiones se pactó mediante la cesión de un porcentaje de la tarifa proveniente de la explotación de todo el sistema, y se estipuló la reversión incluso anticipada de todos los bienes destinados al objeto de la concesión, lo que ninguna norma prohíbe, aspectos configurativos de los elementos del contrato de concesión, y no de un contrato de obra.

En efecto, los antecedentes y documentos formativos indican:

a) Los estudios previos de la licitación, documento GAD-FO-02, versión 02 fechada a 19 de febrero de 2008, señalan la estructuración del Sistema Metrolínea a partir de las directrices trazadas en los Documentos CONPES, en particular el 3298 del 26 de julio de 2004 definitorio de *"los términos de participación de la nación, el Departamento de Santander y los municipios integrantes del Área Metropolitana de Bucaramanga en el Sistema Integrado de Transporte Masivo para el Área Metropolitana de Bucaramanga, hoy conocido como Sistema Metrolínea. En este documento el Sistema Metrolínea se define como un proyecto de importancia estratégica para la nación y para los municipios del Área Metropolitana de Bucaramanga",* la realización de la implantación del sistema desde el año 2004, el ingreso posterior del Municipio de Girón bajo el documento CONPES 3370, las construcciones iniciadas en los años 2006 y 2007, la conformación de un sistema integrado comprensivo de la operación, el recaudo y control, y la construcción de cuatro Estaciones de cabecera con sus respectivos patios de operación y talleres, actividades necesarias para lograr la implementación del sistema, cuya contratación se haría a través de contratos de concesión. [171]

Los estudios previos soportan jurídicamente el tipo contractual de concesión y su modalidad de selección, cuyo objeto es la concesión de la construcción de la Estación cabecera y los patios de operación y talleres de Floridablanca del Sistema Integrado de Transporte Masivo del Área Metropolitana de Bucaramanga, por cuenta y riesgo del concesionario, y a cambio de una remuneración, comprendiendo las etapas de preconstrucción, construcción, reversión y remuneración "*mediante el reconocimiento de*

[171]"Es así como el Sistema Metrolínea, al igual que proyectos similares en el país, cuenta con los siguientes componentes y agentes integrados en un solo sistema en busca de objetivos comunes. Infraestructura. Operación. Sistema de Recaudo y Control. Ente Gestor"; "De acuerdo con el cierre financiero del sistema, las estaciones, patios y talleres ubicados en los municipios de Bucaramanga, Girón y Piedecuesta serán construidas con recursos estatales, mientras la Estación de Cabecera y los Palios de Operación y Talleres de Floridablanca serán construidos con cargo a los recursos del sistema a futuro"

un porcentaje de los ingresos del sistema Metrolínea procedentes de la tarifa o valor del pasaje que cancelan los usuarios por la prestación del servicio de transporte".

b) Los documentos CONPES contienen los lineamientos y directrices del proyecto como un sistema integrado de la infraestructura, operación, recaudo y control, financiado con cargo a la tarifa recaudada del usuario.[172]

El Documento CONPES 3552 de 2008 relativo al *"sistema integrado de transporte masivo de pasajeros del Área Metropolitana de Bucaramanga – seguimiento"*, en torno a los procesos y tipos contractuales, con absoluta claridad y precisión señaló:

> "Los procesos de contratación **para las concesiones de Infraestructura, Operación y Recaudo del SITM, que se encuentran respaldados con cargo a la tarifa**, se rigieron por lo establecido en la ley 80 de 1993 de la legislación Colombiana, igualmente, por la política nacional de distribución de riesgos plasmada en los Documentos Conpes 3107 del 3 de abril de 2001 y Conpes 3133 del 3 de Septiembre de 2001" (Subrayas ajenas al texto).

c) Los pliegos de condiciones de la Licitación Pública No. M-LP-001-2008, sus Anexos 1 ("Descripción de la Concesión"), Anexo 2 ("Formato A. Carta de presentación de la propuesta"), Anexo 3 ("Minuta del contrato de concesión"), los Anexos al Anexo 3 ("Anexo No. 1 del Contrato de Concesión: Propuesta del Concesionario"; "Anexo No. 2.1 del Contrato de Concesión: Estudios técnicos previos"; "Anexo No. 2.2 del Contrato de Concesión: Revisión y complementación de diseños"; "Anexo No. 3 del Contrato de Concesión: Especificaciones técnicas de construcción"; 3.1. Anexos de la minuta de contrato), "Anexo No. 4 del Contrato de Concesión: Plan de manejo ambiental y gestión

---

[172] El CONPES 3107 de 2001 fija la "Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura"; el CONPES 3133 de 2001, las "Modificaciones a la política de manejo de riesgo contractual del Estado para procesos de participación privada en infraestructura establecida en el documento CONPES 3107 de abril de 2001".; el CONPES 3167 de 2002 al referir a la "política para mejorar el servicio de transporte público de pasajeros", consagró en sus directrices particulares: "Vincular capital privado en la financiación, de forma tal que a través de la tarifa el privado cubra como mínimo el costo de equipos, sus propios costos de administración, operación y mantenimiento y de patios y talleres. Así mismo, la tarifa deberá cubrir el mantenimiento de la infraestructura, del funcionamiento de la entidad pública a cargo de la planeación, gestión, regulación y control del sistema, y apoyará el cubrimiento de los costos de la reducción de la sobreoferta, buscando conservar el equilibrio entre los intereses empresariales, de los usuarios y del desarrollo urbano en las ciudades. La asignación de riesgos se ajustará a la política nacional establecida en el documento Conpes 3107" (cfr., pag. 24); el CONPES 3298 de 2004, definió los lineamientos de política pública del "sistema integrado del servicio público urbano de transporte masivo de pasajeros del Área Metropolitana de Bucaramanga", con la distribución de responsabilidades para desarrollar el Sistema Metrolínea, y la financiación de la infraestructura de Patios y Talleres con la tarifa cobrada a los usuarios del sistema; el CONPES 3368 de 2005 sobre "política de transporte urbano masivo – seguimiento", señaló que "cada Ente Gestor deberá presentar cada vez que el 'Grupo de Trabajo para apoyar los Proyectos de los Sistemas Integrados de Transporte Masivo del país Cofinanciados por la Nación' del Ministerio de Transporte así lo requiera, un informe sobre el costo total de cada Proyecto determinando de manera precisa la fuente de financiación de cada uno de sus componentes" (pag. 13); y el documento CONPES 3552 de 2005, señala: "Con el fin de disminuir el impacto de los costos en la tarifa, la construcción y adquisición de predios de los Portales – Patio Talleres del Norte, Piedecuesta y San Juan de Girón, serán asumidos con recursos de inversión pública, y por su parte, la obra de infraestructura del Portal - Patio Taller de Floridablanca se adelantará con cargo a la tarifa" .

social"; "Anexo No. 5 del Contrato de Concesión: Plan de manejo de tráfico"; "Anexo No. 6 del Contrato de Concesión: Plan de calidad" y "Anexo No. 7 del Contrato de Concesión: Programa de ejecución del proyecto"); Anexo 4 ("Reglamento Sala de información y documentos") Anexo 5 ("Formato de preguntas y respuestas"), Anexo 6 ("Constancia de visita de obra"), Adendas No. 1, 2, 3 y 4.

De estos documentos, destaca el Tribunal:

1) El objeto de la licitación (numeral 2.2., pág. 28), consistente en *"la selección del concesionario, entre aquellos proponentes que presenten propuestas elegibles para la adjudicación del contrato de concesión, previsto en el artículo 32, numeral 4 de la Ley 80 de 1993, para que éste realice por su cuenta y riesgo la construcción de la Estación de Cabecera y los Patios de Operación y Talleres de Floridablanca del Sistema Integrado de Transporte Masivo del Área Metropolitana de Bucaramanga, bajo la vigilancia de Metrolínea S.A. y a cambio de una remuneración. El proponente que resulte adjudicatario de la presente licitación se obliga a suscribir y ejecutar el contrato contenido en el Anexo No 3 Minuta del Contrato del pliego de condiciones".*

2) Las definiciones de "Agentes del sistema" que son los "*concesionarios de la operación de transporte, el concesionario del sistema de recaudo y control, el Concesionario para la construcción de la estación de cabecera y los patios de operación y talleres de Floridablanca, el administrador de los recursos y Metrolínea S.A."* (numeral 2.4. Definiciones, 2.4.5), Concedente (2.4.15), Concesión (2.4.16. "*Es el negocio jurídico derivado de la suscripción del contrato objeto de la presente licitación, a celebrarse entre Metrolínea S.A. y una persona llamada concesionario para la construcción, por su cuenta y riesgo, de la Estación de Cabecera y los Patios de Operación y Talleres de Floridablanca, del Sistema Integrado de Transporte Masivo del Área Metropolitana de Bucaramanga, a cambio de una remuneración"),* Concesionario (2.4.17), Contrato de Concesión (2.4.20: "*Es el contrato de concesión aquí licitado, a ser suscrito entre Metrolínea S.A. y el respectivo adjudicatario de la licitación, cuyo modelo se incorpora al presente pliego de condiciones como Anexo No 3*"), gestor del sistema (2.4.31), ingresos del concesionario (2.4.33 "*Participación quincenal que le corresponde al concesionario de acuerdo con la tarifa licitada, por concepto de remuneración*"), operación del sistema Metrolínea (2.4.37: *"Consiste en la realización de todas las actividades destinadas,*

relacionadas o concomitantes conducentes a la prestación de los servicios del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Pasajeros del Área Metropolitana de Bucaramanga, que involucra la gestión de los diferentes agentes del Sistema Metrolínea") y tarifa al usuario (2.4.46: "*Es el costo del pasaje que se cobra a los usuarios por la utilización del servicio de transporte del Sistema Metrolínea"*), obras complementarias, (2.57 "*las que no se encuentra en las condiciones originales del contrato, sus anexos, planos y especificaciones y por esto mismo, no se encuentra incluida dentro del precio global del contrato de concesión."*).

3) El Sistema Integrado de Transporte Masivo, Sistema Metrolínea (numeral 1.4, págs.11-27), con sus "**componentes y agentes integrados en un solo sistema**", su diseño (1.4.1), infraestructura (1.4.2), operación (1.4.4), recaudo y control (1.4.5), fases y etapas de implantación (1.4.6 y 1.4.7), con las siguientes características (anexo 1):

> "El Sistema Metrolínea contará con dos concesionarios encargados de la operación de transporte, un concesionario encargado del Sistema de Recaudo y Control y un concesionario encargado de la construcción de la estación de cabecera, y de los patios de operación y talleres de Floridablanca. Los concesionarios de operación son los responsables de la administración y mantenimiento de la flota de autobuses y de los patios y talleres del Sistema Metrolínea.
>
> "La responsabilidad de la administración y mantenimiento de los puntos de venta y carga y los puntos de atención al usuario estará a cargo del concesionario del sistema de recaudo y control. Los servicios de transporte son, programados y administrados de manera que la oferta pueda ajustarse a la demanda en forma rápida y eficaz, por la interacción dinámica del centro de control y del sistema central del sistema de recaudo La venta de pasajes y la recolección de los ingresos del Sistema Metrolínea están a cargo del concesionario de recaudo y control. Estos ingresos se trasladan a un Fideicomiso para su distribución según las disposiciones establecidas en los contratos de concesión del Sistema Metrolínea".

4) Definen la infraestructura del sistema Metrolínea y sus componentes, las estaciones de cabecera, los patios de operación y talleres, cuya construcción se hará a través de la selección del concesionario :(1.4.2 y 2.2):

> "La infraestructura del Sistema Metrolínea está compuesta por los corredores en que operan los sistemas de transporte, sus paradas y estaciones ya sean estas terminales de cabecera, estaciones intermedias, estaciones centrales, estaciones puerta izquierda o estaciones puerta derecha, los patios de operación y talleres, los sistemas de control – tanto de detección del vehículo como de señalización- y los sistemas de suministro de energía. "

5) El deber de diligencia debida e información sobre la concesión (numeral 2.10), y la visita técnica obligatoria al sitio de las obras (numeral 3.4).

6) La remuneración del Concesionario proveniente de la venta de pasajes en el Sistema Metrolínea será un porcentaje de la tarifa *"que se convierte en la tarifa que pretende recibir el concesionario a través de su participación económica en el Sistema Metrolínea"* (numeral 4.6).

El anexo 3 de los pliegos de condiciones de la licitación pública contiene la minuta del contrato de "concesión", de la cual se destaca la definición de concedente, concesión, concesionario, contrato de concesión, operación de servicios de Transporte Masivo de Pasajeros, Operación del Sistema Metrolínea, Sistema Integrado de Transporte Masivo o Sistema Metrolínea, Sistema Simlínea, Sistema Metrolínea (Cláusula 2), su objeto (Cláusula 3), la coexistencia del contrato con otros contratos relativos al sistema Metrolínea (Cláusula 8), los derechos y obligaciones de la concedente y del concesionario quien asume "por su cuenta y riesgo todos los costos y gastos del proyecto, obteniendo y/o aportando la financiación total de los recursos requeridos para la ejecución del proyecto, en los términos de este contrato", "obtener el cierre financiero en los plazos y condiciones" acordados (Cláusulas 17 a 20 y 29), la distribución de riesgos (Cláusulas 21 a 24), el equilibrio económico (cláusula 25), y las etapas de preconstrucción, construcción, reversión y remuneración (Cláusulas 27 y ss).

El anexo 3 al Contrato de Concesión, "Especificaciones técnicas de construcción para estación de cabecera y patios de operación y talleres Floridablanca", describe las especificaciones técnicas para la cimentación y estructura, las especificaciones técnicas de construcción de los elementos arquitectónicos, de construcción para plataformas de estación y urbanismo, redes sanitarias, eléctricas, telefónicas y de datos, y refieren el pago al precio unitario del contrato por toda obra ejecutada aceptada por el interventor, al precio unitario correspondiente consignado en el formulario de cantidades aproximadas de obra y precios unitarios del Contrato", previsiones y regulaciones consagradas igualmente en el anexo 1 al contrato de obra, citado ut supra La adenda No. 2 del 12 de septiembre de 2008 adiciona los pliegos e introduce modificaciones al anexo 3, minuta de contrato sobre el valor estimado, vigencia, etapa de remuneración, remuneración por tiempo e ingreso esperado y pagos anticipados

Del contrato, se acentúa:

1) "El presente contrato de concesión, sus cláusulas y los demás documentos que hagan parte de él, deberán interpretarse conforme a la naturaleza y alcance del mismo. En todo caso, los términos que se incluyan en las cláusulas y anexos del presente contrato, se entenderán según su sentido natural y obvio, salvo el caso de las palabras que se definen en el presente contrato o en el pliego de condiciones al que se encontró sometido el proceso de selección que dio origen al contrato, las que para todos los efectos legales se entenderán según el alcance y significado que allí se les otorga. Harán parte del presente contrato y de sus anexos, para efectos de interpretación y alcance de derechos y obligaciones, el pliego de condiciones y la propuesta presentada por el Concesionario. En caso de discrepancia entre el presente contrato, el pliego de condiciones y el Anexo No. 3 Minuta del Contrato del pliego de condiciones de la licitación pública M-LP-001-2008, prevalecerán las cláusulas contenidas en el primero de los mencionados." (encabezado, y Cláusula Primera).

2) La Cláusula 2, Definiciones, reitera las de la minuta de los pliegos de licitación, entre otras, las de "Agentes del sistema" ("Son agentes del Sistema Metrolínea: Los concesionarios de la operación de transporte, el concesionario del sistema de recaudo y control, el Concesionario para la construcción de la estación de cabecera y los patios de operación y talleres de Floridablanca, el administrador de los recursos y Metrolínea S.A.) Concedente, Concesión, Concesionario, Contrato de Concesión, *Gestor del Sistema* (Es Metrolínea a quien *"le compete la planeación, expansión, gestión y control del Sistema Metrolínea"*) Operación del Sistema Metrolínea ("Consiste en la realización de todas las actividades destinadas, relacionadas o concomitantes conducentes a la prestación de los servicios del sistema de transporte público masivo de pasajeros del Área Metropolitana de Bucaramanga, que involucra la gestión de los diferentes agentes del Sistema Metrolínea"), Sistema Integrado de Transporte Masivo o Sistema Metrolínea. ("Es el conjunto de vías, infraestructura, predios, bienes, equipos, instalaciones y rutas, servicio de recaudo, Sistema Simlínea, concesionarios, fiducia y empresa gestora que conforman el sistema de transporte terrestre masivo de pasajeros en el Área Metropolitana de Bucaramanga"), Sistema Simlínea, ("Es el conjunto de recursos administrativos, tecnológicos y organizacionales del Sistema Metrolínea que integra todos los sistemas especializados. Consta de procedimientos basados en

computadores y/o procedimientos automáticos y manuales que proporcionan información, completa, útil y oportuna para la gestión y el control del Sistema Metrolínea e involucra todas las necesidades estructurales técnicas y de desarrollo del Sistema Metrolínea, para suplir las necesidades generadas por los servicios de transporte, recaudo, monitoreo de imágenes, información y atención al usuario, gestión y control de la operación"), Sistema Metrolínea ("Es el conjunto de vías, estaciones, infraestructura, predios, bienes, equipos, instalaciones y rutas, sistemas de operación, recaudo y control, que conforman el sistema de transporte terrestre masivo de pasajeros en el Área Metropolitana de Bucaramanga, y que se describe de manera general en el pliego de condiciones"), ingresos del concesionario, obras complentarias que no están en las condiciones generales del contrato, sus anexos, planos, especificaciones, "y por esto mismo, no se encuentra incluida dentro del precio global del contrato de concesión" (numeral 2.57), Obras de Construcción(2.58) y Tarifa al usuario.

3) Su objeto, "es el otorgamiento al Concesionario de una concesión, para que de conformidad con el artículo 32, numeral 4 de la Ley 80 de 1993, realice por su cuenta y riesgo la construcción de la Estación de Cabecera y los Patios de Operación y Talleres de Floridablanca del Sistema Integrado de Transporte Masivo del Área Metropolitana de Bucaramanga, bajo la vigilancia de Metrolínea S.A. y a cambio de una remuneración" (Cláusula 3, Objeto).

4) El valor estimado asciende a noventa y seis mil millones de pesos ($96.000.000.000)", discriminado en los valores estimados para interventoría ($2.500.000.000), comisión de éxito (950.000.000 más el IVA) y las obras de construcción, pero su valor efectivo "corresponderá al ingreso bruto del Concesionario durante el plazo total de la vigencia del contrato", y retribuye todos los costos y gastos -directos e indirectos- de los trabajos, incluyendo los estudios, rediseños, diseños y ensayos, los costos de financiación, el retorno del capital, las utilidades del Concesionario y los impuestos, tasa y contribuciones que resulten aplicables, todas las labores tales como realizar sus propios estudios y aceptar, elaborar o modificar los diseños existentes para las obras de construcción de la Estación de Cabecera y los Patios de Operación y Talleres de Floridablanca, el pago de la comisión de éxito, el pago de la interventoría y todas las obligaciones y actividades del Concesionario durante la

etapa de preconstrucción, todas las obligaciones y actividades a cargo del Concesionario durante las etapas de construcción, reversión y remuneración, los gastos financieros y administrativos directos e indirectos y todos los demás que sean requeridos para la cabal ejecución del contrato, **así como la asunción de los riesgos** ambiental, comercial, de construcción, de financiación, de fuerza mayor o caso fortuito, de retorno de la inversión, de demanda, financiero, político, regulatorio y tributario y todos los demás, sn perjuicio del pago de las compensaciones por el ejercicio de las potestades excepcionales, y de los reembolsos por reparaciones necesarias por fuerza mayor o caso fortuito, cuando quiera que estas correspondan a riesgos no asegurables, y de las obras complementarias señaladas en el numeral 29.13. (Cláusulas 4 y 5).

5) El Contrato de concesión coexistirá con "otros contratos o concesiones para la implementación u operación del Sistema Metrolínea y para el desarrollo de otras actividades conexas o complementarias a la actividad de transporte de pasajeros, necesarias para la funcionalidad del Sistema Metrolínea, incluyendo, sin que ello constituya limitación, los contratos de concesión de operación, el contrato de concesión del Sistema de Recaudo y Control del Sistema Metrolínea y el contrato de fiducia. **El Concesionario declara expresamente que conoce y acepta esta circunstancia, y que reconoce a Metrolínea S.A.** como gestor y titular del Sistema Metrolínea, y por lo tanto acepta y se somete a todas las decisiones que Metrolínea S.A. adopte, en relación con la celebración de contratos que se requieran para habilitar la prestación del servicio de transporte de pasajeros en el Sistema Metrolínea, aceptando así mismo de manera explícita **y sin condicionamientos su coexistencia con el presente contrato**." (Cláusula 8, se subraya).

6) La vigencia del contrato se acordó por un plazo de 19 años y dos meses o hasta la finalización de la etapa de remuneración prevista en la Cláusula 31, lo primero que ocurra (Cláusula 10) que inicia el 1º de noviembre de 2009 y tendrá una duración total de diez y ocho (18) años y dos (2) meses, susceptible de suspensión en su ejecución (Cláusula 11) y terminación anticipada (Cláusulas 59 a 65), y se estipulan las etapas de Preconstrucción, Construcción, Reversión y Remuneración (Cláusulas 27 a 31)

7) El Concesionario además de las obligaciones relativas al predio, el diseño y la construcción, asumió "por su cuenta y riesgo todos los costos y gastos del proyecto, obteniendo y/o aportando la financiación total de los recursos requeridos para la ejecución del proyecto, en los términos de este contrato", recibir el predio para su custodia y construir la obra, pagar la interventoría, obtener el cierre financiero en los plazos y condiciones pactados, acreditado que cuenta con los fondos necesarios por el monto de sesenta mil millones de pesos ($60.000.000.000) para hacer las inversiones, revisar, verificar y ajustar los diseños, adelantar y ejecutar por su cuenta y riesgo, suministrando personal, equipo y material, todas las actividades, trabajos y las obras de construcción de la Estación de Cabecera y los Patios de Operación y Talleres de Floridablanca, asumió los riesgos ambiental y de gestión social, Cambiario, de Construcción, de Demanda, Estudios y Diseños, Fuerza Mayor o Caso Fortuito, Obtención de Licencias y Permisos, Retorno de la Inversión, Riesgo Financiero, Político, Regulatorio, y Tributario (Cláusulas 2.29, 18, 21, 22 y 29.18).

8) El numeral 18.4, detalla las obligaciones relacionadas con la construcción que será adelantada por el concesionario según los diseños aprobados por Metrolínea para el Sistema, el contrato y sus anexos, por su cuenta y riesgo, a cuyo efecto asume el "riesgo de construcción" derivado del diseño, programa de construcción, la adquisición de los equipos, tecnologías, compra de materiales y realización de las obras dentro del plazo, y los riesgos por estabilidad de las obras (numeral 22.3), también los ambientales, obtención de licencias y permisos.

9) El Capítulo Cuarto, Etapas del Proyecto, señala las de Preconstrucción, Construcción, Reversión y Remuneración, discriminando las obligaciones respectivas, programa, disponibilidad de personal, maquinarias y equipos, la ejecución de las obras según el plan de ejecución, el acta de verificación de obras, objeciones a las obras entregadas, la memoria técnica, las obras voluntarias "sin que ello implique una variación" de la remuneración, las obras complementarias cuyos precios serán los que se acuerden con el concesionario en acta de precios no previstos, y en caso de no acordarlos sólo comprenderá el valor del costo directo que incluye el de los materiales puestos al pie de la obra, jornales y sueldos, prestaciones sociales del personal y alquiler del equipo y herramientas (Cláusulas 27 a 29).

10) La Concedente, entre otras, adquirió las prestaciones de entregar al concesionario el predio para la ejecución de las obras, entregar el área concedida, coadyuvar las gestiones respectivas, adelantar las actividades de gestión, planeación y control del sistema, revisar y aprobar los documentos del cierre financiero, y asumió los riesgos de implantación del sistema ("la contingencia que consiste en el impacto que en los costos, en el costo de oportunidad y en el retorno de la inversión previstos por el Concesionario, puedan tener factores internos o externos al Sistema Metrolínea, que dificulten, retrasen o dilaten el proceso de implantación o puesta en marcha del mismo") y de variación de las tarifas por orden de autoridad competente (Cláusulas 20, 21 y 24).

11) Consigna como principios básicos del marco económico del contrato los de "Auto sostenibilidad", "Costeabilidad", "Tarifa Técnica" y "Tarifa Diferencial", la "fuente principal de ingresos" del sistema con el recaudo de la tarifa del usuario establecida por el Área Metropolitana de Bucaramanga, cuyos recursos se administrarán por un patrimonio autónomo de administración, inversión y fuente de pago, al cual los concesionarios de operación, el concesionario del sistema de recaudo y control del Sistema Metrolínea, el Concesionario de construcción de la Estación de Cabecera y los Patios de Operación y Talleres de Floridablanca, transfieren de manera irrevocable sus derechos patrimoniales sobre la parte proporcional de los flujos futuros del Sistema Metrolínea (Cláusulas 42 a 50).

12) La remuneración del concesionario durante el tiempo de vigencia del contrato, sin que implique "**una garantía de rentabilidad**" ni de "**flujo de caja mínimo**", pues "depende del recaudo efectivo de los ingresos" y "**las variaciones positivas o negativas serán parte de los riesgos asumidos",** en forma que "el recaudo efectivo de los ingresos durante la vigencia del contrato, se entenderá como la suma suficiente y necesaria para remunerar las inversiones efectuadas por el Concesionario, así como los costos financieros y operativos y demás gastos en que hubiere incurrido el Concesionario para el desarrollo del proyecto", se acordó percibiendo una de dos alternativas de pago, la que ocurra primero:

(ii) Remuneración por tiempo mediante una "participación en los ingresos generados por la prestación del servicio público de transporte masivo en el Sistema Metrolínea, lo cual se instrumentará mediante el pago periódico de un valor que para los efectos del presente contrato se denominará participación, el que se ha establecido conforme a las condiciones previstas en el pliego de condiciones y en el presente contrato de concesión, y que le será pagado con cargo y hasta concurrencia de los recursos producidos por los viajes que constituyen pago del Sistema Metrolínea y en concurrencia con la participación de Metrolínea S.A., los concesionarios de operación y la remuneración a los municipios, de acuerdo con lo establecido en el Contrato de Fiducia. En esta alternativa de remuneración, los ingresos del Concesionario corresponderán a su tarifa licitada, 11,75%, multiplicada por el valor total recaudado de los respectivos pasajes vendedos y utilizados del Sistema Metrolínea, reportados por el Sistema Simlínea tal como se muestra a continuación", aplicando la fórmula acordada; o

(ii) Remuneración por ingreso esperado en cuantía de $329.213.090.760; pero "transcurrido el plazo de vigencia del contrato, aún sin que el ingreso generado acumulado obtenido por el Concesionario sea equivalente al ingreso esperado, se entenderá terminado el contrato y se procederá a su liquidación" (Cláusula 51).

13) Estipula las cláusulas de reversión a la finalización de la construcción de las obras, y en caso terminación anticipada del contrato, aún durante la etapa de construcción (Cláusula 30), garantías y seguros (Cláusulas 32 a 41); multas y penal pecuniaria (Cláusulas 55 a 58); de terminación, modificación e interpretación unilaterales y caducidad (Cláusulas 59 a 62); terminación anticipada (Cláusulas 63 a 67), entre otras hipótesis por el acaecimiento de circunstancias de fuerza mayor, caso fortuito o hechos de terceros que hagan imposible su ejecución para cualquiera de las partes, o una de éstas la solicite por haberse suspendido durante un término continúo de más de dos meses, o por mutuo acuerdo (Cláusula 63), y se acordó una compensación (Cláusula 64); solución de conflictos, transacción, conciliación, compromisoria y amigable composición (Cláusulas 70 a 73); sujeción a la ley colombiana compromiso anticorrupción, confidencialidad, indemnidad, cesión de contrato, subcontratación, entre otras (Cláusulas 74 a 90).

14) El Capítulo Décimo (cláusulas 68 y 69), disciplina la vigilancia y control por Metrolínea, quien *"tendrá la facultad de supervisar la ejecución del contrato y de controlar la actividad desarrollada por el Concesionario, en ejercicio de sus funciones",* designar interventor y sus atribuciones, actividad que se extiende a todas las Etapas de Preconstrucción, Construcción, Remuneración y Reversión, en cuanto al cumplimiento de las obligaciones relacionadas con el predio, el diseño, la construcción, el proceso constructivo, el plan de ejecución del trabajo, aspectos ambientales y urbanísticos, la ejecución de las actividades de construcción, las especificaciones técnicas, el cierre financiero, etc. (Cláusulas 18, 27, 29), y que Metrolínea en su calidad de gestora de todo el sistema tendría un Centro de Control en su sede para *"la localización, seguimiento, coordinación, control y demás actividades de la operación del Sistema Metrolínea"* (numeral 2.28)

Ahora, las pautas de interpretación para los contratos estatales[173], contenidas en la Constitución Política (Artículos 1º y 209), el Estatuto Contractual expedido con la Ley 80 de 1993, sus normas reglamentarias y modificatorias, y en lo pertinente, las disciplinadas en el Título XIII, Libro IV, artículos 1618 a 1624 del Código Civil, también aplicables a los mercantiles con sus reglas específicas (1º, 822 y 823 del C. de Co), imponen considerar los fines y principios de la contratación estatal, la buena fe, el equilibrio o equivalencia entre las prestaciones y derechos[174], los postulados de la función administrativa, las normas rectoras de la conducta de los servidores públicos, las reglas hermenéuticas de los contratos, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo. La interpretación es labor retrospectiva comprensiva de los antecedentes tendientes a su formación, y prospectiva mirando su celebración y ejecución, contextual y conjunta, incluye la conducta de las partes, sin limitarse al contenido escrito, y procura desentrañar el significado prístino jurídicamente relevante del acto dispositivo, y la recíproca intención de las partes. Las reglas o principios hermenéuticos, postulan:

[173] Artículo 28, Ley 80 de 1993: "De la interpretación de las reglas contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos".
[174] Artículos 3º y 23 Ley 80 de 1993.

(i) El juez debe indagar la común, convergente, homogénea, y verdadera intención de las partes, sin limitarse al texto exegético, gramatical o semántico (Principio de la prevalencia de la intención de las partes).[175] (ii) Los términos del contrato aplican a la materia contratada (Principio de especificidad).[176] (iii) Ha de preferirse el sentido eficaz de la estipulación conforme a la naturaleza del contrato respecto de aquel en que no la produzca (Principio de interpretación útil, efectiva o conservatoria).[177] (iv) Debe estarse "*a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato",* incluidas las *"cláusulas de uso común aunque no se expresen"* (art.1621, C.C., Principio de Interpretación naturalística o usual). (v) Menester examinar de manera sistemática, integral, contextual y en conjunto las cláusulas *"dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad"* (Principio de interpretación contextual e integral, art.1622, C.C).[178] (vi) Las cláusulas contractuales pueden interpretarse por *"las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia"* [179], o "*por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte*" (Principios de interpretación extensiva y auténtica) art.1622, C.C.). [180] (vii) No debe restringirse la explicación dada en un contrato a aquellos casos a

---

[175] Art. 1618 del Código Civil: *"Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras".* Luís CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Editorial Jurídica de Chile, tomo duodécimo, De las obligaciones, Santiago de Chile 1979, pág. 16 y ss; Christian LARROUMET, *Teoría General del Contrato,* traducción de Jorge Guerrero, Editorial Temis, Bogotá, 1993, pág. 112.

[176] Artículo 1619 C.C: *"*Por generales que sean los términos de un contrato, sólo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 18 de noviembre de 1899. Gaceta Judicial año 14, pp. 376 ss.cas. civ. sentencia de 7 de febrero de 2008, SC-007-2008], exp. 2001-06915-01.

[177] Artículo 1620 C.C: "El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, cas. civ. sentencia de 7 de febrero de 2008, SC-007-2008], exp. 2001-06915-01: "[…], el hermeneuta preferirá la interpretación más conveniente al efecto útil del acto respecto de aquél en que no lo produzca (*Utile per inutile non vitiatur*), tanto cuanto más por la relevancia abstracta del negocio, las cargas de la autonomía privada, en particular, las de legalidad, previsión, sagacidad, corrección, buena fe, probidad y el principio de cooperación negocial que imponen a las partes desde el *iter negotti* la carga de conocer, respetar y aplicar la disciplina normativa (*ignoranti legis non excusat*), evitar causas de irrelevancia e ineficacia y colaborar armónicamente en la integración y regularidad del acto. En singular, el deber de probidad y la cláusula general de corrección se concretiza en un comportamiento razonablemente idóneo, para prevenir y corregir toda conducta incorrecta con una actuación prístina orientada a la realización de los fines inherentes a la contratación, regularidad y certidumbre del tráfico jurídico".

[178] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 2 de agosto de 1935; Gaceta Judicial XLII, pág. 343. "El estudio aislado de las disposiciones contractuales, como si cada una de ellas se bastara a sí misma, confunde al intérprete e impide la concordia entre los diversos puntos. Las cláusulas han de interpretarse unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor cuadre con la naturaleza del contrato y que más convenga a peste en su totalidad. Sólo así es posible aprehender la idea dominante de las partes y construir con sus palabras una figura jurídica" ; cas. civ. sentencia de 7 de febrero de 2008, SC-007-2008], exp. 2001-06915-01: "En sentido análogo, los cánones hermenéuticos de la *lex contractus*, comportan el análisis *in complexu*, sistemático e integral de sus cláusulas "*dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad*" (art.1622 C.C.), plenitud e integridad y no el de uno de sus apartes o segmentos (*Tota in toto, et tota in qualibet parte*), según de vieja data postula la Corte al destacar la naturaleza orgánica unitaria, compacta y articulada del acto dispositivo "*que por lo regular constituye una unidad y en consecuencia sus estipulaciones deben apreciarse en forma coordinada y armónica y no aislando unas de otras como partes autónomas*" (cas. civ. 15 de marzo de 1965, CXI y CXII, 71; 15 de junio 1972, CXLII, 218; sentencia de 2 de agosto de 1935, Gaceta Judicial XLII, pág. 3437, 7 de octubre de 1976)".

[179] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 12 de noviembre de 1897. Gaceta Judicial, año 13, p. 117. "*Cuando un contrato es reformatorio de otro, deben tenerse en cuenta, para fijar su inteligencia, las cláusulas de ambos y no tan solo las del segundo*"; Sentencia de 1º de octubre de 2004; Exp.: 7560.

[180] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, cas. civ. sentencia de 7 de febrero de 2008, SC-007-2008], exp. 2001-06915-01: "En la búsqueda del designio concurrente procurado con el *pactum, se confiere* singular connotación a la

los cuales naturalmente se extienda, salvo pacto en contrario (Principio de interpretación excluyente o extensiva, art. 1623, C.C). (viii) De subsistir alguna duda, las estipulaciones ambiguas se interpretan a favor del deudor (*favor debitoris o pro debitoris*), pero las extendidas o dictadas por una parte, acreedora o deudora se interpretarán en su contra, siempre que la ambigüedad provenga de omitir la explicación debida (*interpretatio contra proferentem stipulatorem*, art. 1624 C.C). [181]

Justamente, en la interpretación del contrato estatal, tras acentuar la importancia de los pliegos de condiciones, la oferta y el contrato, señala el Consejo de Estado:

> "8.3 […] la hermenéutica de los objetos jurídicos –ley, contrato, acto administrativo, sentencia, etc. – es un proceso que tiene como propósito desentrañar el sentido de los textos respectivos y que el primer instrumento que debe utilizarse para ello es la materia sobre la cual se exterioriza la voluntad de quien lo ha creado, es decir, el texto jurídico.
>
> "8.3.1 Diferentes fuentes de la tradición jurídica romana –*"cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio"*[182]– y medieval –*"in claris non fit interpretatio"*–, incorporadas ampliamente dentro de nuestro ordenamiento jurídico –*"Artículo 27.- Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consulta su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento." "Artículo 1618.- Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse más a ella que a lo literal de las palabras."*– guían al intérprete judicial en el sentido señalado, al poner de presente cuán importante es lo literal para interpretar un objeto, como punto de partida del trabajo respectivo. Si bien es cierto que el artículo 1618 establece que la intención de los contratantes prevalece sobre el sentido gramatical, también lo es que, de manera armónica con el artículo 1627 –*"El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación…"*–, impone al intérprete tomar el texto como primer elemento, pues se entiende que la voluntad del autor reside en su declaración final, salvo que se conozca claramente y que se acredite en el proceso judicial, que su intención era diferente a la que aparece en el texto
>
> "8.3.2 En ningún momento sugiere la Sala una posición literal o exégeta que agote el proceso hermenéutico en el texto –algo así constituiría claramente un error, pues el texto obedece a un contexto que habrá lugar a analizar para discernir el significado relevante para el derecho–, pero sí afirma que el primer paso que se debe adelantar con el propósito de entender jurídicamente el pliego de condiciones y la propuesta de los oferentes, precisa de atención, detenimiento y cuidado en el sentido gramatical correspondiente, como reflejo de la intención final del autor del texto, pues en muchos casos este criterio será preponderante y suficiente.[…]
>
> "9 No obstante lo anterior, la Sala encuentra pertinente recordar que existe una regla de interpretación, consagrada en diferentes artículos de nuestro ordenamiento jurídico[183], denominada interpretación

---

conducta, comportamiento o ejecución empírica significante del entendimiento de los sujetos al constituir de *lege utenda* una "*interpretación auténtica que le imprime vigor al real sentido del contrato por la aplicación práctica que las partes han hecho del mismo*" (art. 1622, C.C. cas.civ. S-139-2002 [6907], agosto 1/2002 reiterando cas. octubre 29/1936, XLIV, 456).

[181] Luís CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Editorial Jurídica de Chile, tomo duodécimo, De las obligaciones, Santiago de Chile 1979, pág. 28 y ss: "Esta regla supone que la duda sobre el verdadero sentido de las cláusulas o de una cláusula de un contrato no ha podido desaparecer con la aplicación de todas las demás reglas interpretativas que pudieran ser aplicadas y que resultan, por lo tanto, inaplicables o insuficientes para solucionar la ambigüedad de la cláusula". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, cas. civ. sentencia de 1º de agosto de 2002, Exp. 6907.

"[182]D.32, 25,1 PAULO".

[183] "En relación con la interpretación de la ley, el Código Civil dispone: *"Art. 30.- El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto"*. A propósito de la interpretación de los contratos, el artículo 1622 del Código Civil establece: *"Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad"*. Por su parte,

sistemática o coherente, la cual pone de presente la correlación entre las partes constitutivas de un discurso, como de cada manifestación del pensamiento, y su referencia común al todo del que hacen parte – *"incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita iuducare vel respondere"*[184]–. La correlación y referencia posibilitan la iluminación recíproca del significado entre el todo y los elementos constitutivos[185]". [186]

"9.1 De conformidad con este criterio, los pliegos y la propuesta deben ser interpretados en función de las diferentes partes que los conforman, sin aislar o separar una de ellas del conjunto…" [187]

Como afirma acertadamente el señor apoderado de la Parte Convocada, la exacta calificación jurídica de un contrato no depende del nombre o denominación dado por las partes sino de la ejecución práctica de sus elementos esenciales consagrados en la norma, y la ejecución de una obra puede adelantarse mediante contrato de obra, que puede contener etapas de preconstrucción, construcción y pago del precio, cualquiera que sea la modalidad de ejecución, forma de pago y el origen de los recursos, incluso provenientes de la explotación del bien, la distribución, dosificación y asunción de ciertos riesgos.

No obstante, la obra podrá ejecutarse asimismo mediante contrato de concesión, cuyas etapas, riesgos asumidos, prestaciones, modalidad de ejecución, origen de los recursos y forma de pago pueden ser similares a las de un contrato de obra pública, pero no se confunden con éste, porque el concesionario la ejecuta por su cuenta y riesgo, asume su financiación, se obliga a disponer, colocar u obtener los recursos necesarios y realizar las inversiones con los riesgos inherentes, y su recuperación no es el pago de un precio equivalente al valor de la obra, sino el retorno de su inversión en el plazo, forma y proporción estipuladas, usualmente a través de los dineros pagados por los usuarios durante la operación, puesta en funcionamiento y explotación de la misma o del servicio al que se destina, con las contigencias asociadas.

---

el Código de Procedimiento Civil prescribe: *"Artículo 187.- Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos…" "Artículo 250.- Apreciación de los indicios. El juez apreciará los indicios en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso. "Artículo 258.- Indivisibilidad y alcance probatorio del documento. La prueba que resulte de los documentos públicos y privados es indivisible, y comprende aun lo meramente enunciativo siempre que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato."*

[184]"D.1,3,24 CELSO: Es contra derecho juzgar o responder en vista de alguna parte pequeña de la ley, sin haber examinado atentamente toda la ley.

[185] "Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de febrero de 2012, expediente n.° 40.124, C.P. Danilo Rojas Betancourth".

[186] "Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2012, radicado No 25000232600019970380801. Ponente, Dr. Danilo Rojas Betancourt".

[187] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2012, radicado No 25000232600019970380801.

En la cuestión litigiosa, frente a la clara, inequívoca, explícita, recíproca y convergente "voluntad" de las partes de celebrar un contrato de concesión plasmada en los estudios previos, documentos CONPES, documentos de la licitación, oferta, adjudicación, contenido del contrato y la ejecución práctica armónica e inequívoca, durante su desarrollo y terminación, se impone la necesidad de estar a ella.

Las cláusulas del contrato interpretadas sistemática e integralmente, en conjunto con los documentos precontractuales y la conducta recíproca de las partes en el período de su formación, celebración y ejecución lo sitúan en la concesión, según su objeto (cláusula 3), distintas etapas de preconstrucción (cláusula 28), construcción (cláusula 29), remuneración (cláusula 31), la asunción de la financiación del proyecto al adquirir "por su cuenta y riesgo todos los costos y gastos del proyecto, obteniendo y/o aportando la financiación total de los recursos requeridos para la ejecución del proyecto, en los términos de este contrato", (cláusulas 29.18, 2.19, 18.1, nral. 4º, literal d., 20, nral. 5º y 29.18), la remuneración acordada con cesión de un porcentaje de la tarifa cobrada al usuario equivalente al 11.75% de la tarifa (cláusulas 2.53 y 51), los riesgos asumidos, la vigilancia y control de la entidad (cláusula 59), la reversión anticipada al finalizar la construcción –circunstancia, si bien no corriente, ninguna norma prohíbe (cláusula 30)- y la construcción de las obras de la Estación de Cabecera y los Patios de Operación y Talleres de Floridablanca como parte de la infraestructura y del sistema Metrolínea, necesarias para su operación, así como la explotación que comprende la explotación de todo el sistema mediante la coexistencia, interdependencia y nexo funcional de los distintos Agentes del Sistema, esto es, los diferentes concesionarios, muestran que en efecto las obligaciones del concesionario no se limitaron a la simple construcción de la obra, sino que comprendían además de su ejecución por su cuenta y riesgo, la obtención de la financiación del proyecto también por su cuenta y riesgo, para la operación y explotación de todo el Sistema de Transporte con miras a su adecuada prestación y a la generación de ingresos para recuperar sus inversiones.

En rigor, el proyecto de infraestrructura, tal como fue concebido, diseñado e implementado con sus distintos "**componentes y agentes integrados en un solo sistema**", se concibió como un todo unitario e inescindible comprensivo del diseño, infraestructura operación, recaudo y control para la adecuada prestación del servicio

público de transporte, de cuya operación y explotación provienen los recursos para la retribución de los distintos concesionarios encargados de la operación, transporte, recaudo y control, y la construcción de la Estación Cabecera, patios de operación y talleres de Floridablanca, y cuya operación, desde luego, comprende todas las obras construídas concesionadas.

En este contexto, la explotación de todo el sistema Metrolínea confluye en cada uno de los contratos de concesión integrantes del mismo, entre los cuales, no obstante su autonomía existe un nexo de coligación funcional de coexistencia e interdependencia que se proyecta en todos, como la propia accionada en la contestación a la demanda lo manifiesta.

El diseño del tipo contractual de concesión obedece al desarrollo de una política de Estado para financiar el Sistema Integrado de Transporte Masivo para el Área Metropolitana de Bucaramanga, hoy conocido como Sistema Metrolínea conformado por la infraestructura, operación, recaudo y control, con cargo a la tarifa recaudada del usuario, con sus "componentes y agentes integrados en un solo sistema", el concesionario Estaciones Metrolínea Ltda, asumió por su cuenta y riesgo todos los costos y gastos del proyecto, el suministro total de los recursos para la ejecución del proyecto, obtener el cierre financiero y los fondos necesarios para hacer todas las inversiones relativas a ejecutar la infraestructura pactada, cuya operación, explotación y puesta en funcionamiento no se concibe de manera aislada e independiente, sino como parte de todo un sistema y es la fuente de los recursos para el retorno de su inversión, sin estar garantizada, pero si sujeta a los riesgos y contingencias operacionales, aspectos todos que interpretados en conjunto, de manera sistemática e integral con el contenido del contrato, los estudios previos, los documentos CONPES, la oferta, su aceptación y la conducta de las partes, imponen concluir que sitúan el contrato celebrado en una concesión de obra pública, donde confluyen las características destacadas por la jurisprudencia constititucional y del Honorable Consejo de Estado, de financiación, asunción de riesgos, y explotación integral del sistema que comprende la explotación de todos y cada uno de sus segmentos, como fuente de los recursos para la recuperación de la inversión, todo lo cual va más allá de un simple contrato de obra de pública.

En tal virtud, la reversión anticipada[188], la no asunción del mantenimiento que es una de las varias actividades de su esquema típico, o que la explotación de la obra se realice mediante la explotación del Sistema Metrolínea, que comprende la explotación de toda la infraestructura mediante la conjunción de todos sus componentes e incluye la obra contratada, no sitúan el contrato celebrado en el contrato de obra, ni excluyen la concesión.

Como quedó expuesto, el primer inciso del numeral 4 del artículo 32 de la ley 80 de 1993, es claro en señalar que son contratos de concesion, en primer lugar, los que tiene por objeto otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación organización o gestión total o parcial, de un servicio público.

La redacción indica que cada un de esas actividades puede ser, separadamente, objeto del contrato de concesión, sin quese pueda inferir que la explotación es elemento indispensable de la concesión. Igual sucede con el contrato de concesión de construccion de obra pública regulado en el texto legal, pues en éste se precisa que hay actividades que separadamente pueden ser objeto de la concesion: la construccion , o la explotación, o la conservación, total o parcial, de una obra o bien destinado al servicio o uso público, así como todas aquella actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio, por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o una cifra única o porcentual .

Con base en la redaccion y alcance de la norma no puede deducirse que la ley exiga que el contructor explota el bien para configurar un tipo contractual de concesión. Bien por el contrario, la norma legal, al indicar en forma disyuntiva las distinas actividades que pueden ser objeto de concesion, se entiende, sin mayor esfuerzo. que cada actividad

[188] En el "Acta de Apreciaciones de la Entidad Respecto de las Observaciones Realizadas por los Interesados al Proyecto de Pliego de Condiciones", de fecha agosto de 2008 justifica la reversión anticipada, así ".6. Cláusula de reversión". "Para el caso específico no se requiere que los bienes afectos a la concesión permanezcan por todo el término contractual en manos del concesionario, pues no se trata de la explotación de un bien del estado que éste realice y el cual requiera para el desarrollo del objeto pactado. La explotación de los bienes correspondientes a la infraestructura del Sistema Metrolínea, corresponde a los operadores de transporte, quienes sí van a recibir gran parte de ésta, con el fin de realizar la operación del transporte masivo, encontrándose obligados a ejecutar inversiones, explotar la prestación del servicio público y revertir tanto los bienes inmuebles, como los muebles utilizados en el desarrollo de la concesión".

puede realizarse separadamente sin que se desintegre el tipo contractual de la concesión.

Puede ocurrir, además, que la propia administración explote el bien construído en el marco de la concesión de obra pública y con el producido de esa explotación remunere al constructor de la obra, mediante la participacion que se le otorgue sobre las sumas generadas con la explotación del bien inmueble, como está previsto expresamente en el citado texto legal.

La argumentacion de Metrolínea S.A., no considera detalladamente otros aspectos del contrato, que llevan a una conclusión distinta de la propuesta, pues el Contrato de Concesión celebrado comporta un esquema financiero que traslada al concesionario toda la responsabilidad de la financiación, la obtención y colocación de los recursos e inversiones, así como los riesgos financieros, mientras que el contrato de obra pública, generalmente no se realiza con inversiones del contratista, ni éste está encargado de su financiación, sino con el pago de la obra ejecutada calculada con base en precios globales y unitarios.

Propio de este tipo de contrato de obra publica es la existencia de cronogramas para controlar la ejecución de las obras, lo que no sucedió en el caso que se examina en el cual se adoptó un sistema de hitos para ese propósito. Tampoco se previó en el Contrato M-LP-001-2008 le entrega parcial de obras y la elaboracion de las actas corresondientes, como se suele suceder en los contratos de obra pública. Para la celebración del contrato de obra publica se requiere la preexistencia de la partida presupuestales y el registro correspondiente, lo que en el caso concreto no procedía, como lo admite la propia accionada, pues se financia por el contratista y se remunera con el producido proveniente de los pagos de los usuarios del servicio.

Los aspectos señalados diferencian el contrato de concesion para la construccion de obra pública del contrato de concesión para la prestación del servicio y de los rasgos integrantes del contrato de obra pública.

La perspectiva planteada por Metrolínea S.A., para tratar de sacar avante la tesis de que el contrato M-LP-001-2008 es de obra pública porque no tiene como elemento esencial la explotación del inmueble construído, pretermite considerar los otros elementos, como el de la financiación a cargo del contratista para la ejecucion de las obras, el desarrollo usual de los contratos de tracto sucesivo, los requisitos presupuestales para su celebración y ejecución, el amplio margen de asunción de riesgos muchos de los cuales son extraños a la naturaleza supuesta de obra pública del que se examina, todo lo cual conduce al Tribunal a considerar que el contrato celebrado entre las partes de este litigio, corresponde a un contrato de concesión de ejecución de obra pública y no a uno de obra pública.

Por lo anterior, y fundado en las disposiciones jurídicas, la jurisprudencia y los elementos de convicción, concluye el Tribunal que los elementos esenciales del contrato de concesión se estructuran en el celebrado por las partes. [189]

En consecuencia, prospera la pretensión primera de la demanda arbitral principal reformada, más no la excepción interpuesta en su contra nominada "El Contrato M-LP-001-2008 tiene naturaleza de contrato de obra pública y no de concesión de obra

[189] El profesor Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, actualmente Magistrado del Consejo de Estado, en concepto que actáu en el expediente, señaló: "Una aproximación al contrato de la referencia permite concluir sin mayores esfuerzos de carácter hermenéutico que definitivamente nos encontramos ante un típico contrato de concesión y no propiamente de obra pública, aunque el mismo implique aquella" (…) "[R]esulta claro que la intención irrefutable de las partes al suscribir el contrato de la referencia no fue otra que la de celebrar un negocio de los nominados por el legislador colombiano como de concesión, de claro carácter mixto en cuanto implica la ejecución de obra pública por el concesionario, por su cuenta y riesgo económica, con sus propios recursos y un retorno asegurado a partir de la explotación del proyecto por el correspondiente operador" (…) "Se trata en consecuencia de un modelo mixto de concesión que conlleva obra con prestación de servicios, siendo esta última actividad la fuente de los recursos para la retribución obvia y natural del concesionario […]" (…) "[L]a figura tal como fue desarrollada en el contrato se adecua, entonces, de manera plena, no a la norma señalada, sino por el contrario, a los presupuestos normativos del negocio destacados el artículo 32 No 4 de la ley 80 de 1993, y a lo dispuesto en los artículos 30 y siguientes de la ley 105 de 1994 en cuanto indudablemente el objeto del contrato y sus alcances implican el desarrollo de un proyecto de infraestructura vial, bajo la modalidad de concesión, vital para los intereses públicos de Bucaramanga y su área metropolitana"; (…) "[D]e conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, resulta perfectamente posible la presencia, en un momento determinado, en el tráfico jurídico, de conformidad con las necesidades públicas, calificadas discrecionalmente por la administración, de un simple contrato de concesión de obra pública, esto es, cuyo objeto consista en "la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien", diferente de un simple contrato de obra, esto es, reuniendo los demás requerimientos del artículo en comento para ser calificado como de concesión"; (…)"[E]n la legislación nacional de los contratos estatales, la obra pública, no es una cuestión que pueda desecharse para efectos de la estructuración de negocios de concesión de servicio público" (…) "conforme a los argumentos expuestos, el concepto de contrato de concesión de servicios públicos, incorpora irremediablemente el de obra pública, sobre todo, cuando es a partir de la explotación propia de los bienes generados por las obras públicas contratadas, como se puede financiar, en todo o en parte, de conformidad con los modelos financieros adoptados, los grandes proyectos de infraestructura, luego el servicio público, la actividad prestacional correspondiente, no se puede desligar en manera alguna, si constituye un factor o elemento financiero destacable en la financiación de la obra" (…) "Efectuado un acercamiento tanto material como formal a los presupuestos normativos del contrato de concesión establecidos en el artículo 32 No 4 de la ley 80 de 1993, tenemos que los mismos se dan de manera estricta en el contrato de la referencia, lo que permitiría sin mayor dubitación sostener que el contrato en mención debe ser siempre interpretado, y sobre todo ejecutado bajo esta clara consideración jurídica".

pública, lo cual implica que sólo pueden reclamarse los costos directos y los costos administrativos necesarios para la ejecución de las obras", tampoco hay lugar al éxito de la pretensión primera de la demanda de reconvención, y en su lugar, procede la excepción propuesta "1. EL CONTRATO DEBE SER CUMPLIDO SEGÚN LO ACORDADO O "*PACTA SUNT SERVANDA".* 1.1. El contrato debe ser cumplido según lo acordado en cuanto a la clase de contrato que fue celebrado", por lo cual no es menester un pronunciamiento respecto de las nominadas "Actuación de buena fe de Estaciones Metrolínea" y "Carácter Vinculanre de los actos propios de Metrolínea" y "Carencia Absoluta de Derecho", en cuanto respecta a la clase de contrato celebrado.

2. Pretensiones y excepciones relativas a la terminación del contrato.

Pide la Convocante se declare la terminación del Contrato de Concesión M-LP-001-2008 el 12 de octubre de 2012 por la causal prevista en la Cláusula 63.6, consistente en su suspensión durante más de dos meses considerando la situación de fuerza mayor generada con la medida cautelar decretada por el Juzgado Noveno del Circuito Administrativo de Bucaramanga, la aceptación de su solicitud en tal sentido, el mutuo acuerdo de las partes sobre este particular en el acta suscrita ese día a propósito, la validez y eficacia de la terminación anticipada, así como el consenso expreso de las partes en aplicar la cláusula 64.2 del Contrato para los reconocimientos económicos que deben ser los resultantes de su aplicación (Pretensiones segunda, cuarta, quinta, sexta y séptima).

Expresa que ante la medida cautelar decretada durante la construcción adelantada en el predio entregado por la concedente, mediante auto del 20 de enero de 2011 aclarado por auto del 14 de febrero de 2011 del Juzgado 9º Administrativo del Circuito de Bucaramanga, ordenando suspender la obra en el inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria No.300-205655 comprendido en la zona entregada, teniendo en cuenta que Metrolínea S.A. en la contestación de la demanda señaló que es de propiedad del Área Metropolitana de Bucaramanga, es parte de la pasarela y el andén existente en la vía, y carece de licencia de construcción, previo concepto rendido el 21 de noviembre de 2011 por el abogado Ricardo Hoyos Duque a la entidad pública, con Acta del 16 de enero de

2012 las partes suspendieron el contrato por cuatro meses desde el 16 de enero de 2012 hasta el 15 de mayo de 2012, y posteriormente la ampliaron en dos meses hasta el 14 de julio de 2012 con el Acta de 14 de mayo de 2012. Dicho concepto concluyó "*que la orden judicial de suspender la ejecución las obras de construcción de la Estación de Cabecera tuvo un impacto significativo en la ejecución del contrato, ya que este fue diseñado teniendo en cuenta la totalidad del lote de terreno en el que se había proyectado y no sólo parte de él"*, la ocurrencia de una causa sobrevenida de fuerza mayor y "*que ese hecho, imprevisto y no imputable a las partes, tiene un grado significativo de afectación y trastorno de las obligaciones, que justificaría que el contrato se suspendiera en su totalidad y no solo en ese porcentaje […]"*. Añade que, al prolongarse la suspensión durante seis meses, con comunicación EM-CE-2190-12 del 23 de julio de 2012, corregida con la comunicación EM-CE-2197-12 del 25 de julio de 2012, solicitó la terminación del contrato por la la causal prevista en el numeral 6 de la cláusula 63 y que la entidad pública la aceptó según oficio M-GER-1675-300812 del 30 de agosto de 2012, citándola para suscribir de común acuerdo el acta respectiva. El acta se suscribe el 12 de octubre de 2012 y consigna en sus considerandos los motivos de la terminación por mutuo acuerdo, en particular, la medida cautelar decretada por el Juzgado Noveno del Circuito Administrativo de Bucaramanga, la suspensión por más de dos meses, la solicitud formulada y su aceptación por la entidad estatal.

La Convocada al contestar la demanda arbitral principal reformada interpuso la excepción denominada "*El Contrato M-LP-001-2008 terminó de común acuerdo por un hecho imprevisto y ajeno a las partes",* oponiéndose a la terminación el 12 de octubre de 2012, porque en el Acta de Terminación se acordó la subsistencia de ciertas obligaciones y solo puede entenderse terminado al momento de su liquidación; a la finalización del contrato por la causal 63.6, en cuanto el acta refirió en su numeral 10 también a la cláusula 11.3 y se produce no simplemente por la suspensión, ni por la aceptación de la solicitud presentada, sino por las suspensiones basadas en *"la existencia de un hecho imprevisto y ajeno a las partes, de un hecho de un tercero que impidió continuar con la ejecución regular del Contrato".* En su demanda de reconvención pidió declarar la terminación del contrato *"por hechos imprevistos e imprevisibles y ajenos a las partes"* (Pretensión segunda), a la que la demandada se opuso por la formulación incompleta e incorrecta de los hechos determinantes de la

terminación solicitada en ejercicio de un derecho ante la prolongada suspensión por la orden de autoridad competente que impedía continuar la obra y era constititiva de fuerza mayor. Interpuso la excepción denominada "*1. EL CONTRATO DEBE SER CUMPLIDO SEGÚN LO ACORDADO O "PACTA SUNT SERVANDA" 1.2. El contrato debe ser cumplido según lo acordado en cuanto al reconocimiento integral de las causas que condujeron a su terminación anticipada y en cuanto a las consecuencias que de tal terminación se derivan, particularmente en lo que dice relación con la aplicación de la cláusula 64.2".*

Sustentó la Convocada la excepción interpuesta en la terminación del contrato de común acuerdo por un hecho imprevisto y ajeno a las partes, no por incumplimiento de la obligación de entregar el predio, tal como consignan los considerandos 9 y 10 del acta de suspensión suscrita el 16 de enero de 2012 reconociéndose la afectación parcial de las obras por un "hecho, imprevisto y no imputable a las partes", en lo cual estuvieron de acuerdo los contratantes, es decir, "*que las partes han estado de acuerdo en que no es responsabilidad de Metrolínea la terminación anticipada, sino que ella es el producto de un hecho imprevisto y no imputable ni a Estaciones Metrolínea ni a la Entidad, de tal suerte que se ha aceptado que la terminación se produjo por el hecho de un tercero",* y *"no resulta aceptable lo expresado insistentemente por Estaciones Metrolínea en su demanda en el sentido de que el Contrato debió terminar anticipadamente por actuaciones atribuibles a la Entidad, expresión que implica un desconocimiento de lo expresamente convenido en el Acta de Terminación y, por lo mismo, una violación del acto propio que no puede ser aceptada en sede judicial.".* La citada excepción se replicó por la Convocante al no ser "*cierto que mi representada haya afirmado en la demanda que las partes llegaron de común acuerdo a la terminación anticipada del Contrato de Concesión por el incumplimiento del Contrato de Concesión por parte de METROLÍNEA, en cambio de lo cual sí afirmó y ya está debidamente probado en el proceso que METROLÍNEA incumplió con su obligación de entregar un predio idóneo para que el Concesionario pudiera ejecutar en tal predio el objeto de la concesión*", pues de *"no haber incurrido METROLÍNEA en ese incumplimiento no se habría llegado a la expedición de la medida cautelar en el proceso de acción popular, no se habría tenido que suspender el Contrato de Concesión en forma prolongada, y ESTACIONES METROLÍNEA no hubiera tenido que pedir la terminación anticipada del Contrato de*

Concesión", y en tal sentido, "*la excepción propuesta no debe prosperar, en cuanto la misma sea admitida desconociendo que la terminación del contrato tuvo como causa primigenia la decisión unilateral de ESTACIONES METROLÍNEA, fundada en la ocurrencia de una causal de suspensión prolongada del Contrato de Concesión a la que se llegó por una situación de fuerza mayor consistente en la orden de autoridad competente que impedía al Concesionario ejecutar actividades en una proporción significativa del predio, lo que hacía imposible terminar la construcción",* todo lo cual se consignó en el Acta de Terminación. En su alegato reitera:

> *"*En los hechos en mención está la referencia a las pruebas obrantes en el proceso que demuestran que (i) ESTACIONES METROLÍNEA pidió unilateralmente la terminación del Contrato de Concesión, al configurarse la causal que le daba derecho a hacerlo, (ii) METROLÍNEA, al aceptar que se habían configurado los hechos que daban nacimiento a la causal, accedió a la terminación, como lo prevé en el procedimiento descrito en el literal a) de la cláusula 65 del contrato, y se procedió a suscribir el acta, que debía firmarse cuando había común entendimiento sobre la existencia del supuesto de hecho que habilitaba para la terminación por el motivo invocado, (iii) en el Acta de Terminación, además de reconocer que la misma se origina en la solicitud de ESTACIONES METROLÍNEA, se deja constancia que la suspensión prolongada del contrato se dio por una situación de fuerza mayor, provocada por la orden de autoridad competente de suspender la obra en una parte del predio en el que se venía ejecutando (la parte que estuviera comprendida dentro de los linderos del lote de AMB que había sido ocupado por METROLÍNEA y posteriormente entregado como propio a ESTACIONES METROLÍNEA), y (iv) en el Acta de Terminación se acuerda que la determinación de las sumas a favor y a cargo de cada una de las partes, por razón de la terminación del Contrato de Concesión, se hará con arreglo a lo dispuesto en la cláusula 64.2."

En el alegato de conclusión la Convocada precisa que la terminación del contrato se dio por medio del acta de terminación fundada en la supensión prolongada, como indica la comunicación EM-CE-2190-12 de 23 de julio de 2012 enviada a Metrolínea, sin expresar siquiera la fuerza mayor como causal, y consigna en el considerando 18 que menciona el numeral sexto de la cláusula 63, o sea, *"cuando se haya solicitado la terminación anticipada del contrato por cualquiera de las dos partes, por haber ocurrido la suspensión de la ejecución del contrato durante un término continúo de más de dos meses*", y no el numeral 5 de esa cláusula, esto es, *"Por el acontecimiento de circunstancias de fuerza mayor, caso fortuito o hechos* (sic) *de un tercero* ***que hagan imposible la ejecución del contrato para cualquiera de las parte****s",* mientras el numeral 3 de la cláusula 11 la preve como causal de supensión cuando no impidan la totalidad del objeto contratado, y la suspensión del contrato *"partió de la premisa de que la decisión del juez de la acción popular no hizo imposible la ejecución del objeto contratado en su totalidad, sino que solamente impidió la ejecución perfecta de alguna o algunas obligaciones emanadas del Contrato".*

En cualquier caso, agrega, la causal invocada para la terminación del contrato y aceptada *"fue la suspensión prolongada (numeral 6 cláusula 63), y no la fuerza mayor o el hecho de un tercero (numeral 5 cláusula 63).",* por lo cual, Estaciones Metrolínea queda atada por sus propios actos. Adicionalmente, "*se puede afirmar que la solicitud de terminación del Contrato de Estaciones Metrolínea, que a la postre indujo a error a Metrolínea, tenía una causa formal: la suspensión prolongada, y una causa real: los problemas financieros del Contratista."*, pues la verdadera razón de la suspensión y de la terminación no fue la acción popular, sino los problemas financieros porque las obras costaron más de lo previsto en virtud de las varaciones entre los prediseños y los diseños, los costos y mayores cantidades de obra que no previó debidamente y debía asumir en virtud de los riesgos asumidos, como ponen de presente los testimonios rendidos por Adriano Otero, Carlos Angulo y Héctor Gerardo Cáceres**,** y las reclamaciones de costos adicionales formuladas mediante oficio EM-CE-0333-09 negada con oficio M-DOP-15447-020909 del 2 de septiembre de 2009, el oficio de 13 de noviembre de 2009 MT-041-DIR-306, del Director de la Interventoría, la posterior con EM-CE-1675 de 6 de octubre de 2010 también negada con oficio M-OAJ-4318-2010 de 20 de octubre de 2010, la de revisión del modelo financiero por hechos no relacionados con la acción popular con oficio EM-CE-1798-11, recibida el 7 de enero de 2011, negada con oficio M-SEG-145-130111, el reconocimiento de la concreción del riesgo de demanda con oficio de 10 de junio de 2011 sin número, pidiendo reconocimiento de *"obras complementarias"*, rechazada con oficio M-OAJ-3968-191011 de octubre 12 de 2011, cuando en comunicación EM-CE-1567-10 de 5 de agosto de 2010, para pedir un plazo adicional para la etapa de construcción en virtud del riesgo de diseño y construcción asumido, había señalado que "*Finalmente, no sobra advertir que el concesionario no pretende reconocimiento o reclamaciones económicas por mayor permanencia en obra, como consecuencia la ampliación del plazo constructivo*".

Consideraciones del Tribunal

1. El negocio jurídico es norma, regla o precepto de conducta *(pacta sunt servanda, lex contractus*), genera efectos jurídicos vinculantes y obliga a su cumplimiento de buena fe

al tenor de su definición, disciplina y contenido (*esentialia, naturalia y accidentalia negotii*). [190]

Al constituir un mecanismo de autorregulación de intereses para lograr una concreta función práctica o económica social, carece de vocación de perpetuidad, es efímero o transitorio y está llamado a terminar, por lo común, mediante su cumplimiento íntegro, total u oportuno dentro del plazo acordado para su duración. La terminación podrá acaecer por causas legales o contractuales. Puede acontecer por común acuerdo de las partes al vencimiento del término de su duración (*plazo extintivo*), ya por el advenimiento de la condición resolutoria (*cláusula resolutoria expresa*), ora por decisión unilateral, espontánea y autónoma de parte, bien por las demás causas pactadas o dispuestas en el ordenamiento jurídico.

El *mutuo consenso* de las partes es suficiente e idóneo para terminar un contrato siempre que no se excluya o prohíba en la ley y podrá adoptarse por los sujetos en consideración a sus intereses, concernir al reconocimiento de las causas acordadas *ex ante,* basarse en éstas o en factores diversos. En efecto, las partes podrán disciplinar determinadas causas cuya presencia ulterior y comprobación fáctica u objetiva comporta por sí misma la terminación del contrato o la difiere a la determinación, reconocimiento y aceptación mutua, ora a una decisión judicial. Acontecida la causa, las partes pueden disentir respecto de su ocurrencia o efectos o coincidir y concluir el vínculo. En esta hipótesis, el contrato termina por el consenso mutuo en virtud de la causa acordada. *Verbi gratia*, la *suspensión* del contrato durante cierto tiempo por una causa no susceptible de superación, definitoria de su frustración o que aún permitiendo su continuidad en el marco de circunstancias, precisa el decaimiento o pérdida del interés de una o ambas partes. En tal caso, la terminación se produce en función del reconocimiento por las partes de la causa pactada, y en todo caso, por su mutuo acuerdo.

---

[190] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 31 de mayo de 2010, Exp. 25269-3103-001-2005-05178-01. El contrato "obliga a su cumplimiento de buena fe, en todo cuanto le pertenece por definición (esentialia negotia), ley, uso, costumbre o equidad (naturalia negotia) o expresamente pactado (accidentalia negotia), en la totalidad de la prestación, forma y oportunidad debida, constituye un precepto contractual o norma obligatoria (pacta sunt servanda, lex privatta, lex contractus, artículos 1501, 1602, 1603 y 1623, Código Civil; 871 Código de Comercio), y su observancia vincula a los contratantes".

En cuanto respecta al "*mutuus consensus*", negocio jurídico extintivo e infirmatorio (*'contrarius consensus'),* por el cual las partes de un contrato existente, válido, eficaz y en ejecución, no agotado en su totalidad antes del plazo previsto para su duración y de su cumplimiento total *(res integra*) con observancia de la forma preordenada, por acuerdo recíproco lo terminan y disciplinan el contenido obligatorio de la extinción, la jurisprudencia civil de tiempo atrás ha expresado:

> "[…] Como ha puesto de presente la Sala, la terminación de un contrato puede darse por "*mutuo disenso*" o "*distracto contractual*" derivado de los artículos 1602 y 1625 del Código Civil, "*el cual se traduce en la prerrogativa de que son titulares las partes en un contrato para convenir en prescindir del mismo y dejarlo sin efectos, resultado éste que puede tener origen en una declaración de voluntad directa y concordante en tal sentido -caso en el cual se dice que el mutuo disenso es expreso-, o en la conducta desplegada por los contratantes en orden a desistir del negocio celebrado y además concluyente en demostrar ese inequívoco designio común de anonadar su fuerza obligatoria, evento en el que el mutuo disenso es tácito", siendo "menester que los actos u omisiones en qué consiste la inejecución, sean expresivos, tácita o explícitamente, de voluntad conjunta o separada que apunte a desistir del contrato…" (G. J. Tomo CLVIII, pág. 217); "que la conducta de todas las partes involucradas sea lo suficientemente indicativa de esa recíproca intención de "desistencia" que constituye su sustancia" (*cas.civ. 7 de marzo de 2000, exp.5319, S-023-2000[5319]).[191]
>
> "[…] [a]sí como el contrato surge de un concurso de voluntades, los mismos contratantes, como norma general, pueden mediante <u>mutuo consentimiento</u> dejarlo sin efecto, pues según el artículo 1602 del Código Civil 'todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su <u>consentimiento mutuo</u> o por causas legales'. Del texto de este ordenamiento se desprende que si bien toda relación contractual vincula vigorosamente a sus participantes, no es óbice para que la convención celebrada quede sin efectos, ora por el <u>acuerdo de las partes</u>, ya por los motivos previstos en la ley" (se subraya). Más adelante, agregó que "[l]a primera forma de disolución del contrato autorizada por la ley, que otros denominan 'mutuo disenso', 'resciliación' o 'distracto contractual', es la prerrogativa que asiste a las partes, fundada en la autonomía de la voluntad, para deshacer y desligarse del contrato entre ellas celebrado. Fundados en el mismo principio, pueden mutuamente extinguir sus obligaciones, tal como lo enseña el primer inciso del artículo 1625 del Código Civil, en cuanto dice que 'toda obligación puede extinguirse por <u>una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula</u>'…." (Cas. Civ., sentencia de 5 de noviembre de 1979, G.J. t. CLIX, pág. 306; se subraya. En similar sentido, fallos de 16 de julio de 1985, G.J. t. CLXXX, pág. 125; 7 de junio de 1989, G.J. t. CXCVI, pág. 162; 1° de diciembre de 1993, G.J. t. CCXXV, pág. 707; 15 de septiembre de 1998, G.J. t. CCLV, pág. 588 y 12 de febrero de 2007, exp. 00492-01).
>
> "Y en cuanto a las formas en que el mutuo disenso o distracto contractual adquiere perfil, la Corte tiene dicho que él se estructura por razón de un consentimiento expreso, o por cuenta de un proceder que tácitamente así lo denote. De suyo, que tal forma de terminación contractual puede tener "origen [en] una declaración de voluntad directa y concordante en tal sentido" o "en la conducta desplegada por los contratantes en orden a desistir del negocio celebrado y además concluyente en demostrar ese inequívoco designio común de anonadar su fuerza obligatoria" (Cas. Civ., sentencia de 1° de diciembre de 1993, G.J. t. CCXXV, pág. 707). […] En forma constante ha advertido la Corte que para la prosperidad del mutuo disenso, estructurado con base en los mandatos de los artículos 1602 y 1625 del Código Civil, es preciso que "la conducta de <u>todas las partes involucradas sea lo suficientemente indicativa de esa recíproca intención de 'desistencia' que constituye su sustancia</u>" (Cas. Civ., sentencia de 7 de marzo de 2000; se subraya)." [192]

---

[191] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 1 de julio de 2009, Exp. 11001-3103-039-2000-00310-0

[192] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 14 de diciembre de 2010, exp. 41001-31-03-001-2002-08463-01; sentencia de 28 de febrero de 2012, Exp. 05282-3103-001-2007-00131-01.

En análogo sentido, el Consejo de Estado ha puntualizado:

"1. **La Terminación del contrato estatal por mutuo acuerdo – naturaleza jurídica.**

"[…] en tratándose de contratos estatales, además de tener en cuenta las disposiciones referidas y por medio de las cuales se le otorga a la facultad a las partes contratantes para que de mutuo acuerdo den por terminado el contrato o negocio jurídico celebrado, también debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 norma que, entre otras, cosas faculta a las entidades estatales para que puedan celebrar los negocios jurídicos que permitan el ejercicio del principio de autonomía de la voluntad y que sean necesarios para el cumplimiento de las finalidades estatales. Así, se entiende que si bien en ejercicio de la actividad contractual estatal se reconoce el principio de la autonomía negocial, que a su vez faculta a las partes contratantes para que den por terminado el contrato estatal por mutuo acuerdo, la aplicación y ejercicio de dicho principio se ve matizada y limitada[193] por las finalidades de la actividad contractual del estado encaminada a garantizar la prevalencia del interés general y la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos.

"[…] En efecto, dentro de los modos normales de terminación del contrato estatal se pueden señalar: I) La terminación del contrato estatal por el cumplimiento del objeto contractual; y II) La terminación del contrato estatal por vencimiento del plazo contractual. Dentro de los modos anormales de terminación de los contratos estatales, la Sección Tercera de ésta Corporación había señalado al respecto: *"Los modos anormales de terminación de los contratos de la Administración se configuran, a su turno, por: a).- desaparición sobreviniente del objeto o imposibilidad de ejecución del objeto contratado; b).- terminación unilateral propiamente dicha; c).- declaratoria de caducidad administrativa del contrato; d).- terminación unilateral del contrato por violación del régimen de inhabilidades o incompatibilidades; e).- desistimiento -o renuncia-, del contratista por la modificación unilateral del contrato en cuantía que afecte más del 20% del valor original del mismo; f).- declaratoria judicial de terminación del contrato; y h).- declaratoria judicial de nulidad del contrato"[194]. En lo* relativo a la terminación por mutuo acuerdo del contrato estatal la Sección tercera de ésta Corporación ha señalado: " *[…]* ***así como las partes gozaron de autonomía para celebrar la convención o contrato, también la tienen para deshacerlo, para revocarlo convencionalmente, para privarlo de su eficacia futura (ex nunc) y, si así lo quieren, para destruir en cuanto sea posible los efectos ya producidos (ex tunc)*** *(...). (...) el mutuo disenso, que es un modo indirecto por cuanto afecta todo el contrato y, consecuencialmente, todas las obligaciones emanadas de este. El motivo de tal proceder consiste, (...) en la circunstancia de que algunos han confundido la simple convención extintiva que es el género, con el mutuo disenso que es una de las especies, dando así lugar a excluir la convención que solo se encamina a la extinción de una sola obligación, cualquiera que sea su fuente (se resalta). 17. Así pues, en el derecho privado es viable la terminación del contrato por el mutuo acuerdo de las partes, al amparo de los artículos 1602 y 1625 del Código Civil, aplicables a la contratación estatal como todas las reglas civiles y comerciales que no resulten incompatibles con el Estatuto de Contratación de la Administración Pública (arts. 13 y 40 de Ley 80 de 1993).* […] *El mutuo consentimiento, que fue el que creó la relación contractual, es también el que la extingue, y será igualmente la voluntad acordada de las partes la que habrá de determinar los efectos que producirá la extinción del contrato, que por lo general se limitarán al pago de la parte del precio contractual correspondiente a los trabajos o prestaciones que se hubieren cumplido y a la liquidación definitiva de la situación contractual, según su estado [195].*

[…] En los términos referidos, se entiende que la terminación del contrato por mutuo acuerdo se constituye en una forma o modalidad intermedia de extinción de las obligaciones derivadas del contrato estatal, pues no se encuadra ni dentro de las formas de terminación normal del contrato, teniendo en cuenta que las partes no la prevén de antemano al momento de celebrarlo, ni dentro de las formas anormales de terminación del contrato, pues son las partes que de común acuerdo convienen extinguir la relación contractual.[196] Precisado lo anterior, ha de decirse entonces que la terminación por mutuo acuerdo de un contrato es un negocio jurídico en virtud del cual las partes del contrato, convienen en dar por terminado el mismo contrato que precedentemente habían celebrado.Siendo ésta la descripción ontológica del acto al que se hace referencia, no cabe duda alguna de que el la terminación por mutuo acuerdo de un contrato es un negocio jurídico de la estirpe de los contratos pues en ella se presentan

[193] "Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 2150 del 30 de octubre de 2013".
[194] "Ibídem."
[195] "Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 26 de julio de 2012, Exp. 23.605"
[196] "Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 4 de diciembre de 2006, Exp. 15.239"

los rasgos distintivos de esta especie negocial a saber: **a)** El acuerdo entre dos o más partes; y **b)** El contenido económico, puesto que si el negocio que se termina era un contrato, y lo era porque tenía además de varias partes un contenido de esa estirpe, es evidente que el que ahora lo acaba también lo tendrá por extinguir una relación de esa naturaleza. En efecto, según lo dispone el artículo 864 del Código de Comercio *"el contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial…",* de donde se desprende que los contratos se caracterizan fundamentalmente por la pluralidad de partes y por el contenido económico de las relaciones que con él se regulan. En conclusión, la terminación por mutuo acuerdo de un contrato es a su vez un contrato que persigue terminar un contrato precedentemente celebrado."[197]

2. El Acta de Terminación Anticipada suscrita el 12 de octubre de 2012 hace constar la reunión de las partes "*con el fin de determinar las condiciones en que se ha resuelto dar por terminado de común acuerdo, previa solicitud del Concesionario, el Contrato de Concesión, teniendo en cuenta las consideraciones que se exponen a continuación",* de las cuales se destacan:

CONSIDERANDO

"4. Que mediante auto del 20 de enero de 2011, aclarado por auto del 14 de febrero del mismo año, el Juzgado 9º Administrativo del Circuito de Bucaramanga ordenó al Concesionario abstenerse de construir en el predio identificado con la matrícula inmobiliaria No. 300-205655, que a decir del actor popular está siendo utilizado como parte de la construcción (de la Estación cabecera y los patios de operación y talleres de Floridablanca del SITM) y que no es propiedad de METROLÍNEA S.A."

5. Que como consecuencia de la decisión judicial, las partes revisaron la reprogramación que habían acordado el 31 de agosto de 2010, en el Contrato Modificatorio No. 4, en virtud del cual el plazo de la etapa de construcción de catorce (14) meses va hasta el 11 de marzo de 2012. De la programación aprobada en virtud de la mencionada modificación se desprende que, mientras subsista la orden judicial de suspensión, el Contratista sólo podría ejecutarse el 55% de la obra prevista en el Contrato, y que, por lo tanto, esa decisión afectaría el 45% de la obra proyectada"

(…)

9. Que el día 23 de noviembre de 2011 el Tribunal Administrativo de Santander confirmó la medida cautelar impuesta por el Juzgado 9º Administrativo del Circuito de Bucaramanga; medida que a decir del Concesionario y de la Interventoría afecta parcialmente la construcción de la obra, tal como se señaló en el numeral 4º de estos considerandos.

10. Que resulta claro que este hecho imprevisto y no imputable a las partes, tiene un grado significativo de afectación y trastorno de las obligaciones contractuales.

11. Que mediante comunicación MT-041-RL-920-11, el Interventor ratificó que en varias comunicaciones solicitó que se suspendiera temporalmente el Contrato de Concesión siempre y cuando las concesiones coincidan con los hechos y jurídicamente así lo considere viable el concedente´

14. Que como consecuencia de la medida cautelar vigente que afecta la ejecución del Contrato, las partes acordaron suscribir un ACTA DE SUSPENSIÓN TEMPORAL mediante la cual se suspendió en Contrato de Concesión por el término de cuatro (4) meses contados a partir del dieciséis (16) de enero de 2012 y hasta el quince (15) de mato de 2012, estas dos fechas excluidas.

15. Que mediante Acta de Suspensión temporal, las partes acordaron ampliar la suspensión del Contrato de Concesioón por un plazo de dos meses hasta el catorce (14) de julio de 2012.

[197] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 31 de agosto de 2015, Radicación 63001-23-31-000-2006-01229-02 (43.041), que reitera las sentencias de 18 de noviembre de 1999, exp. 10.781; 4 de diciembre de 2006, Exp. 15.239, Sección Tercera, Subsección B, 22 de junio de 2011, Exp. 18.169; Subsección B, Sentencia del 26 de julio de 2012, Exp. 23.605.

16. Que a la terminación de la suspensión aludida en el numeral anterior, y sin que hubiera desaparecido la causa y los hechos que dieron lugar a la suspensión del Contrato acordada de consenso entre las paretes (orden de suspensión proferida como medida cautelar por el Juzgado 9 Administrativo y confirmada por el Tribunal Administrativo de Santander al interior de la acción popular bajo radicado N. 2010-316), el Concesionario envió al Concedente una comunicación en los siguientes términos:*"… Por virtud de lo anterior, sirva esta comunicación como la solicitud de Estaciones Metrolínea LTDA a Metrolínea S.A. para que, con base en lo dispuesto en el numeral sexto del artículo 63 del Contrato de Concesión, se dé por terminado el mismo, a partir del día 28 de julio de 2012. Lo anterior porque han transcurrido más de dos meses continuos de suspensión". Dicha comunicación fue aclarada mediante oficio radicado en fecha 25 de julio de 2012, en la cual el concesionario señala: " …de la manera más atenta indicamos a ustedes que la terminación solicitada se pretende a partir del 4 de agosto de 2012 (…) y no el día 28 de julio como por error involuntario de nuestra parte se solicitó"*

17. Que METROLÍNEA S.A. dio respuesta a la anterior comunicación mediante escrito del 30 de agosto de 2012, en los siguientes términos: "(….) 3) En tal sentido se ha concluido la viabilidad de proceder con la terminación de mutuo acuerdo del contrato referido (….)"

18. Que en tratándose de una terminación anticipada fundamentada en el numeral sexto del artículo 63 del documento contractual, estipula la cláusula 65 del Contrato lo siguiente: "La terminación anticipada del presente contrato en los casos contemplados en los numerales 5, 6, 7, 8 y 9 de la cláusula 63, se someterá al siguiente procedimiento: a) Cuando una de las partes tenga la intención de dar por terminada de manera anticipada el contrato por considerar que se ha presentado alguna de las causales mencionadas en el párrafo precedente, manifestará lo correspondiente mediante documento escrito al otro contratante, quien tendrá un termino de treinta días hábiles para manifestar su aceptación, caso en el cual se suscribirá un documento en el que se dé por terminado el presente contrato, y serán las partes, en este caso, quienes establezcan las condiciones para que se concrete dicha terminación. (...)".[198]

(…)

En virtud de las anteriores consideraciones y antecedentes, las partes

"**ACUERDAN**:

1. Acordar que la terminación del Contrato de Concesión tendrá lugar a partir del día 12 de octubre de 2012".

2. Para determinar las sumas a favor y a cargo de las partes por virtud de lo dispuesto por la Cláusula 64.2. del Contrato de Concesión, ***y así proceder a la liquidación*** del Contrato de Concesión, las Partes han resuelto iniciar unas mesas de trabajo a partir de la fecha, las cuales se deberán reunir así:

(…)

3. A partir de la fecha de terminación, cesan para el Concesionario las obligaciones relacionadas con la construcción de la Estación de cabecera, patios de operación y talleres de Floridablanca del SITM, en tanto subsisten en su titularidad las relacionadas con la disposición del patio taller provisional, el PMA y el PMT de la zona de influencia de la obra, así como la custodia del predio y almacén de inventarios integrados a la construcción respectiva, hasta tanto se proceda a la liquidación definitiva del contrato ya sea por acuerdo entre las partes, decisión de un amigable componedor técnico o de un Tribunal de Arbitarmento, tiempo que no será superior a seis meses.

Las partes reconocen que los costos en que incurra el Concesionario por las actividades relacionadas con la disposición del patio taller provisional, el PMA y el PMT de la zona de influencia de la obra, así como la custodia del predio y almacén de inventarios integrados a la construcción respectiva, harán parte y serán sumadas a las actividades realizadas por el concesionario para efectos de la aplicación de la fórmula prevista en el numeral 64.2. del Contrato de Concesión.

4. Conforme a lo dispuesto en el numeral precedente, para la entrega de la obra y del almacén de inventarios de la construcción objeto del contrato de Concesión, las partes han acordado que ésta se efectuará dentro del término señalado en el numeral tercero precedente (…)"

[198] Cuaderno Principal No. 3, folios 683

7. Los recursos que se causaron con cargo a la tarifa a favor del Concesionario durante el término de suspensión del Contrato, es decir, entre el quince (15) de mayo de 2012 y el 14 de julio de 2012, y que se encuentran depositados en el Fondo General del Patrimonio Autónomo Fideicomiso TISA constituido por el Concesionario de recaudo y control del Sistema Metrolínea con la Fiduciaria Corficolombiana, serán entregados al Concesionario por el desbalance de pagos que ha presentado el Contrato.

8. Los recursos con cargo a la tarifa equivalentes al 11.75% de ésta, que se han causado desde el 15 de julio de 2012 y se causen hasta la liquidación definitiva del contrato de concesión, se entregarán al concesionario en razón del desbalance de pagos que ha presentado el contrato; en tal efecto se contabilizarán como parte del pago realizado por la entidad al concesionario".

En armonía, y "en virtud de las anteriores consideraciones y antecedentes, las partes" acuerdan "*que la terminación del Contrato de Concesión tendrá lugar a partir del día 12 de octubre de 2012".*

En el expediente constan asimismo el Acta de Suspensión Temporal suscrita el 16 de enero de 2012 y el Acta de Prórroga del 14 de mayo de 2012, por mutuo acuerdo de las partes[199], la solicitud de terminación anticipada del Contrato de Concesión formulada por la Convocante a la Convocada mediante comunicación EMC-CE-1290-12 de julio 23 de 2012, corregida con oficio EM-CE-2197-12 de 25 de julio de 2012, "*con base en lo dispuesto en el numeral sexto del artículo 63 del Contrato de Concesión",* en *"cuanto han transcurrido más de dos meses continúos de suspensión"*, teniendo en cuenta la medida cautelar contenida en auto de enero 20 de 2011 del Juzgado 9º Administrativo del Circuito de Bucaramanga, su confirmación con auto del 23 de noviembre de 2011 del Tribunal Administrativo de Santander, la suspensión desde el "*pasado 16 de enero de 2012*" durante un plazo mayor a ciento ochenta días *"por acuerdo de las partes, y motivado por la medida cautelar referida*", así como la respuesta de Metrolínea según oficio MGER-1675-300812 del 30 de agosto de 2012, concluyendo "*la viabilidad de proceder con la terminación de mutuo acuerdo del contrato referido".*

En este caso concreto, la concesionaria elevó a la concedente la solicitud de terminar el contrato por haber ocurrido la suspensión prolongada del contrato en razón de la medida cautelar impartida por el Juzgado 9º Administrativo del Circuito de Bucaramanga que le

[199] Los Considerandos 9 y 10 del Acta del 16 de enero de 2012, expresan: "9.- Que el día 23 de noviembre del 2011, el Tribunal Administrativo de Santander confirmó la medida cautelar impuesta por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Bucaramanga, medida que a decir del concesionario y de la interventoría, afecta parcialmente la construcción de la obra, tal y como se señaló en el numeral 5 de estos considerandos.10.- Que resulta claro, que ese hecho, imprevisto y, según Metrolínea S.A., no imputable a las partes, tiene un grado significativo de afectación y trastorno de las obligaciones, de tal suerte que se hace necesaria la suspensión total del contrato y no solo en el porcentaje afectado por ella".

impedía ejecutar las actividades en una proporción significativa, acto de autoridad competente que ciertamente constituye una hipótesis de fuerza mayor reconocida en cuanto tal como *"hecho imprevisto y no imputable a las partes*" con *"grado significativo de afectación y trastorno de las obligaciones contractuales*", y determinante de la suspensión del contrato por un término mayor al previsto en el numeral sexto de la cláusula 63 para legitimar a una parte el ejercicio del derecho a pedir la terminación unilateral anticipada, que al aceptarse por la otra parte, impone suscribir el acta de terminación.

La terminación por mutuo acuerdo contenida en el Acta del 12 de octubre de 2012, se suscribe con arreglo al procedimiento consagrado en la cláusula 65 del Contrato, previa solicitud formulada por una parte al considerar que se ha presentado alguna de las causales contempladas en los numerales 5, 6, 7, 8 y 9 de la cláusula 63, y de su aceptación por la otra parte, en cuyo caso, aceptada se suscribe el documento que de por terminado el contrato.

Desde esta perspectiva el contenido del texto del Acta de Terminación Anticipada del Contrato, sus "*consideraciones y antecedentes*", y los documentos que la sustentan, no puede examinarse, aplicarse ni interpretarse en forma aislada, sino en su conjunto, sistemático e integral para explicar y sustentar el mutuo acuerdo de las partes respecto de las causas de la terminación, esto es, la solicitud unilateral formulada por la concesionaria al amparo de la causal sexta de la cláusula 63 al haber transcurrido más de dos meses continúos de suspensión por efecto de la medida cautelar del Juzgado 9º Administrativo del Circuito de Bucaramanga, *"hecho imprevisto y no imputable a las partes, [que] tiene un grado significativo de afectación y trastorno de las obligaciones contractuales",* que *"afectaría el 45% de la obra proyectada",* y la aceptación de esa solicitud por la concedente al considerarla viable.

El Acta del 12 de octubre de 2012, en consecuencia, plasma el mutuo acuerdo de las partes sobre la solicitud del concesionario para terminar anticipamente el contrato al tenor del numeral sexto de su cláusula 63 en virtud de su suspensión prolongada por la subsistencia de la medida cautelar del Juzgado 9º Administrativo del Circuito de Bucaramanga, y sus efectos que impedían ejecutar las actividades en una proporción

significativa, acto de autoridad competente que ciertamente constituye una hipótesis de fuerza mayor reconocida como *"hecho imprevisto y no imputable a las partes*" con *"grado significativo de afectación y trastorno de las obligaciones contractuales*".

Más ello no significa que el contrato termine por *"un hecho imprevisto y ajeno a las partes",* sino por el mutuo acuerdo respecto de la suspensión prolongada por un término mayor al previsto en el citado numeral seis de la cláusula 63.

Nótese que, al tenor de lo pactado en la cláusula 65 del Contrato, al presentarse alguna de las causales contempladas en los numerales 5, 6, 7, 8 y 9 de la expresada cláusula 63, la parte que tenga intención de dar por terminado el contrato de manera anticipada debe manifestarla a la otra parte, quien tendrá un término de treinta días hábiles para expresar su aceptación, y de aceptar, ambas partes suscriben un documento de terminación del contrato, y consagran sus términos o condiciones.

3. En lo atañedero a inducción en error invocada para terminar el contrato en cuanto la verdadera causa de la suspensión del contrato refiere a los problemas financieros de la concesionaria porque las obras costaron más de lo que inicialmente previó y su incumplimiento desde 2009 antes de las decisiones adoptadas en el proceso de acción popular según sus reclamaciones de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, los testimonios de los señores Adriano Otero, Carlos Angulo y Héctor Gerardo Cáceres**,** el acta de suspensión del 16 de enero de 2012 señala concreta y específicamente que tiene por causa la medida cautelar decretada por el Juzgado 9º Administrativo del Circuito de Bucaramanga mediante auto del 20 de enero de 2011, aclarado por auto del 14 de febrero del mismo año, confirmada en providencia del 23 de noviembre del 2011 del Tribunal Administrativo de Santander, "*que, mientras subsista la orden judicial de suspensión, el contratista sólo podría ejecutar el 55% de la obra prevista en el contrato y que, por lo tanto, esa decisión afectaría el 45% de la obra proyectada", "Que resulta claro, que ese hecho, imprevisto y, según Metrolínea S.A., no imputable a las partes, tiene un grado significativo de afectación y trastorno de las obligaciones, de tal suerte que se hace necesaria la suspensión total del contrato y no solo en el porcentaje afectado por ella"*, y las comunicaciones EM-CE-2190-12 del 23 de julio de 2012, corregida con la comunicación EM-CE-2197-12 del 25 de julio de 2012,

con las cuales se solicitó la terminación anticipada se basan en la subsistencia de la medida cautelar, de sus efectos y la prolongación de la suspensión por seis meses, solicitud considerada viable por la concedente en en su oficio M-GER-1675-300812 del 30 de agosto de 2012, causas reiteradas en el Acta de Terminación Anticipada suscrita el 12 de octubre de 2012, en la que ninguna mención se hizo sobre los incumplimientos ni respecto de la invocada inducción en error.

4. En lo que respecta a la invocada ausencia de terminación del contrato al acordarse las obligaciones relacionadas con la disposición del patio taller provisional, el PMA y PMT de la zona de influencia de la obra, la custodia del predio y almacen de inventarios integrados a la construcción hasta la liquidación definitiva del contrato, sea por acuerdo de las partes, ora por decisión de un amigable componedor técnico o de un tribunal de arbitramento, el reconocimiento y pago de sus costos, así como la entrega de la obra y del almacen de inventarios dentro del término pactado no superior a seis meses, y la obligación de entregar al concesionario los recursos generados con cargo a la tarifa del 11.75% dentro del término de la suspensión comprendida entre el 15 de mayo y el 12 de julio de 2012, y desde el 15 de julio de 2012 hasta la liquidación del contrato de concesión "*por el desbalance de pagos que ha presentado el Contrato",* por las cuales según la Convocada, el Contrato únicamente puede entenderse terminado con su liquidación, observa el Tribunal que en el Acta de Terminación Anticipada suscrita el 12 de octubre de 2012, las partes acuerdan *"que la terminación del Contrato de Concesión tendrá lugar a partir del día 12 de octubre de 2012*".

En consecuencia, en forma clara, expresa, inequívoca y sin duda alguna, las partes acuerdan la terminación del contrato a partir de esa fecha. La terminacion fue parcial, en lo concerniente a la obligación de ejecutar las obras objeto del Contrato M-LP-001-2008, pero subsistieron las otras obligaciones relacionadas con la disposición del patio taller provisional, el PMA y el PMT de la zona de influencia de la obra, así como la custodia del predio y almacén de inventarios integrados a la construcción respectiva, hasta la liquidación definitiva del contrato por mutuo acuerdo de las partes, decisión de un amigable componedor técnico o de un tribunal de arbitramento dentro de un plazo no

superior a seis meses, fijándose este término como máximo para recibirlas según se pactó en los numerales 3 y 4 de la expresada Acta.

Las obligaciones que continúan en la titularidad o a cargo de Estaciones Metrolínea Ltda, son continuidad de las contractuales, por lo cual, puede considerarse que por éste aspecto, el contrato subsistió parcialmente, y por esto, se contempló que los gastos en que incurra la concesionaria para su cumplimiento harán parte y serán sumados a las actividades realizadas para efectos de aplicar la fórmula prevista en el numeral 64.2 del Contrato de Concesión. Por consiguiente, la pervivencia de las mencionadas obligaciones no desvirtúa ni excluye la terminación anticipada del Contrato, como tampoco las prestaciones que la Concedente adquirió de entregar los recursos causados durante el tiempo pactado para pagar el "*desbalance de pagos*", ni las resultantes de la liquidación definitiva del contrato, y despúes de ésta, terminación que se precisa fue expresa a partir del 12 de octubre de 2012 respecto de las obligaciones atañederas a la construcción, y para las que subsistieron hasta la liquidación definitiva del contrato por mutuo acuerdo de las partes, decisión de un amigable componedor técnico o de un tribunal de arbitramento, en un plazo no superior a seis meses desde entonces. De suyo, la liquidación del contrato presupone la terminación, *"finiquita la relación entre las partes del negocio jurídico"*[200], *"corresponde a un corte de cuentas definitivo entre las partes con la finalidad de que las mismas se declaren a paz y salvo* ***y que extingue*** *de manera definitiva el vínculo contractual entre ellas".* [201]

Por lo anterior, las pretensiones de la demanda arbitral principal prosperan, más no las excepciones ni motivos de defensa. Tampoco prospera la pretensión incoada en la demanda de reconvención porque el contrato estrictamente no terminó "*por hechos imprevistos e imprevisibles y ajenos a las partes*", sino por la solicitud de terminación fundada en el numeral sexto de la cláusula 63, aceptada por la concedente y reconocida

---

[200] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 10 de abril de 1997, expediente 10.608; Subsección B, sentencia del 28 de febrero de 2013, Radicación número: 25000-23-26-000-2001-02118-01(25199).

[201] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de febrero de 2013, Radicación número: 25000-23-26-000-2001-02118-01(25199); sentencia del 20 de noviembre de 2008, expediente 17031: "*En este orden de ideas, se destaca que determinados contratos de la Administración ("los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran") tienen dos etapas: una de ejecución, para cumplir en forma oportuna y puntual las obligaciones y el objeto del contrato por las partes; y otra para su liquidación, con el propósito de conocer en qué estado y en qué grado quedó esa ejecución de las prestaciones* ***y extinguir finalmente la relación contractual".*** *(destacado del Tribunal.)*

por acuerdo mutuo de las partes en razón de la supensión prolongada durante el término previsto por la subsistencia de la medida cautelar y sus efectos, hecho éste si imprevisto, imprevisible y ajeno a las partes. En su contra, prospera la excepción "*1. EL CONTRATO DEBE SER CUMPLIDO SEGÚN LO ACORDADO O "PACTA SUNT SERVANDA" 1.2. El contrato debe ser cumplido según lo acordado en cuanto al reconocimiento integral de las causas que condujeron a su terminación anticipada y en cuanto a las consecuencias que de tal terminación se derivan, particularmente en lo que dice relación con la aplicación de la cláusula 64.2"*

3. Pretensiones y excepciones relativas a la entrega del predio y a la terminación anticipada del Contrato por su incumplimiento.

Pide la Convocante se declare el incumplimiento por la Convocada de su obligación de entregarle un predio respecto del cual ejerciera la titularidad de derechos para permitirle ejercer una tenencia pacífica, libre de turbaciones y ejecutar sin obstáculos las actividades comprendidas en el objeto del contrato, y en consecuencia, condenarla a pagar los perjuicios causados por la imposibilidad de ejecutar el contrato hasta su terminación, incluída la utilidad que tenía derecho a percibir de no haber terminado anticipadamente como consecuencia de la situación originada en el incumplimiento en que incurrió la sociedad demandada de su obligación de entregarle al Concesionario un inmueble idóneo para construir sobre el mismo el proyecto objeto de concesión, estimada en el dictamen pericial en la suma de $64.291.148.359 actualizada a agosto de 2014, *"en el entendido de que se deducirá del monto de la condena que se imponga conforme a esta pretensión, el valor de la condena que se imponga conforme a las pretensiones vigésimo primera y vigésimo novena de esta demanda, y el valor de la remuneración recibida por el Concesionario con el carácter de tal hasta la terminación del Contrato de Concesión, en cuanto dicha remuneración se mantenga, conforme a lo pactado, como un ingreso del Concesionario que no debe ser restado del valor de las actividades que le deben ser reconocidas a este por la terminación anticipada del Contrato de Concesión*", así como los restantes perjuicios por daño emergente derivados de esa situación que no se comprendan en las restantes condenas (Pretensiones tercera, trigésima tercera, cuarta y quinta).

Indica que la entidad pública debía entregar *"el predio para la ejecución de las obras de construcción de la Estación de Cabecera y los Patios de Operación y Talleres de Floridablanca"* (cláusulas 2.1, 18.1, numeral 4º, literal b., 20, nral. 1º, y 28.1), el Concesionario recibirlo *"de conformidad con el inventario de los bienes de la concesión que forma parte del acta de entrega", "en el estado en que se encuentran, esto es, sin condiciones, ni reservas"* (cláusulas 18.1, 18.2 y 53, numeral 1º), adelantar la construcción (cláusula 20, numerales 1º y 4º, y Cláusula 28.1), que el 6 de mayo de 2009 al hacerse la entrega física con copia de la escritura pública 1350 del 3 de abril de 2009 de la Notaría 2ª de Bucaramanga, dejó contancia que quedaba pendiente la entrega del levantamiento topográfico, planimétrico y altimétrico del predio cuyo número predial es 01-04-0207-0204-000, del certificado de tradición y libertad correspondiente al predio con la matrícula inmobiliaria 300-69674, entre otros documentos, como puso de presente con su comunicación EM-CE-0050-09 del 7 de mayo de 2009, que su obligación no comprendía realizar estudios de títulos ni verificar la titularidad (cláusulas 18.1, 18.2 y 53. Numeral 1 del Contrato de Concesión), que informó a la entidad mediante comunicación EM-CE-066-09 del 19 de mayo de 2009 la disparidad entre el área expresada en la escritura pública de 26.382,5 M^2 y la entregada *"que incluía un predio de propiedad del Área Metropolitana de Bucaramanga, lo que hacía necesaria una aclaración de linderos y/o acto que determine el alcance real del lote para determinar el área de ocupación del proyecto´* y que *"no se conoce acto administrativo o similar que haya realizado el AMB con respecto al predio 01-04-0207-0205-000"*, observaciones reiteradas en las Actas de Comité de Obra Nos. 002 del 19 de mayo de 2009 , 003 del 26 de mayo de 2009, y 004 del 2 de junio de 2009, no obstante lo cual Metrolínea en comunicación M-DPL-14457-070709 del 7 de julio de 2009, *"concluye que el área entregada a ustedes corresponde al área del globo de terreno comprado por nuestra entidad al señor Enrique Mamby y otros, adicionalmente se verificó que dicha franja fue comprada para el intercambiador de Floridablanca y fue utilizada en su totalidad para la construcción del mismo, de la paralela y el espacio público actual"*, que con un levantamiento topográfico defectuoso determinó la aclaración de la cabida y linderos del predio según Escritura Pública 4599 del 17 de agosto de 2007 ampliando el área hasta hacerla coincidir con los 27.681 metros *"resultantes de incluir en el área del predio con matrícula 300-69674 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos una parte del área del predio adquirido por el Área Metropolitana de Bucaramanga";*

inconsistencia también advertida a la Curaduría Urbana Uno de Floridablanca con oficio EM-CE-151-09 del 10 de julio de 2009, quien concedió la licencia de construcción sobre el predio con matrícula inmobiliaria 300-69674; que otorgada la licencia continuó y agotó la preconstrucción e inició la construcción, en cuya ejecución el Juzgado 9º Administrativo del Circuito de Bucaramanga dentro del proceso de Acción Popular con radicado 2.010-316 instaurado por el señor Jimmy Alberto Rangel, a través del auto del 20 de enero de 2011 aclarado por auto del 14 de febrero de 2011, decretó la medida cautelar de supensión de la obra en el predio identificado con la matrícula inmobiliaria No. 300205655, sobre el cual Metrolínea reconoció que no le pertenecía, providencia confirmada por el Tribunal Administrativo de Santander en la suya del 23 de noviembre de 2011, y que culminó con sentencia del Juzgado Cuarto de Descongestión del Circuito Administrativo de Bucaramanga el 21 de septiembre de 2012, ordenado *"abstenerse de construir o adelantar obra alguna en el bien inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria No. 300-205655 […] que fue adquirido por el AMB y transferido al Municipio de Bucaramanga"*, al concluir que la construcción se adelantada en dos predios, *"uno denominado 'el Recreo', propiedad de Metrolínea S.A., que es donde se centra la mayor parte de la obra, y otro predio que es una franja que circunda el predio 'el Recreo', este predio circundante fue identificado con el No. Catastral 01- 04-0207-0205-000, por tanto corresponde al bien inmueble de propiedad del AMB"*, la ausencia de licencia respecto de éste y que no *"le era permitido a Metrolinea o a su concesionario adelantar alguna obra allí, porque este bien fue transferido al Municipio de Floridablanca para adelantar una obra de utilidad pública como lo que fue el intercambiador de tránsito de Floridablanca"*, sentencia que cobró ejecutoria al inadmitirse el recurso de apelación por auto del 28 de junio de 2013.

En su alegato de conclusión, reitera la argumentación precedente, destaca la entrega de un plano del predio comprendido en la concesión, y la visita realizada al lugar para que los interesados pudieran elaborar su propuesta, las advertencias iniciales sobre la disparidad de extensión y la existencia de dos predios con propietarios distintos en el área entregada, las comunicaciones dirigidas a la concedente, su falta de diligencia para indagar la real situación del inmueble ante las autoridades respectivas y la AMB, su conocimiento previo*, "antes de adquirir el predio, que el inmueble había tenido un área de 30.820.50 M² (que es el área que aparece referenciada en el avalúo de la Lonja de*

Propiedad Raíz de Santander), del cual se había hecho un desenglobe previo, por venta de una parte del mismo al AMB, correspondiente a 6.483.54 M2, y (ii) que era consciente de que, al retirar esa área vendida del predio en mayor extensión, solo quedaban 24.381.96 M², a pesar de lo cual, inexplicablemente, hace caso omiso de ello" como revela el estudio de títulos anterior a la adquisición del predio preparado por la abogada Diana Constanza Mantilla Serrano del 16 de febrero de 2007, la ausencia de corrección y de gestiones para obtener la transferencia de la franja ocupada antes de que fuera cedido o transferido al Banco de Tierras de Floridablanca, según declaró la doctora Consuelo Ordóñez, Gerente de AMB, y el incumplimiento grave de su obligación de resultado de entregar un predio en condiciones idóneas para adelantar la concesión, así como los efectos de la medida cautelar que determinaron la imposibilidad de terminar el contrato como declaró el testigo Carlos Angulo y al margen de la escasa extensión del área de la cautela porque el proyecto se concibió integral y no podía realizarse en su totalidad; indica que, por el impacto de la medida cautelar, desde el principio solicitó la suspensión pero la concedente no accedió, obligando a adoptar una reprogramación provisional para mantener las actividades constructivas que si bien no se pudo observar con la fundición de unos metros de concreto por el caos que generó en la actividad, se descartó la tesis del incumplimiento para imponer sanción al acordarse la suspensión del contrato, y concluye:

> "METROLÍNEA debe responder, en los términos del artículo 50 de la Ley 80 de 1993 por el incumplimiento de su obligación de entrega del predio sobre el cual se debía desarrollar la concesión, al ejecutar esa obligación en forma defectuosa con un grave impacto en la suerte misma del contrato celebrado con mi representada, pues con el incumplimiento imperfecto de la obligación a su cargo, constitutivo de una conducta antijurídica que le es reprochable, causó un perjuicio cierto a mi representada al haberle dado nacimiento a una situación de hecho que finalmente fue la causa eficiente o la razón que explica la decisión de autoridad competente que determinó la decisión de ESTACIONES METROLÍNEA de pedir la terminación anticipada del Contrato de Concesión.
>
> Como consecuencia de lo anterior, mi representada está habilitada por la norma legal mencionada para reclamar y obtener el resarcimiento de los perjuicios sufridos: *"Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista" (L. 80 de 1993, art. 50).*
>
> En consonancia con el derecho que la ley le otorga y que se incorpora en la norma contenida en el artículo 50 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con las orientaciones trazadas en la jurisprudencia sobre la reparación de daños derivados del incumplimiento contractual, mi representada ha pedido al Tribunal Arbitral que se le reconozca la ganancia dejada de percibir por el hecho de no haber podido llevar a cabo la actividad como concesionario a feliz término.".

En la contestación a la demanda arbitral reformada la Convocada se opuso al *petitum* y formuló la excepción denominada *"Inexistencia de incumplimiento de la obligación de entrega del predio para la construcción de las obras",* por haberlo entregado a la Convocante, quien lo recibió sin ninguna oposición u objeción, suscribió el acta de terminación de la preconstrucción e iniciación de la construcción sin salvedad, lo que le impide reclamar el incumplimiento; su obligación de recibir le imponía el deber de verificar su estado físico y juridico, podía abstenerse de hacerlo, no lo hizo y lo recibió de manera simple, al hacer el ajuste de los diseños entregados por Metrolínea no presentó ningún reparo al predio ni oposición a iniciar la construcción; la idoneidad del predio se verificó conjuntamente por las partes y la interventoría; la medida cautelar decretada por el Juzgado Noveno Administrativo de Bucaramanga que recayó sobre un área de aproximadamente 3000 M2 de un lote de 27.681 M2, no impedía continuar el proyecto ni terminar la etapa de construcción en el predio identificado con matrícula inmobiliaria No. 300-69674, pues según el auto aclaratorio del 14 de febrero de 2011 *"la suspensión de la obra es únicamente sobre el terreno identificado con la matricula inmobiliaria No. 300-205655* ***y no de toda la obra****";* las partes modificaron el cronograma de obras para el periodo comprendido entre el 31 de agosto de 2010 y el 11 de marzo de 2012 con la reprogramacion contingencia medida cautelar que fue inobservada por el contratista como consta en los informes de interventoría; en los numerales 9 y 10 del acta de suspensión del 16 de enero de 2012, clara y expresamente se reconoció que la medida cautelar decretada por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Bucaramanga y confirmada el 23 de noviembre del 2011, por el Tribunal Administrativo de Santander afectó parcialmente la construcción de la obra, y que *"ese hecho, imprevisto y no imputable a las partes, tiene un grado significativo de afectación y trastorno de las obligaciones, de tal suerte que se hace necesaria la suspensión total del contrato y no solo en el porcentaje afectado por ella"*, por lo cual, no puede atribuirse incumplimiento a la entidad contratante; la porción afectada con la medida cautelar no impedía ejecutar la obra por recaer sobre una franja aproximada de 3000 m2 respecto de un lote con extensión de 27.681 M2; la Resolución No. 088 del 29 de septiembre de 2009 expedida por la Curaduría Urbana No. 1 de Floridablanca otorgó la licencia de urbanización y construcción, acto administrativo que no puede desconocerse en sede arbitral, y las partes afirmaron *"que la situación que dio lugar a la terminación anticipada del Contrato, esto es, la reiterada suspensión del mismo por los problemas en el predio, es un hecho*

imprevisto y ajeno a las partes, de tal manera que no puede pretender imputarse a Metrolínea responsabilidad en su ocurrencia."

En el alegato de conclusión insiste en el cumplimiento de la obligación de entregar el predio, al haber entregado el predio "El Recreo" –matrícula inmobiliaria número 300-69674–, con un área de terreno de 27.681 m^2 según la Resolución 088 del 29 de septiembre de 2009 de la Curaduría Urbana N° 1 de Floridablanca (acto administrativo que goza de presunción de legalidad), mediante la cual se aprobó la licencia de urbanización y construcción del proyecto, sin adolecer de cuestionamiento sobre su extensión, alcance o saneamiento que surgieron con la acción popular; las cargas de sagacidad y advertencia implicaban verificar jurídicamente su situación (cláusula 18.2,) abstenerse de recibirlo cuando no reúne las características físicas o jurídicas para la construcción, y la Convocante lo recibió sin reparo, exponiéndose a sus consecuencias, por lo que no puede tener como incumplida a la entidad pública; *"Estaciones Metrolínea afirmó que el predio era apto para construir el objeto contratado, y, aún más, se opuso a las pretensiones del actor en el juicio de acción popular",* acto propio que la compromete; no "*sólo debía conocer la situación real del predio, sino que también conocía efectivamente la situación real del predio",* como declararon Johan Manrique y Carlos Angulo; debía proteger el predio entregado conforme a la cláusula 54 del Contrato, evitando cualquier afectación física o jurídica, lo que refuerza su deber de verificar su estado jurídico al instante de recibirlo, y la acción popular terminó adversamente por el incumplimiento de esta obligación al no ejercer una verdadera defensa por limitarse a indicar que la legitimada era la entidad pública; tampoco los problemas presentados impedían ejecutar el objeto del contrato sino algunas obligaciones en forma transitoria, *"la decisión de la acción popular es una causa extraña que afectó la ejecución del Contrato*" más no la imposibilitaba sino que la dificultaba, según evidencia la suspensión acordada conforme al numeral 3 de la cláusula 11, las reprogramaciones acordadas e informes de interventoría Nos. 21,. 22 del 25 de marzo de 2011, 23 del 08 de abril de 2011, 24 del 10 de mayo de 2011, 25 del 28 de julio de 2011, 26 del 14 de julio de 2011, 27 del 14 de septiembre de 2011, 28 del 22 de septiembre de 2011, 29 del 24 de octubre de 2011 radicado MT-041-DIR-908-11, que reseñan los incumplimientos ajenos a la acción popular ,la transferencia mediante Resolución 163 del 14 de marzo de 2011 del AMB al Municipio de Floridablanca "*a título*

gratuito la propiedad de los predios de uso público que hacen parte de la obra vial intercambiador de trafico de Floridablanca al Municipio de Floridablanca, en cumplimiento del Acuerdo Metropolitano Nº 009 agosto 25 de 2010", y el permiso para construir otorgado el 2 de septiembre de 2013, oficio de radicación interna 1286, emitido por el Director del Banco inmobiliario de Floridablanca, mediante el cual, "*teniendo en cuenta que para realizar la terminación del proyecto de la obra del transporte masivo se requiere de utilizar parte de la franja de terreno que de (SIC) propiedad del Municipio; este Despacho le autoriza o le otorga permiso para que proceda a realizar las obras a que haya lugar y que conllevan a la terminación del Portal de Floridablanca que hacen parte de la infraestructura del Transporte Masivo (SIC).".* Igualmente, se pudo reprogramar la obra en los más de 24.000 M2 restantes no afectados con la cautela, obligación que adquirió al asumir los riesgos de construcción y diseños, que la hacían responsable de cualquier contingencia(cláusulas 22.5, 22.3, y 54) y que incumplió. Más, en la hipótesis de no aceptarse lo anterior, se presentaría un no-cumplimiento que no origina indemnización alguna, al haberse pactado en el numeral 10 de las consideraciones del Acta de Terminación que la causa indirecta era un *"hecho imprevisto y no imputable a las partes [que] tiene un grado significativo de afectación y trastorno de las obligaciones contractuales"*, o sea, una causa extraña ajena a las partes.

La Señora Procuradora Judicial 16 en su juicioso concepto llama la atención sobre la problemática vinculada al predio, y puntualiza:

> "El tema del predio y de su extensión, es un aspecto que llama la atención porque a pesar de haber sido un aspecto sometido a revisión de la UIS, de la Curaduría Urbana, del contratante, del contratista, del AMB de haber sido sometido a mediciones por todos ellos, y a revisión de legalidad sus títulos traslaticios, ninguno logró determinar la existencia de áreas que no hicieran parte del mismo.
>
> "En este sentido es preciso traer a colación la posición que el AREA METROPOLITANA DE BUCARAMANGA- AMB- expuso en el trámite de la acción popular, cuando en forma contundente, y a pesar de ser según lo determinó el juez el propietario del predio en conflicto, se opone a todas y cada una de las pretensiones, y reconoce que a pesar de que aparece como propietaria en títulos traslaticios de dominio, estos hacen parte del espacio público del Municipio de Floridablanca y en la actualidad el AMB, no tiene conocimiento que el mismo este siendo invadido y/o construido por la Sociedad Metrolínea en edificación de la estación de cabecera y los patios de operación y talleres de Floridablanca del SITM.
>
> El AMB en su alegato de conclusión afirma que el predio a que hace alusión el actor popular como de propiedad de la AMB, es una vía pública que hace parte del espacio público del Municipio de Floridablanca, que se encuentra en pleno uso, imposible de invadir o construir en ella, y si en el caso hipotético de que se hubiese construido no es la AMB quien debe responder por los perjuicios que se le causen.

> Es decir, que esta posición había podido ser asumida por el juez como la aceptación del propietario para que la obra se ejecutara en el lugar pues su propietaria no hace oposición a que así sea. Ella, era quien tenía el deber de reclamar por la propiedad que estaba siendo intervenida por Metrolínea a través del contratista y no hizo ni adelantó la actuación pertinente para identificar ese bien como de su propiedad.
>
> Finalmente, a pesar de las diferentes mediciones, siempre se ha considerado que la obra ejecutada, cabe en el lote o predio entregado, y que la obra construida mide un área menor a la del lote que se entregó, observando la diligencia de las partes en aclarar el tema, que finalmente no fue posible ni por parte de quien figura como su propietario, lo cual desdibuja en criterio del Ministerio Público cualquier negligencia, duda, descuido que pueda ser imputable a Metrolínea."

En torno a la indemnización pretendida por la imposibilidad de ejecutar el proyecto, considera que al tratarse del hecho de un tercero, no es imputable a Metrolínea, y concluye:

> "Respecto a la indemnización por la imposibilidad de ejecutar la totalidad del contrato, considera esta agencia, que al tratarse de situaciones que no corresponden a Metrolínea, sino que se trata del hecho de un tercero, que dio lugar a la suspensión del contrato por un término que permite a las partes darlo por terminado y habiendo ellas acogido esta opción, es imposible reconocer indemnizaciones por la imposibilidad de ejecutar dicho contrato. A lo que se tendría derecho seria al reconocimiento de la utilidad esperada en estos contratos, conforme al porcentaje ejecutado o conforme al valor finalmente reconocido como ejecutado".

Consideraciones del Tribunal.

1. Los Pliegos de la Licitación Pública M-LP-001-2008 previeron una visita técnica obligatoria al sitio de las obras (Numeral 3.4.), y en el Anexo 1-Descripción de la Concesión, 4.4. Estaciones de Cabecera, 4.5. Patios y Talleres, Figuras 5 y 6, consignaron la localización y ubicación.

En las cláusulas 20, numeral 1, y 28.1. del Contrato de Concesión, Metrolínea adquirió la obligación de entregar a Estaciones Metrolínea S.A., dentro de los cinco días siguientes a la firma del acta de inicio de ejecución, el predio para la ejecución de las obras de construcción de la Estación de Cabecera y los Patios de Operación y Talleres de Floridablanca, identificado con el número predial 01-04-0001-0031-000 y matrícula 300-69674 *"donde será construída la Estación de Cabecera y los Patios de Operación y Talleres de Floridablanca, acompañado de la correspondiente copia de la escritura pública y del inventario de bienes".*

El Concesionario, se obligó a recibir los inmuebles "*que forman el área concesionada, de conformidad con el inventario de los bienes de la concesión que forma parte del acta de entrega. Los bienes serán recibidos por el Concesionario en el estado en que se encuentran, esto es, sin condiciones, ni reservas", "mantendrá la tenencia a título de concesión de estos bienes para el desarrollo de la ejecución de las obras, desde la suscripción del acta de entrega y hasta la fecha del acta de reversión de los mismos"* (Cláusula 53,1), "*para su custodia y construcción de la obra",* ejecutar las obras (cláusula 18,1, y 18.2), y desde su recepción contrajó el deber de protección de los bienes, su cuidado y vigilancia, evitando invasiones, ocupaciones u otro tipo de afectaciones, físicas o jurídicas, tramitando ante las autoridades competentes, el desalojo y restitución de los bienes (cláusula 54). Asimismo, revisar, verificar y ajustar, si es del caso, los diseños arquitectónicos, geométricos y de ingeniería de detalle o de cualquier tipo, entregados por Metrolínea y elaborar los diseños faltantes; obtener su aprobación, adoptar los diseños y especificaciones de construcción suministardos por Metrolínea para las obras de construcción, tramitar y obtener la totalidad de las licencias, permisos y autorizaciones para iniciar la construcción y ejecutarlas de conformidad (cláusulas 18.3, 18.4 y 28.2), para cuyo efecto, asumió entre otros, los riesgos de construcción, estudios y diseños, obtención de licencias y permisos (cláusula 22), y será exonerado únicamente del cumplimiento de las obligaciones en los casos de fuerza mayor y caso fortuito entendidos en los términos del artículo 64 del Código Civil, con relación causal, de conexidad directa entre el hecho y la obligación (cláusula 23).

En parte alguna de los Pliegos de Condiciones y del Contrato, el Concesionario asumió la prestación de realizar estudios de títulos sobre el dominio y posesión del predio entregado por la concedente para ejecutar las actividades comprendidas en el objeto de la concesión, ni ese alcance tiene la inherente a su deber de recibir el inmueble "en el estado en que se encuentran, esto es, sin condiciones, ni reservas", revisar, verificar, ajustar y complementar los diseños entregados por Metrolínea, elaborar los faltantes, obtener las licencias y permisos para la construcción, vigilar, custodiar y defender los bienes entregados para evitar invasiones, ocupaciones o afectaciones físicas o jurídicas, tramitar el desalojo y restitución ante las autoridades competentes, tampoco los riesgos de construcción, estudios y diseños. Adicionalmente, el Contrato relacionó los diseños y estudios entregados al Concesionario, indicando que el diseño funcional y geométrico,

vial, el arquitectónico y urbanístico (áreas y acabados) era inmodificable, y el Anexo 1, refirió a la Revisión y Complementación de Diseños, Fase de Preconstrucción.

3. Consta en el proceso que iniciada la construcción y durante su ejecución en el proceso No. 2.010-316 de acción popular promovido por señor Jimmy Alberto Rangel, el Juzgado 9º Administrativo del Circuito de Bucaramanga se decretó medida cautelar ordenando a Metrolínea S.A. y Estaciones Metrolínea Ltda.,*"abstenerse de construir o adelantar obra alguna en el bien inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria No. 300-205655 […] que fue adquirido por el AMB y transferido al Municipio de Bucaramanga",* mediante auto del 20 de enero de 2011 aclarado por auto del 14 de febrero de 2011, confirmado por el Tribunal Administrativo de Santander en providencia del 23 de noviembre de 2011, y que en sentencia del 21 de septiembre de 2012 proferida por el Juzgado Cuarto de Descongestión del Circuito Administrativo de Bucaramanga, previa constatación en diligencia de inspección judicial practicada en el inmueble que *"se esta construyendo en dos predios, uno denominado "el Recreo", propiedad de Metrolínea S.A., que es donde se centra la mayor parte de la obra, y otro predio que es una franja que circunda el predio "el Recreo", este predio circundante fue identificado con el No. Catastral 01- 04-0207 -0205-000, por tanto corresponde al bien inmueble de propiedad del AMB, el cual adquirió mediante escritura pública No. 2192 del 19 de julio de 1993, la cual plasmó en la cláusula sexta su destinación así: "Construcción de una obra de utilidad pública (intercambiador de tránsito de Floridablanca)", por tanto esta área es parte del espacio público ya que conforma actualmente las vías que sirven de acceso (paralelas) desvío y conexión del sistema de intercambio vial",* concluyó *"que la "Estación de Cabecera de Floridablanca del sistema Metrolínea", se está desarrollando en dos predios, un primer predio llamado "el recreo" con licencia de urbanización-construcción, y un segundo predio circundante, franja propiedad de la AMB cuya adquisición fue para la construcción de una obra de utilidad pública (intercambiador de tránsito de Floridablanca), esta área hace parte del espacio público que conforma actualmente las vías que sirven de acceso (paralelas), que no cuenta con licencia pública, por cuanto mediante concepto de la oficina de Planeación Municipal de Floridablanca, y dada la naturaleza jurídica de Metrolínea, aunado a la calificación del predio de espacio público, y el fin del proyecto que es de interés general, no requiere de licencia de intervención y ocupación. Luego entonces el Despacho concluye, si bien de*

acuerdo a este concepto no le correspondía al AMB obtener licencia de construcción a pesar de ello no le era permitido a Metrolínea o a su concesionario adelantar alguna obra allí, porque este bien fue transferido al Municipio de Floridablanca para adelantar una obra de utilidad pública como lo que fue el intercambiador de tránsito de Floridablanca", y en tal virtud, ordenó adelantar los *"estudios técnicos y los correctivos que sean necesarios para que la obra se ejecute dentro del predio "lote el recreo" con matrícula inmobiliaria 300-69674 y con un área de 27.681 M2 y licencia de urbanización-construcción No. 68276-1-08-0119 expedida por la Curaduría Urbana NO.1 de Floridablanca. Para el efecto deberá Metrolínea y Estaciones Metrolínea abstenerse de construir o adelantar obra alguna en el bien inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria No. 300-205655 obrante a fl 140 rvso, inmueble que fue adquirido por el AMB y trasferido al Municipio de Floridablanca. El tiempo antes señalado para realizar los estudios técnicos y los correctivos, sin perjuicio de los tiempos y términos en que fue pactada la obra.".*

Esta sentencia quedó en firme al inadmitirse la apelación interpuesta según auto del 28 de junio de 2013.

Como resalta la Señora Procuradora y reseña la citada sentencia del 21 de septiembre de 2012 proferida por el Juzgado Cuarto de Descongestión del Circuito Administrativo de Bucaramanga, el AMB reconoció ser propietaria en títulos del predio, el cual es una vía pública integrante del espacio público del Municipio de Floridablanca, que se encuentra en pleno uso, imposible de invadir o construir en ella, no tener conocimiento que esté "invadido y/o construido por la Sociedad Metrolínea en edificación de la estación de cabecera y los patios de operación y talleres de Floridablanca del SITM", y en todo caso, no es la llamada a responder de los daños causados", argumentos reiterados en el alegato de conclusión, agregando *"que se demostró dentro del proceso que con la construcción de la estación de cabecera y los patios de operación y talleres de Floridablanca se ha ocupado el espacio público sin permiso de ocupación temporal, incluso de la AMB que es la propietaria del predio, de igual forma con el plano de localización de la obra y el cálculo del área afectada del predio es claro que el área de 6.438.54 mts2 hace parte del perfil vial del puente, de la vía de la zona de aislamiento,*

del andén y antejardín, de la zona de uso peatonal y de protección ambiental y en ella no cabe ni cabría obra alguna de la estación de Metrolínea".

En idéntico sentido, del memorando de 30 de julio de 2007 suscrito por María Fernanda Amaya Madrid del área de Planeación de Metrolínea al Departamento de Gestión Predial, el oficio del Gerente de METROLÍNEA a la Lonja de Propiedad Raíz de Santander M-DPL-6722-020807 del 2 de agosto de 2007[202], el oficio del IGAC, de fecha 14 de agosto de 2007[203], dirigido al Gerente de METROLÍNEA, en respuesta al el No. M-DPL-6820-090807 del 9 de agosto de 2007[204], *",* y el estudio de títulos del 16 de febrero de 2007 realizado por la abogada Diana Constanza Mantilla Serrano[205], se desprende que Metrolínea conocía que el lote tenía un área inicial de 30.820,5 M2 y que "*en el año de 1993 mediante escritura pública 2192 del 19-07-1993 notaría 2 se realiza una compra – venta al Área Metropolitana de un área de 6.483.54 mt2, que al realizar la diferencia debería el predio hoy tener un área de 24.381.96, sin embargo en la revisión de el (sic) último certificado de Libertad y tradición se registra un área de 26.352.5 mt2. Por lo tanto se debe ofertar esta área".*

Este conocimiento previo de METROLINEA excluye la diligencia exigible en la obligación de entregar el predio de las características, especificación, ubicación y extensión previstas en el Contrato.

A lo anterior se aúna su conducta posterior a las advertencias y solicitudes realizadas por el Concesionario el 6 de mayo de 2009, en comunicaciones EM-CE-0050-09 del 7 de mayo de 2009, EM-CE-066-09 del 19 de mayo de 2009, Actas de Comité de Obra Nos. 002 del 19 de mayo de 2009, 003 del 26 de mayo de 2009, y 004 del 2 de junio de 2009, la respuesta contenida en la comunicación M-DPL-14457-070709 del 7 de julio de 2009, el levantamiento topográfico para aclarar ampliando el área hasta hacerla coincidir según Escritura Pública 4599 del 17 de agosto de 2007, y la respuesta recibida de AMB

[202] DVD1/3-7-8- adquisición PQP/PQP carpeta 2/ p. 75, aportado conjuntamente por las partes, acta de la audiencia del 30 de septiembre de 2015
[203] DVD1/3-7-8- adquisición PQP/PQP carpeta 2/ p. 80, aportado conjuntamente por las partes, acta de la audiencia del 30 de septiembre de 2015
[204] DVD1/3-7-8- adquisición PQP/PQP carpeta 2/ p. 76, aportado conjuntamente por las partes, acta de la audiencia del 30 de septiembre de 2015
[205] DVD 1, carpeta "3. – 7. – 8. ADQUISICION PQP", folio 13 de 19.

expresando que sus archivos ,*"no se encontraron comunicaciones cruzadas entre ésta y Metrolínea S.A., relacionadas con el predio de propiedad de la entidad sobre el cual se estaba edificando parte de la obra objeto del contrato de concesión M-LP-001-2008 y recayó la medida cautelar adoptada por el Juzgado Noveno del Circuito Administrativo de Bucaramanga, dentro de la Acción Popular, con radicado 2010-00316"*[206], que también hizo constar la testigo Consuelo Ordóñez en su declaración, y el señor Johann Manrique[207], no recordadas por el interventor Luís Alfonso Martínez, elementos de convicción que demuestran la falta de diligencia y cuidado de la accionada para afrontar la situación creada con la entrega parcial del area que debia contener el predio debido.

5. En torno a la posibilidad ejecutar la totalidad del proyecto en el área del predio propiedad de Metrolínea sin incluir área del predio identificado con matricula inmobiliaria No. 300-205655, para el Tribunal es evidente como reconocieron las partes en las actas de suspensión y terminación que mientras subsistiera la medida cautelar "*el contratista sólo podría ejecutar el 55% de la obra prevista en el contrato y que, por lo tanto, esa decisión afectaría el 45% de la obra proyectada"*, [208] y por lo tanto, esta solución implicaba un diseño diferente del aprobado que se estaba ejecutando, desde luego que por tales efectos y la prolongación de la situación, el concesionario podía solicitar como finalmente hizo la terminación anticipada, por lo cual, los incumplimientos invocados, el permiso ulterior a la finalización del contrato para construir otorgado el 2 de septiembre de 2013 con oficio de radicación interna 1286, emitido por el Director del Banco inmobiliario del Municipio de Floridablanca a quien AMB transfirió la franja con Resolución 163 del 14 de marzo de 2011, así como la Resolución 088 del 29 de

[206] Oficio AMB-SG- No. 4549 del 5 de agosto de 2015 (folio 0007297 del expediente).

[207] "CONTESTÓ: ¿Se refiere usted posterior a la suscripción del acta de recibo si Estaciones luego hace alguna manifestación? PREGUNTADO: Si. CONTESTÓ: Bueno, eso fue en el año dos mil nueve (2009), en esa época había un gerente que era un arquitecto, y pues él cuando empieza a iniciar el tema técnico dentro de la ejecución de la obra, empieza a hacer lo que llaman la implantación de la obra dentro del lote, y tenía algunos problemas para lograr la implantación del mismo y él hace como un pequeño estudio desde su conocimiento arquitectónico diría yo, pues yo no estaba en esa época pero es lo que uno lee en los documentos, de la situación predial de la zona y él decide adquirir un buscar una carta catastral del inmueble donde encuentra dos cédulas catastrales, y al suceder esto él envía una comunicación a Metrolínea donde le dice que pues encontró esa situación y que solicita que le aclaren si eso es un error de catastro… que le digan qué está pasando con ese hallazgo que él hace de dos, al parecer, o como ya lo decían eran dos predios en el sitio" .

[208] El testigo Carlos Angulo, declaró: *"**PREGUNTADO:** por favor, explíquele al tribunal la implicación que tuvo el hecho de la terminación anticipada del contrato de concesión, o mejor explíquele al tribunal la implicación que tuvo el hecho en la terminación anticipada del contrato de concesión, el hecho de que Metrolínea hubiera entregado un predio en cuya área quedo comprendido el lote por ella adquirido y un aparte del lote de propiedad, en ese momento de la AMB. **CONTESTÓ:** No eso si fue funesto, el proyecto estaba concebido como un solo lote y así se diseñó y así procedimos a iniciar la construcción, al encontrarnos con estas circunstancias de éste lote, no podíamos hacer nada más que solicitar la suspensión del contrato, pues no era, no era procedente, ni recomendable, ni todo lo que ustedes quieran, continuar con el proyecto, no se podía trabajar, ese error fue muy grande, por ese detalle, el sesenta por ciento del contrato, el sesenta por ciento del área de construcción del contrato se afectó y no se podía construir".*

septiembre de 2009 de la Curaduría Urbana N° 1 de Floridablanca por la cual se concedió la licencia de construcción, respecto de la cual nada juzga el Tribunal y el efecto de causa extraña atribuido a la medida cautelar para suspender el contrato carecen de relevancia suficiente para soportar una conclusión diferente.

6. Precisa la Convocante que en el caso concreto pretende la reparación de los daños por el cumplimiento defectuoso de la obligación de entregar el predio para adelantar la construcción comprendida en el objeto de la concesión, perjuicios derivados de esa conducta antijurídica*, "y no por el hecho de la terminación anticipada que es más bien un efecto colateral del incumplimiento, toda vez que la terminación anticipada tiene como causa inmediata la solicitud de ESTACIONES METROLÍNEA que pide esa terminación unilateral por la suspensión prolongada del Contrato de Concesión debido a la decisión de autoridad consistente en la adopción de una medida cautelar sobre parte del predio en el que la Estación de Cabecera y los Patios de Operación y Talleres de Floridablanca debía ser construida".*

Solicita, en consecuencia, condenar a Metrolínea según lo probado a indemnizarle *"el valor correspondiente a la utilidad que el Concesionario tenía derecho a percibir en el evento en que el CONTRATO DE CONCESIÓN M-LP-001-2008 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2008 no hubiera tenido que terminar anticipadamente como consecuencia de la situación originada en el incumplimiento en que incurrió la sociedad demandada de su obligación de entregarle al Concesionario un inmueble idóneo para construir sobre el mismo el Proyecto objeto del CONTRATO DE CONCESIÓN M-LP-001-2008 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2008",* bajo *"el entendido de que se deducirá del monto de la condena que se imponga conforme a esta pretensión, el valor de la condena que se imponga conforme a las pretensiones vigésimo primera y vigésimo novena de esta demanda, y el valor de la remuneración recibida por el Concesionario con el carácter de tal hasta la terminación del Contrato de Concesión, en cuanto dicha remuneración se mantenga, conforme a lo pactado, como un ingreso del Concesionario que no debe ser restado del valor de las actividades que le deben ser reconocidas a este"* (Pretensión Trigésima Cuarta).

Consta en el proceso que por los efectos de la medida cautelar impartida por el juez administrativo ordenando suspender la construcción de la obra en el terreno identificado con la matricula inmobiliaria No. 300-205655, incluído en el área total del predio entregado por Metrolínea a Estaciones Metrolínea Ltda, las partes mediante Acta del 16 de enero de 2012 suspendieron el Contrato por cuatro meses entre esa fecha y el 15 de mayo de 2012, prorrogándola hasta el 14 de julio de 2012 según Acta del 14 de mayo de 2012, y que la Concesionaria en consideración a la subsistencia de la medida cautelar, a sus efectos y a la prolongación de la suspensión por seis meses decidió solicitar mediante comunicación EM-CE-2190-12 del 23 de julio de 2012, corregida con la comunicación EM-CE-2197-12 del 25 de julio de 2012, la terminación anticipada del contrato por la causal contemplada en el numeral 6º de la Cláusula 63, y considerada viable por la concedente en su oficio M-GER-1675-300812 del 30 de agosto de 2012, de conformidad con el procedimiento pactado en la cláusula 65, se suscribió el 12 de octubre de 2012 el Acta de Terminación Anticipada, acordándose terminarlo a partir de ese día en virtud de las consideraciones y antecedentes consignados en esa acta.

En las consideraciones del Acta de Suspensión del 16 de enero de 2012 se consignó:

> "4. Que mediante auto del 20 de enero de 2011, aclarado por auto del 14 de fentrero del mismo año, el Juzgado 9º. Administrativo del Circuito de Bucaramanga ordenó al concesionario abstenerse de construir en el predio identificado con la matrícula inmobiliaria No. 300-205655, que a decir del actor popularm está siendo utilizado como parte de la construcción y que no es de propiedad de METROLÍNEA S.A.5.- Que como consecuencia de esta decisión judicial, las partes revisaron la reprogramación que habían acordado el 31 de agosto de 2010, en el contrato modificatorio No. 4,en virtud del cual el plazo de la etapa de construcción de 14 meses va hasta el 11 de marzo de 2012. De la programación aprobada en virtud de la mencionada modificación se desprende que, mientras subsista la orden judicial de suspensión, el contratista sólo podría ejecutar el 55% de la obra prevista en el contrato y que, por lo tanto, esa decisión afectaría el 45% de la obra proyectada"(…) 9.- Que el día 23 de noviembre del 2011, el Tribunal Administrativo de Santander confirmó la medida cautelar impuesta por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Bucaramanga, medida que a decir del concesionario y de la interventoría, afecta parcialmente la construcción de la obra, tal y como se señaló en el numeral 5 de estos considerandos.10.- Que resulta claro, que ese hecho, imprevisto y, según Metrolínea S.A., no imputable a las partes, tiene un grado significativo de afectación y trastorno de las obligaciones, de tal suerte que se hace necesaria la suspensión total del contrato y no solo en el porcentaje afectado por ella. (…)
>
> ACUERDAN
>
> "(…) 4. El concesionario manifiesta que por la suscripción de la presente acta **renuncia a cualquier reclamación judicial o extrajudicial** por mayor permanencia de obra o **por cualquier otra clase de perjuicio derivado de la suspensión del contrato"** (…)" (subrayas ajenas al texto).

En el Acta de Terminación Anticipada del Contrato M-LP-001-2008 suscrita el 12 de octubre de 2012, cuyos considerandos 4, 5 y 9 son exactos a los mismos del Acta de

suspensión del 16 de enero de 2012, el 10 expresa "*Que resulta que ese hecho imprevisto y no imputable a las partes, tiene un grado significativo de afectación y trastorno de las obligaciones contractuales",* y en virtud de las consideraciones y antecedentes 1 a 19, las partes en lo pertinente,

"**ACUERDAN**:

> "(...) "6. "**Las partes no renuncian** a la posibilidad de reclamar sus derechos, según lo consideren y lo tengan a bien, **por causas diferentes a aquella que dió (sic) lugar a la suspensión del Contrato de Concesión (orden de autoridad proferida como medida cautelar por el Juzgado 9 Administrativo de Santander)** y quedan facultadas de acudir al Tribunal de Arbitramento previsto en el Contrato a efectos de que sea el juez del Contrato el que defina los derechos de cada una de las partes y sus efectos económicos". (subrayas ajenas al texto). [209]

Esta cláusula contiene una renuncia a reclamar por las causas que dieron lugar a la suspensión del contrato, esto es, la orden de autoridad competente proferida como medida cautelar por el Juzgado 9º Administrativo del Circuito de Santander al adelantarse la construcción en el predio entregado por METROLINEA, cuya área comprende otro predio que no era suyo, circunstancia por la cual se formuló la solicitud de suspensión y acordó en el Acta del 16 de enero de 2012.

Estas Actas son vinculantes para las partes, y en la de suspensión (16 de enero de 2012), la Concesionaria renunció a reclamar *"**cualquier otra clase de perjuicio derivado de la suspensión del contrato"*** solicitada y acordada por la cautela y sus efectos, y en la de terminación anticipada (12 de octubre de 2012), "***Las partes no renuncian*** *a la posibilidad de reclamar sus derechos, según lo consideren y lo tengan a bien,* ***por causas diferentes a aquella que dió (sic) lugar a la suspensión del Contrato de Concesión (orden de autoridad proferida como medida cautelar por el Juzgado 9 Administrativo de Santander)",*** adoptada porque el predio entregado por METROLINEA a ESTACIONES METROLÍNEA comprendía el área de otro predio que no era de su propiedad, en otros términos, por el cumplimiento defectuoso de esta obligación.

Al respecto, el ordenamiento jurídico concede habilidad y competencia dispositiva para renunciar a los derechos "conferidos por las leyes, con tal que solo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohíbida la renuncia", [n]o podrán derogarse

[209] Cuaderno Principal No. 2, folios 683 a 686

por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres...” (artículos 15 y 16, Código Civil), y hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes” (art. 1523, *ibídem).*

La renuncia general e ilimitada de todo derecho, acción o pretensión es concesión indiscriminada, podrá contrariar al orden público y generar la nulidad absoluta de la estipulación (LIX, 424. Cas. Civ. 28 de agosto de 1945), que puede y debe ser declarada oficiosamente por el juez (artículos 1740, 1741, y 2° de la Ley 50 de 1936, que subrogó el texto inicial del artículo 1742 del Código Civil).

En ciertos casos, la renuncia global tiene eficacia particular y restrictiva (*verbi gratia*, arts. 2465, 2485 C.C.; 880 del C. de Co).

En otras hipótesis la renuncia anticipada de un derecho, así no sea general, configura una clausula abusiva y se sanciona con ineficacia “de pleno derecho”[210]. Tampoco se admite irresponsabilidad absoluta y total, abuso de posición dominante ni estipulación alguna de cláusulas abusivas,[211] las partes deben abstenerse de estipular cláusulas ineficaces y el juez interpretar las cláusulas de un contrato, considerando su sentido útil.[212]

La suspensión del Contrato de Concesión tiene por base y se acuerda por la medida cautelar decretada sobre parte del predio entregado por Metrolinea para adelantar la construcción de la Estación Cabecera y los Patios de Operación y Talleres de Floridablanca, al comprender la extensión entregada un predio diferente.

Captada así la situación fáctica, no es posible escindir de la suspensión y ulterior terminación anticipada la obligación de entregar un predio idóneo, libre de turbaciones o defectos y de titularidad de la concedente que permitiera adelantar la construcción según los diseños funcional, geométrico, arquitectónico y urbanístico (áreas y

[210] Ley 142 de 1994; 12, Ley 795 de 2003 ; 43, Ley 1258 de 2008; 11, Ley 1328 de 2009; 38,42,43, Ley 1480 de 2011. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 8 de septiembre de 2011, Exp. 11001-3103-026-2000-04366-01.
[211] Corte Suprema de Justicia, cas. civ. diciembre 9 de 1936, G.J. 1918, pág. 497 ss.; 29 de noviembre de 1946, G.J. T. LXI, pág. 919; diciembre 13 de 1962, G.J. T. G, 270; 6 de marzo de 1972; febrero 2 de 2001, exp. 5670; diciembre 13 de 2002, Expediente 6462.
[212] Corte Suprema de Justicia, Cas. civ. Sentencia del 7 de febrero de 2008, exp. 2001-06915-01.

acabados), y demás aprobados, pues si bien se fundó en la solicitud formulada por la concesionaria al amparo de la causal 6 de la cláusula 63 en virtud de la prolongación de la suspensión y se consideró viable por la concedente, la terminación se acuerda en virtud de las consideraciones y antecedentes consignados en el acta, dentro de éstas, la medida cautelar decretada al adelantarse la construcción en el predio entregado por METROLINEA, cuya área comprende otro predio que no es suyo, ni de su propiedad, circunstancia con la cual se había formulado la solicitud de suspensión y se acordó en el Acta del 16 de enero de 2012.[213]

La renuncia acordada en el Acta de Terminación anticipada suscrita el 12 de octubre de 2012 es acto dispositivo de intereses eficaz, válido y vinculante. Tratáse de renuncia singular, concreta y específica cuya justificación patrimonial son las prestaciones recíprocas acordadas en sus numerales 2, 3, 4, 5, 7 y 8, que a su vez la encuentran en la misma, el contrato celebrado, su ejecución y terminación, lo que excluye en ambas hipótesis una donación, acto de mera liberalidad, beneficiencia o carente de justificación.

---

[213] La demandante en los hechos 39, 43 y 45 de la demanda principal arbitral reformada indicó: *"La suspensión, por orden de autoridad, de la obra que ESTACIONES construía para la culminación del Proyecto es una situación de fuerza mayor, por cuanto la acción popular en cuyo marco se expidió la medida cautelar mencionada fue instaurada por un tercero y la decisión de suspensión de la obra se tomó por autoridad competente en ejercicio de sus funciones, sin embargo de lo cual la causa primigenia y determinante de la fuerza mayor es atribuible a METROLÍNEA, que desatendió su obligación de entregar un inmueble sobre el que ESTACIONES pudiera ejercer una tenencia sin perturbaciones, ni limitaciones que afectaran la terminación del Proyecto, como a la postre terminó ocurriendo, sin que METROLÍNEA hasta la fecha de esta demanda haya adelantado las acciones correctivas correspondientes"; "En la medida en que la suspensión del Contrato de Concesión que fue necesario acordar se prolongó por seis meses se configuró la causal de terminación del Contrato de Concesión contemplada en el numeral 6º de la cláusula 63 del mencionado contrato, conforme a la cual el Contrato de Concesión termina de manera anticipada:* "Cuando se haya solicitado la terminación anticipada del contrato por cualquiera de las partes, por haber ocurrido la suspensión de la ejecución del contrato durante un término continúo de más de dos (2) meses. En este caso, la parte que solicita la terminación anticipada deberá notificar por escrito a la contraparte con no menos de diez (10) días de anticipación a la fecha en que se pretenda le terminación anticipada. Si la contraparte no accede a la terminación, la parte que la pretenda podrá acudir a los medios de solución de conflictos del contrato" *y, al amparo de la misma, ESTACIONES elevó ante METROLÍNEA solicitud de terminación anticipada del Contrato de Concesión, tal y como quedó consignado en la comunicación EM-CE-2190-12 del 23 de julio de 2012, corregida con la comunicación EM-CE-2197-12 del 25 de julio de 2012". "Consecuente con lo anterior, en los considerandos 14 a 18 del acta de terminación del Contrato de Concesión se dejó consignado (i) el hecho de las dos suspensiones acordadas por las partes del Contrato de Concesión y la duración de cada una de ellas, (ii) el hecho de que a la terminación de la última suspensión subsistía la medida cautelar adoptada en la Acción Popular, (iii) el hecho de que ESTACIONES había elevado la solicitud de terminación anticipada del Contrato de Concesión al amparo del numeral 6º del artículo 65 de dicho contrato, y había enviado comunicación posterior precisando la fecha a partir de la cual pedía que se dispusiera por las partes la terminación del contrato, (iv) el hecho de que METROLÍNEA había respondido dicha solicitud, en la que expuso la procedencia de terminar de común acuerdo el Contrato de Concesión, y (v) se señaló, además, que* "tratándose de una terminación anticipada fundamentada en el numeral sexto del artículo 63 del documento contractual"*, resultaba procedente poner de presente y reproducir, como se reprodujo, el siguiente contenido del encabezado y del literal a) del artículo 65 del Contrato de Concesión:* "La terminación anticipada del presente contrato en los casos contemplados en los numerales 5, 6, 7, 8 y 9 de la cláusula 63, se someterá al siguiente procedimiento: a) Cuando una de las partes tenga la intención de dar por terminada de manera anticipada el contrato por considerar que se ha presentado alguna de las causales mencionadas en el párrafo precedente, manifestará lo correspondiente mediante documento escrito al otro contratante, quien tendrá un termino de treinta días hábiles para manifestar su aceptación, caso en el cual se suscribirá un documento en el que se dé por terminado el presente contrato, y serán las partes, en este caso, quienes establezcan las condiciones para que se concrete dicha terminación. (...)".

En este contexto, considerada la renuncia expresa de la concesionaria a reclamar daños por las causas que originaron la suspensión del contrato, o sea, la orden de autoridad competente que a términos del artículo 64 del Código Civil constituye una típica hipótesis de fuerza mayor, y no el hecho de un tercero, por adelantarse la construcción sobre un inmueble entregado por la entidad concedente a la concesionaria, al ser imposible escindir de esa situación de hecho la entrega del mismo, y por consiguiente, el cumplimiento defectuoso de la obligación de entregar un predio idóneo para adelantar la construcción, es pertinente declarar el incumplimiento de la obligación, más no imponer condena a reparar los daños causados por esta virtud, pues reconoce la demandante, que el incumplimiento de la obligación de entregar un predio idóneo sobre el cual debía desarrollarse la concesión al cumplirse en forma defectuosa, generó la "*situación de hecho que finalmente fue la causa eficiente o la razón que explica la decisión de autoridad competente que determinó la decisión de ESTACIONES METROLÍNEA de pedir la terminación anticipada del Contrato de Concesión",* si bien como se dijo, no hay duda ninguna que METROLINEA, cumplió defectuosamente esa prestación, conforme está probado en el proceso.

Por lo expuesto, prospera la pretensión tercera, más no las pretensiones trigésima tercera, cuarta y quinta de la demanda principal reformada, tampoco la excepción interpuesta en su contra ni los restantes motivos de defensa.

4. **Pretensiones y excepciones relativas a la cláusula 64.2 y a las prestaciones por la terminación anticipada del contrato.**

Pide la Convocante se declare el consenso expreso de las partes plasmado en el Acta suscrita el 12 de octubre de 2012 en aplicar la cláusula 64.2 del Contrato para los reconocimientos económicos derivados de la terminación anticipada del contrato, que deben ser los resultantes de su aplicación, que dicha estipulación es válida y eficaz, y en consecuencia, el valor de las actividades realizadas durante la construcción comprende el reconocimiento de todos los valores correspondientes a los costos incurridos, incluyendo los costos directos e indirectos, financieros, administrativos y de construcción, así como condenar a la Convocada a pagar la suma de $167.637.312.32

"*que se compone de las siguientes partidas: (a) $4.165.107.528 por concepto del valor cancelado por el Concesionario a la interventoría, debidamente actualizado; y, (b) $163.637.312.332 por concepto de las actividades realizadas por el Concesionario durante la etapa de construcción, valor este último que a su vez se descompone en (i) $91.564.906.643 correspondiente al costo directo, (ii) $12.689.502.177, correspondiente a los costos de administración, (iii) $43.187.062.541, correspondiente al costo financiero de la deuda, y (iv) $16.195.840.970, correspondiente al costo de oportunidad del capital puesto a disposición del Proyecto por el concesionario*" (Pretensiones séptima, octava, novena, décima, undécima, y duodécima).

En subsidio, solicita declarar que el valor de los reconocimientos económicos, "*deben ser los costos efectivamente incurridos en la realización de las actividades desplegadas por este en ejecución del mencionado contrato."* (Pretensión Subsidiaria a la Octava Principal); o que el valor de las actividades realizadas comprende el reconocimiento de todos los valores correspondientes a los costos incurridos por, incluyendo los costos directos y los indirectos, entre los cuales están los costos financieros, administrativos y de construcción de la obra. (Pretensión subsidiaria de las pretensiones novena y décima principales).

En los hechos de la demanda se expresó que el proceso licitatorio para la celebración del contrato de construcción de la Estación de Cabecera y los patios de operación y talleres de Floridablanca en el Area Metropolitana de Bucaramanga, culminó con la suscripción del que llevó el No. M-LP-001-2008, suscrito el 18 de noviembre de 2008, cuyo objeto fue el otorgamiento de una concesión para la ejecución de las obras antes mencionadas que harían parte del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Area Metropolitana de Bucaramanga, de acuerdo con lo previsto en el artículo 32, numeral 4 de la ley 80 de 1993, bajo la vigilancia de Metrolínea S.A., a cambio de una remuneración, y por cuenta y riesgo de quien resultara adjudicatario de la licitación (Cláusula 3ª. del contrato y Numeral 6.1. de los hechos de la demanda reformada). La Convocante sostuvo, igualmente, en cuanto a aspectos de carácter general relacionados con el contrato de concesión y con el concesionario y sus derechos, en lo que atañe a las pretensiones arriba transcritas, que dada la naturaleza del contrato de concesión celebrado, al contratista le correspondía obtener la financiación requerida para llevar

adelante el proyecto y acreditar el cierre financiero, y a Metrolínea S.A., revisar y aprobar los documentos correspondientes al cierre financiero..(Vid Hechos, 6.1. 6.1.1. 6, de la demanda reformada). Señaló que el contrato comprendía cuatro etapas: preconstrucción, construcción, reversión y remuneración; destacó que la de remuneración debía iniciarse el 1º de enero de 2010 y que la remuneración del concesionario consistiría, quincenalmente, en la participación equivalente al 11.75% de la tarifa cobrada al usuario final. Ibídem, numeral 6.1.8.). Expuso que, conforme a la Cláusula 51 del Contrato de Concesión, la Concesionaria tenía derecho a una remuneración como retribución por las obligaciones asumidas, que se determinaba por una de dos variables: i) la del tiempo durante el cual se le otorgó el derecho a recibir un porcentaje de la tarifa que se pactó en dieciocho (18) años meses y dos (2) meses; y ii) la de dinero, sobre el supuesto del monto del ingreso esperado, cifrado en TRESCIENTOS VIENTINUEVE MIL DOSCIENTOS TRECE MILLONES NOVENTA MIL SETECIENTOS SESENTA PESOS ($ 329.213.090.760.00), monto hasta el cual se le concedió el derecho a percibir la remuneración.(Vid. Hecho Numeral6.1.1.7 del texto en referencia).

Agrega la Convocante que la Convocada se apartó del texto mismo del contrato, para sostener que no se estaba frente a uno de concesión, sino a uno de obra pública, pactado a precios globales, por lo cual resultaba imposible determinar la cantidad de obra ejecutada y su valor, que, en la medida en que la sentencia proferida en ejercicio de la acción popular dispuso la suspensión de trabajos objeto del Contrato M-LP-001-2008, en el bien de uso público adquirido por el Area Metropolitana de Bucaramanga, era imposible culminar la construcción de la obra materia de la concesión, pues sobre él debía construír el 45% de la obra, y que en esa porción de la obra debía localizarse la entrada de la Estación de Cabecera, sin que fuera posible desplazarla a otra parte del predio. Ante la ocurrencia de la causal contenida en el numeral 6 del Artículo 63 del Contrato de Concesión M-LP-001-2008, , la Concesionaria, haciendo uso de la facultad en él establecida, solicitó a la Concedente en oficio EM-CE-2190-12 de fecha 23 de julio de 2012, corregido con la comunicación EM-CM- 2197-12 del 25 de julio de 2012, la terminación de mutuo acuerdo del contrato, la cual fue convenida, según comunicación M-GER-1675-300812 del 30 de agosto de 2012, y en el acta de terminación se establecieron las causas, condiciones y consecuencias de ese acuerdo.

Igualmente expresó Estaciones Metrolínea Ltda., a Metrolínea S.A., en oficio EM-CE-2233-12 de fecha 7 de noviembre de 2012, que el valor de las obras ejecutadas con corte al 31 de julio de 2012, de acuerdo con la información hasta entonces disponible y en aplicación de la fórmula prevista en la Cláusula 64.2, era de NOVENTA Y SEIS MIL SIETE MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS VENTITRES PESOS ($96.007.253.223.00) m/l y que, no obstante tener la concedente la información que se le daba al respecto de los valores invertidos en las actividades constructivas por el concesionario, rehusó realizar el examen correspondiente para fijar una posición al respecto. Al dar aplicación a la fórmula pactada -según la Convocante- se obtenía, actualizado al 15 de agosto de 2012, un valor de $167.802.419.859. Estaciones Metrolínea, Ltda., manifiesta en la reforma de la demanda que a pesar de haberse indicado en el Acta de Terminación Anticipada la procedencia de la aplicación de la fórmula antes mencionada para establecer las sumas a su favor, Metrolínea S.A., en comunicación MGER-2340- 201112 de fecha 20 de noviembre de 2012, desconoció tal acuerdo y, además, sostuvo que no estándose frente a un contrato celebrado por ítems unitario, sino a un pago final por le ejecución de unos trabajos respecto de los cuales no existían criterios objetivos para para realizar el reconocimiento pecuniario de lo ejecutado, no era posible dar aplicación a la fórmula, no obstante, insiste la Convocante, que el Contrato de Concesión contemplaba el reconocimiento de los valores que se hubieren invertido en las actividades de ejecución de las obras.

Destaca la actora que en el oficio anteriormente indicado la Convocada aceptaba la aplicación, por parte del Tribunal de Arbitramento que llegare a convocar de la “fórmula establecida en el Contrato de Concesión” para efecto de reconocer las sumas a favor del contratista, lo que permite a Estaciones Metrolínea Ltda., sostener que “concatenada esa expresión encomillada”, no puede tratarse sino de la fórmula consignada en la Cláusula 64, 2 del contrato, posición de Metrolínea S.A., que la Concesionaria manifiesta fue reiterada luego con ocasión de la insistencia de la Concedente en que se convocara un Tribunal de Arbitramento para dirimir las diferencias entre las partes y el cual debería ajustar “al marco normativo aplicable, proceder en su reconocimiento con base en la fórmula establecida en el contrato de concesión.

En el alegato de conclusión la Concesionaria, además de insistir en que el contrato M-LP-001-2008 con METROLINEA., S.A, cuyo objeto se indicó es un contrato de concesión y no de obra pública, como lo sostiene su contraparte, aspecto ya examinado en este Laudo, y, consecuencialmente, pide que para su liquidación se aplique la fórmula consagrada en la Cláusula 64.2 del mencionado contrato, con fundamento en lo acordado por las partes en el Acta de Terminación Anticipada del Contrato M-LP-001-2008. Sintéticamente expone los antecedentes y circunstancias que llevaron a la Terminación Anticipada del Contrato, con base en cual concluye que la suspensión prolongada del contrato obedeció a haberse proferido la orden judicial de suspensión de la ejecución de los trabajos en una franja de terreno que no pertenecía a METROLINEA., S.A., sino al Area Metropolitana de Bucaramanga. Afirma que la aplicación de la fórmula varias veces mencionada debe ocurrir con independencia de la naturaleza del contrato, y como consecuencia de los acuerdos contenidos en el Acta de Terminación Anticipada, y reitera que no es cierto, como se ha planteado por la Convocada, que en el curso de las mesas de discusión sobre la liquidación del Contrato de Concesión, se hubiera convenido una modificación en cuanto a las forma y factores que debían entrar en línea de cuenta para su liquidación; pone de presente la carencia de facultad del abogado que a nombre de la Concedente intervino en el curso de las discusiones, para comprometer a la demandada con miras a obtener un resultado que era contrario a lo pactado. Reitera la Contratista la validez y eficacia del acuerdo de las partes concerniente a la Terminación Anticipada del Contrato M-LP-001-2008 y de la decisión de utilizar la fórmula de la Cláusula 64.2, para la liquidación del contrato. Inculpa a la Sociedad Metrolínea S.A., de obrar en contravención del principio de la buena fe y de rebelarse contra sus propios actos y destaca el alcance que la doctrina y los fallos judiciales les han otorgado para garantizar su vigencia. La Concesionaria censura el que Metrolínea S., A., pretenda que solamente se le reconozcan los costos directos y administrativos que causó la ejecución de las obras y se dejen de pagar los costos y gastos que implicó la asunción por parte de Estaciones Metrolínea Ltda., para asegurar la financiación del proyecto objeto del contrato. Solicita que para que el Contratista quede en un punto de no pérdida, se le deben reconocer y pagar el costo financiero que asumió, las sumas pagadas a la interventoría, las pagadas a la Universidad Industrial de Santander como comisión de éxito, y los costos directo y de la administración empleados para la realización del objeto contractual.

En punto a los cargos formulados en la demanda, atinentes al incumplimiento de la Concedente a sus obligaciones de proceder a la liquidación del contrato, y frente a las razones justificativas de la demora en realizarla, Estaciones Metrolínea Ltda, afirma que en el escrito por medio del cual se descorrió el traslado de las excepciones propuestas por Metrolínea S.A., (numeral 14), se les dio respuesta. Admite, con la demandada, que el hecho de vencerse el plazo para cumplir una actividad no agota o extingue la obligación, pues con base en el vencimiento del plazo puede nacer la pretensión de que se declare el incumplimiento con las consecuencias del caso.

En el *sub lite*, agrega Metrolínea S.A., en el Acta de Terminación Anticipada del Contrato se previeron las actividades y obligaciones de las partes subsecuentes a la decisión acordada, entre las cuales se encuentra la de proceder a la determinación de los valores por reconocer al Contratista, con aplicación de la fórmula contractual establecida en la Cláusula 64.2. La actora estima que el perjuicio sufrido por la falta de actitud proactiva de Metrolínea S.A., para buscar y obtener la liquidación del contrato, implicó que tuviera que seguir pagando los intereses de los bonos emitidos para la financiación del Proyecto. Considera la accionante que al pretender desconocer la Concedente las sumas que la corresponden como remuneración por la obra ejecutada y el monto de los costos que requirió la financiación del proyecto, se desconoce el carácter conmutativo del contrato y el principio de la buena fe. Dice que la adopción de la fórmula contenida en la Cláusula 64.2, permite situarse en un escenario semejante al en que se encontraría Metrolínea S.A., si hubiera encomendado a un tercero la ejecución del proyecto hasta un cierto tiempo, hipótesis en la cual, de carecer de recursos propios, la Contratante hubiera debido endeudarse para poder realizar el proyecto objeto del Contrato de Concesión y pagar el costo financiero correspondiente. Pone de presente Estaciones Metrolínea. Ltda., que en el valor de las obras ejecutadas y en el costo de la administración, según lo manifestó el perito de CONSORCIO ANALISTAS TECNICOS 2014, con ocasión de la contradicción del dictamen, no se incluyen los costos causados por la obtención de la financiación con recurso del propio Contratista y del sistema bancario, recuperación garantizada que es condición e incentivo para obtener recursos frescos del sistema bancario. Sin una fórmula como la acordada para efectos de la liquidación del Contrato, no sería factible obtener recursos

del contratista o de su tercero financiador, pues nadie asumiría el riesgo de que no se pudiera recuperar los recursos destinados a la financiación.

Agrega, en fin, que ni en la fórmula acordada, ni en el Acta de Terminación Anticipada del Contrato, se previó la realización de descuentos sobre los montos que se reconocieran al Contratista en la liquidación del contrato. En lo que al quantum que se le debía reconocer como utilidad en el evento de Terminación Anticipada de Contrato considera que él equivalía hasta el valor de la remuneración recibida durante su vigencia. Por lo que se atañe a la afirmación de Metrolínea S,.A., según la cual en la reunión del 25 de septiembre de 2013, Acta No. 5 de las mesas de negociación, un abogado de Estaciones Metrolínea Ltda, habría convenido en que para efectos de liquidar el contrato no se aplicara la fórmula consagrada en la Cláusula 64.2, sino el procedimiento considerado por el Asesor de Metrolínea. S.A., consistente en sólo reconocer y pagar los costos directo de las obras ejecutadas y los gastos de la administración, pero, en ningún caso, los costos causados por la gestión tendiente a conseguir la financiación necesaria para la realización del Proyecto, la Concesionaria afirma en el alegato de bien probado que el abogado que habría aceptado la propuesta del Asesor de Metrolínea S.A., para la liquidación de los sumas a favor de la accionante, carecía de mandato debidamente conferido para representar a Estaciones Metrolínea Ltda., y comprometerla en esa materia, ya que el mismo profesional desmintió que hubiera estado de acuerdo con la propuesta del Asesor de Metrolínea S.A., y que fue mal interpretado; también se pone de presente que, de acuerdo con las motivaciones y finalidades de la contratación del Asesor de Metrolínea S.A., su objeto no era llevar la representación de la demandada, sino asesorarla en el proceso de discusión de las condiciones de la liquidación y no había sido contratado para representarla en el curso de las negociaciones correspondientes. Estaciones Metrolínea Ltda., asevera que Metrolínea S.A., incumplió el deber de procurar adelantar el trámite de la liquidación del contrato, arguyendo motivos que a juicio de la actora no son de recibo, como son los consistentes en la imposibilidad de determinar las cantidades de obra ejecutada y la carencia de recursos presupuestales para cumplir con el pago de las sumas que salieran a debérsele a la Concesionaria. En cuanto al primer argumento, asegura que en la documentación existente y en los informes de la Interventoría existían modos de establecer los datos requeridos para la liquidación y, en cuanto al segundo

argumento, que no es admisible que la liquidación de un contrato penda de la obtención de recursos con los cuales se podría solucionar el monto que se llegare a deber al Contratista.

Argumenta que, como se acordó en el Acta de Terminación debe aplicarse la cláusula 64.2 para determinar las compensaciones económicas porque es aplicable en casos de terminación anticipada por solicitud unilateral de alguna de las partes y por fuerza mayor, realidad que no puede desconocerse al margen de la calificación del contrato como concesión u obra, y de la terminación por mutuo acuerdo por haberlo pactado expresamente en el Acta, reconocido la concedente en comunicación posterior M-GER-2340-201112 del 20 de noviembre de 2012, y en tanto, la *"fórmula contenida en la cláusula 64.2 está concebida para que el Concesionario obtenga un reconocimiento pleno de los valores invertidos en las actividades, para dejarlo en punto de no pérdida, sin afectar los ingresos que como remuneración obtuvo durante la etapa de remuneración y hasta la terminación del Contrato de Concesión.",* y la *"única manera en que el Concesionario quede en punto de no pérdida es que la Entidad Concedente le reconozca los valores invertidos en obra, más los costos administrativos, más el valor pagado a la Interventoría, más el costo de la financiación (tanto la correspondiente a los recursos propios, como la que se origina en el pago de intereses por la financiación obtenida)",* sin que *"en los valores invertidos en obra, como quedó en evidencia en la exposición que el perito de METROLÍNEA hizo con ocasión de la contradicción del dictamen, no se encuentra comprendido el costo financiero (lo que, además, METROLÍNEA no le pidió al perito evaluar)"*, que es una fórmula típica de los contratos de concesión, no puede excluir el costo de las obras ni llevar al concesionario a asumir una pérdida si no se le reconocen los valores pagados por interventoría ni el costo financiero de las mismas, el contrato reconoció al concesionario *"en caso de terminación anticipada, el derecho a obtener una utilidad hasta por el valor de la remuneración recibida durante la vida del contrato"*, por lo que carece de fundamento deducir del valor resultante la remumeración pagada y ganada durante su existencia, cuya fuente de pago es el contrato por las actividades cumplidas, lo que descarta toda vulneración de normas imperativas o enriquecimiento injusto. Además, en la primera reclamación se solicitó el reconocimiento de los mayores costos incurridos, pero perdió relevancia por la terminación anticipada, nunca consintió en modificar el contrato para

dejar de aplicar la cláusula 64.2, el abogado Alvaro Augusto Ortíz no tenía la facultad legal de representar a la entidad pública, advirtió en la primera reunión de instalación que las sesiones eran provisionales, la representante legal del concesionario nunca acordó una modificación a lo acordado, ni el representante legal suplente reemplazó al principal que estuvo presente en las reuniones.

METROLINEA S.A., en su contestación a la demanda reformada manifestó oponerse a todas y cada una de las pretensiones por carecer de sustento fáctico y jurídico, en los siguientes términos que el Tribunal, en este apartado del Laudo, los circunscribe a los conexos con las peticiones contenidas en los ordinales 8ª, 9ª y 10ª de la demanda reformada y sus subsidiarias, sin perjuicio de mencionar los que tengan, adicionalmente, relación con aquellas. A la prosperidad de la OCTAVA PRETENSION, Metrolínea. S.A. , se opuso por considerar que la fórmula para la compensación por terminación anticipada estipulada en la cláusula 64.2, violaba normas imperativas, por lo cual no podía aplicarse; en defecto de lo anterior, considera que la fórmula no es aplicable cuando el Contrato termina por ocurrir la suspensión del mismo por lapso superior a dos meses, y sólo es pertinente cuando la finalización del mismo ocurre por caducidad, fuerza mayor o caso fortuito, por razones imputables a Metrolínea. S.A., o por terminación unilateral. Concede que, de ser válida, dicha fórmula no es aplicable cuando el Contrato termina por la suspensión superior a dos meses continuos, que fue la causal invocada por Estaciones Metrolínea en su solicitud y la aceptada por las partes en el texto del Acta de Terminación Anticipada del Contrato. Así, es claro que como el Contrato no terminó por caducidad, fuerza mayor o caso fortuito, ni por razones imputables a Metrolínea, ni por terminación unilateral, que son los únicos eventos que permiten dar aplicación de la mencionada cláusula 64.2, en caso de que se le considerare lícita no era procedente su aplicación.

Dada la verdadera naturaleza jurídica del Contrato M-LP-001-2008, supuesta por Metrolínea S.A., como contrato de obra pública y las circunstancias que dieron lugar a su terminación, los valores que debe reconocer el Tribunal únicamente deben cobijar el valor, a precios de mercado, de las obras ejecutadas por Estaciones Metrolínea, junto con los costos administrativos necesarios para su ejecución, pero sin incluir los costos de financiación, la utilidad esperada ni cualquier otro factor financiero reclamado, valores

a los cuales deberá descontarse el monto pagado por Metrolínea S.A., durante la ejecución del Contrato.

La oposición a la NOVENA PRETENSIÓN, se sustenta, parcialmente, en las mismas razones esgrimidas con relación a la Pretensión Octava, agregando que dada la verdadera naturaleza jurídica del Contrato M-LP-001-2008, como de obra pública y nó de concesión , el Concesionario sólo puede reclamar los valores que cobijen el precio de las obras ejecutadas a precios de mercado, junto con los costos administrativos necesarios para su ejecución, pero sin incluír costos de financiación, la utilidad esperada, ni cualquier otro factor financiero, sumas de las cuales debe descontarse el monto pagado por Metrolínea S.A., durante la ejecución del contrato.

En cuanto a la DECIMA PRETENSION formula las mismas razones dadas para oponerse a la NOVENA PRETENSION, y agrega que está en contradicción con la última indicada. Sostiene que Estaciones Metrolínea coadyuvó activamente a que la entrega del predio fuera deficiente, en virtud de las obligaciones correlativas que les asistía a las partes del Contrato y que, tal hecho no tuvo la entidad suficiente para llevar a un grado de parálisis total a la obra, como lo pretende hacer ver el Contratista, quien fue el que realmente incumplió el Contrato pues se negó a ejecutar la obra en el predio disponible y siguiendo las instrucciones de la Interventoría, como de ello dan cuenta los dictámenes periciales que obran dentro del proceso.

Al replicar los hechos de la demanda, Metrolínea S.A., expuso que inicialmente Estaciones Metrolínea Ltda., había aceptado que la liquidación del Contrato con posterioridad a su terminación unilateral comprendiera sólo los costos directos y la administración, y posteriormente se retractó de esa opción y pidió la aplicación de la fórmula contenida en la Cláusula 64.2 para calcular el reconocimiento de los gastos de toda clase.

Considera que los cálculos matemáticos de la Concesionaria hechos por la accionante con base en la mentada fórmula de liquidación del contrato carecen de sustento y corresponden a ejercicios teóricos, y que en ellos no se informa si los valores por reclamar son los de los precios del mercado o corresponden a una ejecución eficiente de

recursos. Afirma la empresa estatal que es imposible aplicar la fórmula pretendida por Estaciones Metrolínea Ltda. , porque el contrato se pactó a precios globales, y los riesgos constructivos no pueden trasladársele a la Concedente pues ese modo de fijar el precio conlleva que la Contratante no puede controlar el costo o valor de las cantidades unitarias de obra, siendo responsabilidad del contratista los mayores o menores costos que pudieran generarse, y de aplicarse la cláusula 64.2 se eliminaría ese riesgo para el Contratista, y expone que debido a que la Interventoría no entregaba informes de cantidades unitarias realmente recibidas no pueden comprobarse, por lo cual, dice la opositora, debió contratar al Consorcio Analistas Técnicos 2014, para que estableciera las cantidades y valores ciertos de las obras ejecutadas.

Sostuvo la accionada en su oposición a los hechos de la demanda que la actora no puede formular pretensiones, ni reclamaciones por aspectos no consignados expresamente en el Acta de Terminación Anticipada del Contrato. En el numeral 4 de sus argumentos de oposición Metrolínea S.A., afirma que el Contrato M-LP-001-2008, terminó de común acuerdo por un hecho imprevisto y ajeno a las partes, que lo hace consistir en la providencia judicial que se profirió dentro del proceso de acción popular y que dispuso la suspensión parcial de la ejecución de los trabajos.

La Convocada al oponerse interpuso las excepciones denominadas "*La obligación de reparación por parte de Metrolínea se limita a llevar a Estaciones Metrolínea a un punto de no pérdida respecto de los costos directos y los costos administrativos"; "Estaciones Metrolínea aceptó que en la liquidación del contrato solo debería pagarse los costos directos y los costos administrativos necesarios para la ejecución de las obras hasta un punto de no pérdida"; "Invalidez de la fórmula pactada en la cláusula 64.2 del Contrato M-LP-001-2008"; "Inaplicabilidad de la fórmula pactada en la cláusula 64.2 del Contrato M-LP-001-2008"; "Incompatibilidad de la aplicación de la fórmula pactada en la cláusula 64.2 del Contrato M-LP-001-2008 con las indemnizaciones de perjuicios reclamadas";* se opuso a aplicar la fórmula de la cláusula 64.2 que, en su sentir "*viola normas imperativas*", de ser válida aplica "*si se produce la terminación anticipada del presente contrato durante la etapa de construcción, por declaratoria de caducidad, o por razones de fuerza mayor o caso fortuito, o por razones imputables a Metrolínea, o por terminación unilateral",* más no "*cuando el Contrato termina por la suspensión superior a*

dos meses continuos, que fue la causal invocada por Estaciones Metrolínea en su solicitud y la aceptada por las partes en el texto del Acta de Terminación", por lo que al tratarse de un contrato de obra, únicamente deben reconocerse los valores de las obras ejecutadas a precios del mercado y los costos administrativos, sin incluir los de financiación, la utilidad esperada ni otro factor financiero reclamado, a los cuales debe deducirse el monto pagado.

Con la argumentación precedente, la Convocada en su demanda de reconvención solicita declarar la ineficacia de la cláusula 64.2 del Contrato M-LP-001-2008, "por ser contraria al normas imperativas", o en subsidio su nulidad absoluta, o su defecto, su inaplicabilidad para determinar los valores que debe pagar a causa de la terminación anticipada (Pretensiones Tercera Principal, primera y segunda subsidiaria). En consecuencia de la terminación anticipada solucita declarar que sólo está obligada a pagar *(a)* El valor de los costos directos para la ejecución de las obras construidas por Estaciones Metrolínea Ltda. y recibidas por Metrolínea S.A., calculados a precios de mercado, y *(b)* El valor de los costos administrativos necesarios para la ejecución de las obras construidas por Estaciones Metrolínea Ltda. y recibidas por Metrolínea S.A., calculado de acuerdo con lo previsto en el numeral 5.2.1 del estudio previo que antecedió el trámite de la Licitación Pública M-LP-001-2008", o en caso de considerarse válida y aplicable la expresada Cláusula 64.2, pide declarar que dentro del "*valor de las actividades que haya realizado el Concesionario durante la etapa de construcción" indicados en la misma, sólo debe pagar el de los costos directos indispensables para ejecutar las obras construídas y recibidas, y el de los* costos administrativos necesarios *según los "*valores realmente ejecutados y debidamente soportados" (Pretensión Cuarta y primera subsidiaria); asimismo, declarar que dentro de esos valores no deben incluirse los costos financieros, la utilidad esperada en el modelo financiero unilateral ni la calculada de otra manera, tampoco los costos de oportunidad de los aportes de capital de trabajo de los socios de la Convocante, o en subsidio, si se considera válida y aplicable la cláusula 64.2, dentro del *"valor de las actividades que haya realizado el Concesionario durante la etapa de construcción"* al que hace referencia la cláusula, no deben deben incluirse esos conceptos (Pretensión Quinta Principal y primera subsidiaria). Por último pide declarar que dentro de cualquier valor que deba

reconocerse debe descontarse las sumas de dinero entregadas a título de remuneración al tenor de la cláusula 51 del Contrato (Pretensión sexta).

A tales pretensiones se opuso la demandada en Reconvención con la argumentación propuesta al replicar las excepciones perentorias propuestas frente a su demanda, e interpuso las excepciones 1. EL CONTRATO DEBE SER CUMPLIDO SEGÚN LO ACORDADO O "*PACTA SUNT SERVANDA"* 1.2. El contrato debe ser cumplido según lo acordado en cuanto al reconocimiento integral de las causas que condujeron a su terminación anticipada y en cuanto a las consecuencias que de tal terminación se derivan, particularmente en lo que dice relación con la aplicación de la cláusula 64.2 . 1.3. El contrato debe ser cumplido según lo acordado en cuanto a la aplicación íntegra de la cláusula 64.2 para determinar el valor de liquidación del mismo, respetando la fórmula en ella incluida" y "Carencia absoluta de derecho".

En su alegato de bien probado, Metrolínea S.A., arguyó como razones que sirven de soporte a su oposición frente a la prosperidad de las pretensiones las enunciadas al dar contestación a la demanda reformada que atrás se han resumidos.

En cuanto a la naturaleza jurídica del Contrato M-LP.001-2008 la demanda reiteró sus argumentos referentes a que se trataba de un contrato de obra pública y no de concesión, fundamentalmente basada en la consideración de que para ser de ésta última clase debería habérsele encargado a Estaciones Metrolínea Ltda, la explotación, conservación o mantenimiento del inmueble que debería construír para integrarlo al Sistema de Transporte Masivo del Area Metropolitana de Bucaramanga. Al efecto citó varias sentencias tanto de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, como de su Sala de Consulta y Servicio Civil, así como algunos fallos de Tribunales de Arbitramento, los cuales analizó y explicó.

Metrolínea. S.A., sostiene que el Acta de Terminación Anticipada del Contrato es un negocio jurídico vinculante que no puede desconocerse por la accionante; añade que la fórmula pactada en la cláusula 64.2. respecto de las compensaciones por terminación anticipada en la etapa de preconstrucción o construcción, es inválida si se interpreta en el sentido que no deben descontarse las sumas pagadas por la entidad, porque "*ello*

implicaría el desconocimiento de los más elementales principios constitucionales de respeto por el patrimonio público (artículos 88, 209 y 267 de la Constitución Política) y daría lugar a una transferencia patrimonial sin contraprestación, esto es, una donación a un particular, situación proscrita en nuestro ordenamiento constitucional (artículo 355 de la Constitución Política)", y también *"si se interpreta que el "valor de las actividades que haya realizado el Concesionario durante la etapa de construcción" incluye cualquier suma de dinero gastada por el Contratista en etapa de construcción, ello implica el desconocimiento del principio del enriquecimiento sin justa causa (artículo 831 del Código de Comercio), pues Estaciones Metrolínea resultaría recibiendo una remuneración por actividades que no necesariamente son indispensables para la construcción de la obra o por la ejecución de trabajos en condiciones que no necesariamente implican un gasto eficiente de los recursos públicos, vulnerando así los fines de la contratación estatal, los límites legales a los pactos contractuales y el deber de manejar los recursos de la contratación estatal conforme a las reglas de administración de bienes ajenos (artículos 3º, 40 y 26-4 de la Ley 80 de 1993)".*

Desarrolla la invalidez de la Clausula 64.2 alegando que al permitir que los pagos realizados durante la ejecución y después de la terminación del contrato permanezcan sin contraprestración da lugar a una donación y a la vulneración de los artículos 88, 209, 267 y 355 de la Constitución Política, 51, 18 y 40 de la Ley 80 de 1993, porque los pagos realizados carecen de contraprestación durante esta etapa, y comprenden utilidades en casos de imprevisión y caducidad administrativa, tal como reconoció la Convocante al argumentar que "*las sumas que recibió el Concesionario a título de remuneración no carecen de contraprestación, pues corresponden a lo acordado en el Contrato con miras a que este pudiera obtener* ***el retorno de la inversión y la utilidad esperada****"*, y se trata de una remuneración ya causada y pagada, "*independiente y adicional al reconocimiento del valor de actividades y del valor pagado a la interventoría, en orden a que el resultado agregado permita al Concesionario obtener en la medida señalada (esto es, valor de la remuneración más valor de la liquidación)* ***el retorno de la inversión y alguna utilidad en un escenario de terminación anticipada"****, sin existir ninguna otra causa ni* distinta al retorno de la inversión y la utilidad, y por esto, debe declararse inválida al confesar la Representante Legal de Estaciones Metrolínea en su interrogatorio de parte *"que las partes acordaron que la formula contenida en la cláusula*

64.2 estaba incompleta, pues no contemplaba los valores que Estaciones Metrolínea había recibido a título de remuneración antes de la terminación del Contrato y aún, los que siguió recibiendo con posterioridad a dicha terminación"[214]*, de donde, "la única conclusión a la que puede llegarse es que la cláusula 64.2 no preveía explícitamente que la remuneración debía restarse del valor obtenido, al punto que así lo consideraba incluso la representante legal de Estaciones Metrolínea, de tal manera que resulta absolutamente claro que en el Acta de Terminación no hubo acuerdo en relación con la suerte de esos dineros, ni una contraprestación real en razón de la cual se entregaron los mismos.",* además que la imputación de esos dineros a la utilidad contraría la misma cláusula 64.2. que indica que: "*Dentro de los montos acordados se entienden incluidas las indemnizaciones mutuas por concepto de todo perjuicio (…) incluyendo (…) lucro cesante*", y comportaría un doble pago contrariando además el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, y por esto, *"el reconocimiento de los valores percibidos con anterioridad a la liquidación que efectuará ese Tribunal (los recibidos con ocasión del 11.75 % sobre la tarifa), no tienen causa jurídica válida, pues la cláusula 64.2 reconoce el lucro cesante y la utilidad esperada en su interior. Entonces, las sumas recibidas con ocasión del 11.75% sobre la tarifa, de ser imputadas a utilidad, darían lugar a un exceso de reparación, y con creces superarían el concepto de la reparación integral contrariando con ello el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y la jurisprudencia del Consejo de Estado."*

Igualmente, agrega que la Cláusula 64.2 contradice los artículos 88, 209 y 267 de la Constitución Política por vulnerar el patrimonio público en virtud del negligente o ineficiente manejo y administración de los recursos públicos, y la destinación *(*a gastos diferentes a los expresamente señalados en las normas, por utilización diferente a su

---

[214] "La clara confesión en este sentido fue hecha por la Representante Legal de Estaciones Metrolínea durante el interrogatorio de parte. En esa ocasión, la representante legal expresó: ***Preguntado:*** *Con todo gusto, sírvase manifestar ¿cómo es cierto, sí o no? que durante la negociación de la liquidación del contrato MLP 001 de 2008 se acordó que Estaciones Metrolínea había recibido parte de los valores a reconocer a través del pago quincenal del porcentaje del valor de la tarifa recaudada.* ***Contestó:*** *No es cierto doctor, porque lo que usted me pregunta que es si eso se acordó durante la etapa de liquidación y no fue así, el tema viene del acta de liquidación del contrato en el cual el último numeral dice que se reconoce posteriormente a la terminación a título de desbalance de pagos el once setenta y cinco por ciento de la tarifa, el precedente es que Metrolínea reconoce que hay un desbalance y pues que a la razón de ese desbalance tenemos el derecho a recibir unas indemnizaciones, entonces cuando se firmó el acta de terminación le dije al doctor Rodríguez, no firmemos el acta, como vamos a liquidar y nos vamos a dar un tiempo, ayúdeme para poder tener un flujo que me permita atender los costos financieros de la emisión,* ***entonces para todos el entendimiento era que el desbalance de pagos si bien es cierto sí se iba a restar del valor de liquidación****, también se estaba dando porque Metrolínea reconocía que habíamos generado unos prejuicios por la no implementación del sistema y que íbamos a recibir una indemnización****, luego eso se iba abonar****, pero eso se trató fue en el acta de terminación y no en las reuniones de liquidación.* (Negrilla fuera del texto original)

objeto, lo que se daría si se permite al particular conservar recursos públicos sin que la administración haya obtenido ninguna contraprestación real por ese concepto, dándoles una finalidad diferente a la autorizada en la ley, *"la de enriquecer al contratista cuando el ordenamiento expresamente lo prohíbe."* También vulnera los principios de la función administrativa contemplado en el artículo 209 de la Constitución Política, desarrollado por el artículo 3-12 del CPACA, concretamente el principio de economía., los de gestión fiscal previstos en el artículo 267 de la Constitución Política, de moralidad administrativa con violación simultánea de los artículos 88 y 209 de la Constitución Política, que debe acatarse por las partes y por "*el Tribunal de Arbitramento, en su condición de encargado de determinar si la moralidad ha sido amenazada o violada a través de las estipulaciones contractuales",* pues la "*cláusula 64.2 favorece poderosamente los intereses de un particular: Estaciones Metrolínea, y en perjuicio del patrimonio público y, como consecuencia, también del bien común. Lo anterior, pues según la interpretación propuesta por Estaciones Metrolínea, esa cláusula le genera el derecho a percibir unos pagos sin que haya realizado ninguna contraprestación a favor de la administración. O bien, más grave aún, tiene derecho a conservar esos pagos a título de utilidad a pesar de que, como se explicará, en los supuestos de hecho contenidos en la cláusula 64.2 es ilegal reconocer alguna suma por ese concepto";* aún en *gracia de discusión*, vulneraría el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 y las normas que prohíben al contratista recibir utilidad en caso de declaratoria de utilidad, el artículo 51 de la Ley 80 de 1993 que establece que el deber de la administración se limita a llevar *"a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas"*, cuando la terminación del contrato acontece por una causa extraña imprevista y no imputable a la administración como la fuerza mayor que limitan la reparación a un punto de no pérdida excluyendo la utilidad [215], por lo que *," resulta ilegal que los pagos realizados durante la ejecución del Contrato y después de su terminación, se imputen a la utilidad dejada de percibir, a pesar de la contundente evidencia de que no hay lugar a*

[215] "Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 27 de marzo de 2014, expediente 20.912; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 12 de marzo de 2014, expediente 14.445; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 12 de febrero de 2014, expediente 31.682; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 28 de junio de 2012, expediente 21.990; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de enero de 2012, expediente 20.459; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 31 de agosto de 2011, expediente 18.080; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de septiembre de 2003, expediente 15.119; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de mayo de 2003, expediente 14.577, y Tribunal de Arbitramento de Concesión Santa Marta Paraguachón contra Instituto Nacional de Vías, Laudo de 31 de mayo de 2004".

su reconocimiento en un caso como el que nos ocupa.", en tanto la autonomía privada dispositiva no puede contrariar normas imperativas (arts.18, 5-1 y 40 de la Ley 80 de 1983).

Estima que aún si la Cláusula 64.2 se considerara ajustada a normas imperativas, es inaplicable al concernir a hipótesis diferentes a la terminación por el hecho de un tercero y en los trámites de liquidación en el en el Acta 05 de la reunión de 25 de septiembre de 2013, el doctor Johan Manrique García, representante legal suplente de la demandante "*aceptó expresamente que no debía darse aplicación a la cláusula 64.2 del Contrato, sino que el Contratista tenía derecho simplemente al valor, a precios de mercado, de los costos directos, junto con los costos administrativos, pero sin incluir costos financieros, costos de oportunidad ni utilidad dejada de percibir";* además, porque el contrato se pactó a precio global, el contratante no tiene control sobre el costo o valor de las cantidades unitarias, asume los mayores o menores costos, los riesgos de mayores o menores costos o cantidades son del contratista, *"de tal manera que si se diera aplicación a la cláusula, se eliminaría ese riesgo asumido voluntariamente por Estaciones Metrolínea en el texto del Contrato y connatural al sistema de pago del contrato de obra pública pactado en el caso concreto",* tampoco existe un referente objetivo para determinar el precio, las cantidades de obra construidas y recibidas por la interventoría, ni certeza de las mismas, para aplicar los supuestos de la formula prevista, lo que determinó la imposibilidad de liquidar el contrato y la contratación posterior de Analistas Técnicos 2014, cuyo resultado se entregó en septiembre de 2014 y comparado con *el estudio de Cal y Mayor -contratado por Metrolínea–,en los tres frentes de obra (Estación Cabecera de Metrolínea –PQP, Colector Quebrada El Recreo y Patio Taller Provisional), refleja que los resultados de ambas experticias son casi iguales, existiendo pequeñas diferencias, que en todo caso se encuentran justificadas";* agrega que, "*en el remoto caso en que se considerara que la cláusula 64.2 es ajustada a derecho y que la fórmula en ella pactada es aplicable para la liquidación del Contrato, su aplicación implicaría de plano la imposibilidad de reconocer perjuicios adicionales reclamados por Estaciones Metrolínea. Precisamente por ello en el penúltimo inciso de la citada cláusula se pactó lo siguiente: "Dentro de los montos acordados se entienden incluidas las indemnizaciones mutuas por concepto de todo perjuicio derivado de la terminación anticipada del presente contrato, incluyendo pero sin limitarse a daño emergente, lucro*

cesante, perjuicios directos e indirectos, presentes y futuros, pérdidas o interrupciones en los negocios y otros similares", por lo cual, *"los supuestos perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones de entrega del predio, de asunción de riesgos contractuales, de pago a Estaciones Metrolínea de la remuneración pactada durante el plazo de la suspensión y de reconocimiento y pago de obras complementarias ejecutadas en el patio taller provisional no pueden ser incluidos en el valor a pagar, pues el mismo solo cobija, por decisión de las partes, (i) el valor de lo pagado por Estaciones Metrolínea a la Interventoría, y (ii) el valor de las actividades realizadas por el Contratista en la etapa de construcción".*

Recuerda que el representante legal suplente de Estaciones Metrolínea aceptó no aplicar la cláusula 64.2, en el Acta 05, correspondiente a la reunión de 25 de septiembre de 2013, "*porque implicaría el reconocimiento de indemnizaciones y perjuicios que no son procedentes en este caso, lo que de paso refuerza la ilegalidad solicitada en el punto anterior",* declaración vinculante para la sociedad al hacerse en presencia de la representante legal principal quien al suscribir el acta "*expresamente refrendó con su firma las afirmaciones realizadas por el abogado y representante legal suplente* " las ratificó conforme al artículo 844 del C. de Co., o cuando menos se configuró un representación aparente al tenor del artículo 842 de esa codificación, dando a entender que el suplente tenía alguna capacidad para comprometerla, o en su defecto, habría lugar a aplicar la doctrina de los actos propios o *venire contra factum proprium non valet* [216], en la medida *"que: (i) el comportamiento fue la afirmación del representante legal suplente y la refrendación de la representante legal principal cuando firmó el Acta 05 de 25 de septiembre de 2013; (ii) la regla, pacto o consecuencia lícita es la aceptación de que no procede la aplicación de la cláusula 64.2, pues ello implicaría "reconocerle perjuicios o indemnizaciones se incurriría en un daño fiscal, por cuando no se puede reconocer lucro cesante alguno o indemnización de perjuicios por causas no imputables a alguna de las partes", y (iii) la consecuencia jurídica es que se prohíbe a Estaciones Metrolínea que discuta sus propias declaraciones con fines de desatenderla.",* por lo cual, debe rechazarse la aplicación de la mencionada cláusula.

---

[216] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 24 de enero de 2011, expediente 2001-00457-01. [216] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 16 de julio de 2015, expediente 31.683A.

Insiste que la Cláusula 64.2 no aplica en casos de terminación anticipada por suspensión prolongada que fue la causal invocada por Estaciones Metrolínea Ltda., para la terminación, ni para las generadas por el hecho de un tercero como fue la decisión del juez popular, "*en la medida en que se trata de un tercero identificable, el juez del caso de acción popular, y no una situación indeterminada*"; tampoco se pactó en el Acta de Terminación la aplicación de la cláusula 64.2. como única alternativa posible de liquidación, y el comportamiento de las partes demuestra la necesidad de discutir su aplicación.

Por demás, añade, la fórmula de la Cláusula 64.2 no incluye el reconocimiento de los costos de financiación, de oportunidad ni ninguna otra indemnización al limitarse al valor de las actividades realizadas durante la construcción y no después de la terminación, el simple paso del tiempo no es "actividad", los intereses están excluídos expresamente, el costo de oportunidad no es actividad desarrollada durante la ejecución del contrato, la pérdida de una oportunidad no está probada[217], el dictamen de Ikon no cumple los requisitos necesarios para demostrar un costo de oportunidad, parte de una falsa premisa acerca del retorno de la inversión y de una tasa de retorno en función del tipo de negocio, el costo de oportunidad y de endeudamiento como valor adicional se excluyeron de la cláusula 64.2, reconocerlos implica modificar las reglas de asunción de los riesgos pactados (Cláusulas 18.1-4, 2-77 y 22-9), la limitación de responsabilidad acordada, contraviene la naturaleza de contrato de obra pública que se demostró tiene el Contrato ML-LP-019-2008, y en cualquier caso, debe aplicarse el principio de mitigación del daño para limitar el reconocimiento del costo de financiación "*temporalmente y exclusivamente hasta el momento de terminación del Contrato"*, pues "*Estaciones Metrolínea debió pagar la totalidad de los préstamos adquiridos para la financiación de la obra de manera inmediata, una vez se produjo la terminación del Contrato",* debía pagar sus deudas *"para evitar que se generaran mayores costos de endeudamiento que estarían por fuera de la ejecución contractual*", y si no lo hizo, "*fue su actitud pasiva de no pago, y de no mitigación del daño, la que permitió que a pesar de la terminación del Contrato, siguiera aumentando la deuda que ahora pretende cobrar"*., de donde, *"por lo menos debe reducirse el valor de los intereses que se*

[217] Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 24 de octubre de 2013, expediente 25.869: "Se hace énfasis en que uno de los elementos definitivos, de la esencia del concepto de pérdida de oportunidad es un grado de incertidumbre razonable".

hubiese dejado de causar si el valor recibido en razón del porcentaje sobre la tarifa se hubiese utilizado debidamente para mitigar el daño. Es decir, si los cerca de $30.998.163.481 (certificación expedida por Corficolombia el 22 de julio de 2015, folio 7237-7241) recibidos por el 11.75% sobre la tarifa que recibió Estaciones Metrolínea, suma que en todo caso debe ser actualizada quincena a quincena, se hubiesen utilizado para el pago de deuda, los intereses serían mucho menores pues se habría disminuido el capital adeudado y, con ello, se hubiese mitigado correctamente el daño generado por los intereses causados por el impago de la deuda".

Concluye su exposición final manifestando que deben reconocerse a la demandante solamente los costos directos de construcción con base en la pericia CAL Y MAYOR, en cuantía de $79.453.635.386.64, a precios históricos; los costos de administración en cuantía de $11.320.573.161., más los costos de Interventoría $ 3.717.916.928, que sumados dan $ 15.038.490.098, a precios históricos, advirtiendo que lo pagado a Estacones Metrolínea, de acuerdo con la certificación de CORFICOLOMBIANA, $30.998.163.481, que deben ser actualizados uno a uno desde la fecha de pago hasta la fecha del Laudo Arbitral, valor que deberá adicionarse al valor de pagos hechos con posterioridad al momento de la certificación enviada por la financiera.

La señora Procuradora en su concepto, precisa que en la hipótesis de reconocerse los costos administrativos deben limitarse "*por el tiempo o plazo de ejecución del contrato (etapa de preconstrucción: 3 meses; etapa de construcción 16 meses; etapa de reversión: 15 días) arroja un total de 19 meses y 15 días, plazo único que debería considerar el H. Tribunal al momento de considerar los valores de los gastos administrativos, los cuales no pueden tomarse en su totalidad por las razones expuestas, imputables al contratista.";* igualmente, en caso de reconocerse el costo financiero, *"solo debería darse respecto al tiempo en que el contratista debía ejecutar el contrato, esto es 19 meses y 15 días, y no precisamente por todo el tiempo de ejecución, ni por todo el valor que se presenta como emisión de bonos para el proyecto, pues el contratista estaba en la obligación de aportar como todos los contratistas, una parte de su propio presupuesto para financiar la obra, y no precisamente por todo el tiempo previsto para la vigencia del contrato, ni todo el tiempo utilizado desde el acta de inicio hasta el acta de terminación, pues como se advirtió, ese mayor tiempo fue*

generado por el contratista y no por METROLINEA.", que habiendo recibido el contratista durante la ejecución del contrato y aún después, *"los recursos provenientes del 11.75% de la tarifa, aspecto que igualmente compensa de alguna manera, la financiación que se obtuvo para la ejecución de la obra; no obstante, como en este caso se requería garantizar unos altos recursos por un largo periodo de tiempo, es preciso que una parte de esa financiación se asuma por la entidad, pero como he manifestado, solo por el periodo de tiempo que se previó como duración del contrato, no por la totalidad de los recursos de crédito, y deduciendo de esos valores, los recibidos como pago de METROLINEA.", y que el valor de la construcción a reconocer ascendería a* $44.160'000.000 si se concluye la celebración de un contrato de obra a precio global, o "*la opción igualmente estaría en la de reconocer la suma reclamada por costo directo por valor de $91.564.906.643 y costos de administración por $12.689.502.177 que suman $104.000'254.408.820? en caso de ser esta la opción, el Ministerio Público solicitaría que de los costos administrativos solo se consideren por el periodo de tiempo que se estimó la ejecución del contrato, y sin considerar la adición del contrato de interventoría, porque como se pudo establecer, esos mayores costos, se generaron por la ampliación de plazos solicitada por el contratista y no serían imputables esos valores a METROLINEA S.A."*

Consideraciones del Tribunal.

1. Posiciones antagónicas han sentado las partes en relación con lo acordado en el Acta de Terminación Anticipada del Contrato M-LP-001-2008.

La actora pide, según las pretensiones de la demanda arbitral reformada, que se declare la validez y eficacia de la estipulación consignada en el Acta de Terminación Anticipada del contrato referente a la aplicación a la Cláusula 64.2 del Contrato M-LP-001-2008, y que en los reconocimientos económicos que le correspondan se incluyan todos los costos directos e indirectos, así como los de financiamiento en que debió incurrir; como fundamentos de derecho citó el Artículo 90 de la Constitución, (responsabilidad del estado, contractual y extra contractual) ; 4º., numeral 9, 5º. Numeral 1º., inciso 1º , 19, 26, numeral 1º., 28, 32, inciso 1º., y numeral 4º., 50, 68, 70 y demás pertinentes y concordantes de la Ley 80 de 1993; 63, 64, 1494, 1501, 1502, 1546, 1551, 1602, 1603,

1604, 1608, 1610, 1613, 1615, 1617, 1618 1 1624, y concordantes del Código Civil, 822, 864, 871 y demás pertinentes y concordantes del Código de Comercio, 162, 164 y concordantes del CPACA; 164 y pertinentes del Código General del Proceso, ley 23 de 1991, ley 446 de 1998 y ley 1563 de 2012.

La Convocada en su demanda de reconvención y al oponerse a las pretensiones de la demanda principal, pide que se declare la ineficacia de la Cláusula 64.2 del Contrato M-LP-001-2008, subsidiariamente su nulidad absoluta por contraríar normas imperativas, y, en subsidio de la subsidiaria, que la Cláusula 64.2 no es aplicable para la determinación de los valores que debe pagar Metrolínea S.A., a Estaciones Metrolínea Ltda, a consecuencia de la terminación anticipada del Contrato M-LP-001-2008. Como fundamento jurídico de sus pretensiones Metrolínea S.A., invoca los artículo 83, 88, 90, 267, 355 de la Constitución, así como los artículos 5-1, 13, 18, 26-4, 28, 32 –4, 40 y 44 de la ley 80 de 1993 en consonancia con los artículos 3-12 del CPACA, 831 del Código de Comercio y 16 de la Ley 446 de 1998 , respecto de los cuales disertó en su demanda y en el alegato de conclusión y que el Tribunal ha tenido la ocasión de resumir más arriba.

Adicionalmente, la opositora considera que no es aplicable la fórmula de liquidación del contrato consagrada en el numeral 2 de la Cláusula 64, porque su terminación se funda en un motivo distinto del en que ella se basó. Sostuvo, además, que el representante legal suplente de Estaciones Metrolínea Ltda., había aceptado en la recordada acta de la sesión de las mesas de trabajo para la liquidación del Contrato del 25 de septiembre de 2013, la inaplicación de la fórmula de que se hace mención para los fines señalados.

2. Para resolver las pretensiones de la demanda reformada, y las formuladas por la accionada en procura de obtener la declaración de ineficacia, nulidad o inaplicación de la Cláusula 64.2 del Contrato, el Tribunal se remite a los antecedentes del Contrato y los consignados en el Acta de Terminación Unilateral del Contrato M-LP-001-2008, de cuya lectura se establece que las partes, por conducto de sus representantes legales, acordaron, con apoyo en la Cláusula 63.6 del Contrato M-LP-001-2008, 64.2, darlo por terminado y establecer en la liquidación del Contrato las sumas a favor o a cargo de

cada una de ellas, según lo dispuesto en la Cláusula 64.2 del aludido Contrato, iniciando unas mesas de trabajo a partir del 12 de octubre de 2012.

La ineficacia de la Cláusula Contractual 64.2, devendría de la contrariedad de las normas imperativas que en sustento de esta petición menciona, y del hecho de que la terminación del contrato obedeció a causal distinta de las contempladas en el numeral 6 de la Cláusula 63 del Contrato para abrir lugar a la aplicación de la formula mencionada arriba, por lo cual, en el *sub judice* se establece una donación a favor de la actora, sin una causa real y lícita que la fundamente, lo que pretende probar argumentado que no es factible reconocer suma alguna a la Concesionaria por los costos asociados a la obtención de la financiación, porque ésta era de sus obligaciones consistente en la obtención de los recursos para financiar la ejecución del Contrato; por tanto, de reconocérsele suma alguna por concepto de gastos asociados a la obtención de los recursos para el fin señalado y el pago de los intereses correspondientes a los dineros tomados en préstamos, implicaría una donación que adolecería de carencia de causa y sería contraria a normas imperativas. Además, considera que el reconocimiento de los costos de financiamiento del contrato no corresponde a ninguna actividad remunerable a favor del contratista y, por ello, se le estaría pagando una suma sin causa y, de contera, haciéndole una donación prohibida por el artículo 355 de la Constitución. Menciona que, por ser contraria a normas imperativas la Cláusula 64.2, del Contrato M-Llp-001-2008 debe ser declarada ineficaz.

El Código de Comercio, dispone que cuando en él se expresa que un acto no produce efecto, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial, tal como acontece con las disposiciones contenidas en los artículos 112, 150, inciso 2º, 198, inciso 3º. 200, inciso 2º ,297, inciso 1º, 318,inciso 2º, , 407, inciso 2º ; 433; 435, incido 2º;501, inciso 1º ; 524; 629; 670; 678; 712; 1005, inciso 3º; 1203; 1244. Igual consecuencia de ineficacia consagran los artículos 1500, 1740 y 1760 del Código Civil.

La llamada “ineficacia de pleno derecho”, en cuanto a “que un acto no produce efectos”, es “ineficaz”, “nulo de pleno derecho”, “se entiende por no escrito”, comprende diversas

situaciones, es rectrictiva, excepcional, exige un texto legal expreso, claro y preciso, y excluye la analogía legis o iuris. [218]

Sobre esta figura la jurisprudencia ha señalado:

> "La "*ineficacia de pleno derecho*" (artículo 897, C. de Co.), en tanto un acto "*no produce efecto alguno*" (arts. 297, 918, 1045, 1055, 1137 y 2003 C. de Co.), "*será ineficaz*" (arts. 110-4, 122, 190, 433 ,1244 y 1613 C. de Co, 16 , 17 y 48 , Ley 1116 de 2006), "*so pena de ineficacia*" (arts. 390, 366 y 1210, C. de Co.), carecerá "*de toda eficacia*" (art. 435, C. de Co.), "*no producirá efectos*" (arts. 524, 670, 712, 1005 y 1031, C. de Co.), se tendrá no escrito (arts. 141, 150, 198, 200, 294, 318, 362, 407, 501, 655, 678, 962, 1328 y 1617, C. de Co; 11, Ley 1328 de 2009), o no puesto (arts. 655 y 717, C. de Co.), recoge *"multitud de supuestos de hecho que, en estricto sentido, deberían generar nulidad u otro tipo de vicio, dado que no en todas las eventualidades donde en ese estatuto legal 'se exprese que un acto no produce efectos', se está, necesariamente, ante la falta de algún elemento estructural del acto o contrato,* (cas.civ. sentencia de 6 de agosto de 2010, exp. 05001-3103-017-2002-00189-01), es decir, comprende disímiles situaciones que, en su ausencia, en la disciplina normativa del negocio jurídico tendrían tratamiento específico (inexistencia, nulidad, anulabilidad e inoponibilidad del negocio jurídico), en particular por quebranto del *ius cogens*, normas imperativas protectoras de determinados intereses. Esta ineficacia, ostenta tipicidad legal rígida, es de derecho estricto, presupone norma o texto expreso, claro e inequívoco ("*cuando en este código se exprese*"), aplica en los casos taxativos previstos por la ley, es restringida, restrictiva, excepcional, excluye la analogía *legis* o *iuris*, aplicación e interpretación extensiva, no admite generalización ni extensión al regularse en normas imperativas, es drástica, *per se* e inmediata al acto, sin declaración judicial, aun cuando las controversias en torno a su procedencia, supuestos fácticos u ocurrencia o la solución de las situaciones jurídicas contrahechas al margen de la ineficacia la requieren".[219]

Una verificación de las hipótesis y casos de ineficacia consagrados en la legislación civil y comercial indicada, así como de las disposiciones de la Ley 80 de 1983 y sus normas que la modifican o complementan, permite establecer que la Cláusula 64.2 cuya ineficacia la demandada invoca, no se adecúa con ninguno de los casos previstos en la normatividad citada antes; por ello resulta improcedente que el Tribunal torne en ineficaz la aludida Cláusula, pues no corresponde a los eventos en que tal instituto es aplicable.

3. En análogo sentido, no observa el Tribunal en esta estipulación contrariedad a norma imperativa alguna, y por el contrario, encuentra razón y fundamento en la celebración, ejecución y terminación del contrato de concesión, las prestaciones ejecutadas, derechos, deberes y obligaciones recíprocos de las partes, particularmente, la regulación del contenido económico y prestacional por la terminación anticipada, así

---

[218] HINESTROSA F. "Eficacia e ineficacia del negocio jurídico", en *Derecho comercial colombiano*, Medellín, Cámara de Comercio de Medellín - Colegio de Abogados Comercialistas, 1985.

[219] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 8 de septiembre de 2011, exp.11001-3103-026-2000-04366-01. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 30 de abril de 2012, Exp 25000-23-26-000-1995-00704-01(21699). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 10 de diciembre de 2015, Radicación número: 11001-03-26-000-2015-00031-00 (53165).

como la renuncia del Concesionario a formular reclamaciones por la orden de autoridad competente de suspender la construcción de la obra, que condujo finalmente a la extinción del vínculo al acontecer la suspensión prolongada durante un término mayor al consagrado en ejercicio de la facultad acordada para terminarlo, aceptada por la entidad concedente, aspectos todos que constituyen causa y justificación de la atribución patrimonial.

En efecto, los presupuestos o requisitos de validez del contrato, la capacidad, consentimiento exento de vicios, lícitud de la causa y objeto concurren a plenitud, no sólo en el contrato sino en el acuerdo de terminación anticipada. Precisa indicar que bien sabido es que (C.C. art. 1502) para que una persona se obligue válidamente para con otra por un acto o declaración de voluntad es necesario que sea legalmente capaz, que consienta en dicho acto o declaración de voluntad y su consentimiento no adolezca de vicio, que recaiga sobre un objeto lícito o que tenga una causa lícita. Según la ley civil, la capacidad es la facultad de poderse obligar por sí, sin el ministerio o la autorización de otra persona.

En el Contrato M-LP-001-2008, y en el Acta de Terminación Anticipada del Contrato aparece que fueron los representantes legales de las partes quienes suscribieron los documentos señalados y consintieron en su contenido. Según los Estatutos de las entidades confrontadas en este Tribunal sus representantes legales tenían facultad para celebrar el Contrato y acordar lo que para su buen suceso fuera necesario y para darlo por terminado en las condiciones y eventos en el contrato. Por ello, la capacidad contractual de las partes se encuentra establecida y sobre tal aspecto no hay disputa.

No hay duda que las partes consintieron *expressis verbis* en ligarse contractualmente para que se ejecutaran las obras de Estaciones de Cabecera, Patios de Operación y Talleres de Floridablanca, y que su consentimiento no adoleció de vicio alguna invalidante de su conducta, pues, como se verá adelante, la supuesta inducción a error por parte de Estaciones Metrolínea Ltda, a Metrolínea. S.A., no fué demostrada, ni podría tener efecto invalidante de lo convenido en el Acta de Terminación anticipada del contrato, dada la existencia real de la causal de cesación del contrato derivada de la suspensión del mismo en la hipótesis de la Cláusula 63.2 del Contrato.

De lo que se desprende que en el sub lite está ameritada la existencia del consenso (*in idem placitum consensus)* constitutivo del mutuo acuerdo de las partes en ligarse como lo hicieron sin que el consentimiento adoleciera de vicios legalmente invalidantes del contrato. El objeto del contrato comprendió la construcción de las obras ya indicadas y en sí mismo no puede predicarse de él ilicitud que tuviera la virtualidad de invalidarlo, como tampoco se desprende ilicitud de las Cláusulas 63.6 y 64.2., pactadas para resolver eventuales situaciones que pueden ocurrir en el curso de ejecución de los contratos. No se ha planteado por la accionada la existencia de error en el objeto ni en el negocio jurídico que permitiera invalidar la Cláusula 64.2, como viene propuesto en la demanda de reconvención, sino sobre causa invocada que llevó a la celebración del acuerdo contenido en el Acta de Terminación Anticipada del Contrato.

Para el Tribunal no se demostró que la causa real de la celebración del acuerdo últimamente indicado hubiera sido las dificultades financieras de la Convocante; en cambio si aparece, con base en la prueba documental examinada, que hubo una suspensión del Contrato M-lp-001-2008, por lapso continuado superior a dos meses, hecho que encaja perfectamente en la eventualidad regulada en las Cláusulas 63,6 y 64.2 del documento y que hubiera convalidado, de haberse probado, los efectos anulatorios de la causal que según el demandado fue el motivo real de lo pactado el 12 de octubre de 2012.

De acuerdo con el artículo 1524 del C.C., la causa es el motivo que induce al acto o contrato, y ella es ilícita cuando es contraria a las leyes, o a las buenas costumbres o al orden público. La nulidad de la Cláusula 64.2 que pretende METROLINEA S.A., la funda en el hecho de que allí se establece el reconocimiento de sumas a favor de la accionante sin que existiera causa o fundamento hacerlo. En criterio del Tribunal no es razonable tal argumento, pues de lo expuesto con relación a las previsiones de las Cláusulas 5 y 55 del Contrato, y de la misma de la norma acusada de nulidad, que de su aplicación pudiese resultar reconocimiento y pago de lo nó debido, pues el texto contractual se basa en que se trata de remunerar o reconocer los valores por concepto de actividades realizadas por el contratista, como la adquisición y pago de los materiales empleados y destinados a las obras, la mano de obra, la administración y la utilidad esperada, así como los costos comprobados incurridos para la financiación del

contrato, de modo que la supuesta carencia de causa para el reconocimiento y pago de las sumas deprecadas por los conceptos mencionados no corresponde a la realidad de lo pactado en las referidas cláusulas 5ª y 51ª., ni a lo que en efecto ocurrio en materia de costos de financiamiento para realizar el cierre financiro y la utilizacion de los recursos del crédito sindicado y los aportados por la contratista para la financiación del proyecto objeto del contrato M-LP-001-02008.

No estando demostrado el supuesto hecho determinante del error en el que hubiera sido inducida la Concedente, ni la existencia de maniobras torticeras inductivas a engaño provenientes de la actora, resulta improcedente considerar que se logró demostrar vicio del consentimiento, o un error jurídico invalidantes del acuerdo sobre la finalización del contrato. En efecto, los testigos citados y relievados en el alegato de conclusión de la accionada no precisan, ni ratifican la existencia de dificultades financieras, ni el monto, en que se hubiera encontrado la Concesionaria, pues sus dichos se limitan a señalar que las modificaciones de los diseños conllevaron seguramente aumento de los costos para la ejecución del Contrato, superiores a los que tuvo en consideración la proponente para elaborar su oferta, aumento de costos que la Convocante admite al formular sus primeras reclamaciones a la dueña del proyecto, sin que se estableciera cabalmente su existencia, magnitud ni impactos, ni que, deliberadamente hubiera ocultado esa situacion a la demandada.

Otro argumento de la accionada ha sido el de que los costos de financiamiento del objeto contractual corrían por cuenta del Contratista y, por ende, no pueden serle reconocidos con la aplicación de la Cláusula 64.2, sin incurrir en beneficiarlo enriqueciéndolo sin causa. El Tribunal encuentra que del examen y valoración de lo pactado en las Cláusulas 51 y 5 del Contrato en la remuneración del Contratista, en las dos modalidades consagradas en la primera Cláusula mencionada se entendían cubiertos los costos, incluídos los del financiamiento del objeto contractual, lo que indica que ellos debían ser retribuídos al Concesionario, sin que se pueda afirmar precisamente que no tenía derecho a reclamarlos, como se pretende por parte de Metrolínea S.A. Se incluían en la remuneración, reza el Contrato, igualmente, el retorno del capital y las utilidades de Estaciones Metrolínea Ltda; en el inciso quinto de la

Cláusula 5 se estipula claramente que el valor efectivo del contrato (ingreso bruto durante su vigencia) remuneraría todas las labores necesarias para el cumplimiento del objeto contractual, y dentro de esas labores se incluyeron los gastos financieros y administrativos, directos e indirectos y todos los demás que fueran requeridos para la cabal ejecución del contrato. Las estipulaciones anteriores indican que no existe razón en considerar que el reconocimiento de las sumas que la Contratista pide por concepto de costos de financiamiento carezcan de causa, y que su otorgamiento entrañaría una donación o un enriquecimiento indebido del Contratista, como lo ha planteado la Concedente.

Como la violación de las normas constitucionales y legales que la demanda enlista para pedir la ineficacia, o, en su defecto, la nulidad o, en subsidio de segundo rango, la inaplicación de la Cláusula 64.2 del contrato en la liquidación del mismo, provendría, según su criterio, de la falta de causa para el reconocimiento y pago los costos del financiamiento, va de suyo que tal pretensión no se aviene con lo acordado en el Contrato y lo probado en autos en lo que a los gastos de financiamiento concierne, cuyo monto está demostrado con la certificación de la Fiduciaria CORFICOLOMBIANA aportada al proceso y analizada por el experto financiero; por tanto, a la luz de las previsiones contractuales el pago deprecado de los costos de financiamiento tiene causa real y lícita, pues de nó reconocerlos en cuanto se hubieren causados, sería al contrario la Concedente quien vería incrementado su patrimonio con el desconocimiento de los costos que le hubiera correspondido cubrir de sus propios recursos, de no haber mediado el sistema de financiamiento establecido en el Contrato y el Concesionario privado de una parte de sus recursos invertidos en la ejecución de las obras. De otro lado, el reclamo de los costos de financiamiento no encuadra en el concepto del riesgo financiero, en los términos contratados, pues este consiste específicamente en que el Concesionario asume los efectos, favorables o desfavorables, que surgen de la contingencia de que los organismos financieros o proveedores le concedan o no, total o parcialmente la financiación necesaria o adecuada para cumplir con las obligaciones de inversión que le impone el contrato de concesión, así como las variaciones de las condiciones de financiación del Concesionario, como resultado de la posible variación de las tasas de interés, de la tasa de cambios, de los márgenes de intermediación o de las

comisiones de los agentes, o de cualquier otro factor, respecto de los márgenes estimados por el Concesionario al momento de presentar su propuesta.

No puede haber ni hay detrimento del patrimonio público en el reconocimiento y pago que se haga en vía administrativa o judicial de las sumas que salen a deberse a los contratistas particulares o a las entidades públicas contratantes para cubrir las deudas que obedezcan a costos asociados a la ejecución de los contratos estatales, o por advenir cualquier evento que la ley considere da lugar al restablecimiento del equilibrio contractual o a la indemnización de perjuicios. Por lo expuesto y con base en las previsiones contractuales y las pruebas que se han indicado en este capítulo del Laudo, no hay lugar a considerar que el pago que reclama la accionante por concepto de costos de financiamiento no tengan causa real y lícita, de modo que su aceptación implicara una donación prohibida en la Constitución Política; es decir, no hay ni objeto, ni causa ilícita en el reconocimiento y pago de las sumas que por concepto de costos de la financiación debidamente demostrados en el sub lite pide Estaciones Metrolínea Ltda., como tampoco existen circunstancia impeditiva del reconocimiento impetrado.

Tampoco aparece que el objeto del Contrato en lo que es pertinente con la Cláusula 64.2 acusada de ilegal e inconstitucional por la accionada padeciera de esas falencias, pues la Contratante tenía competencia para celebrar el Contrato con el fin de contratar la construcción de la infraestructura y operación del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Bucaramanga, como se desprende su objeto comercial, según el extracto del Certificado expedido por la Cámara de Comercio de Bucaramanga, aportado a los autos, y de cuya autenticidad no puede dudarse. La causa del contrato, vale decir, el motivo que induce al acto o contrato o los móviles que determinaron la contratación de Estaciones Metrolínea Ltda, para construír la infraestructura objeto del Contrato ME-LP-001-2008, resulta entonces lícita ya que, además, hace parte de la política del Estado en materia de transporte masivo de las ciudades intermedias del país, como se desprende de los documentos CONPES citados existentes desde 1995, traídos a los autos y localizables como documentos públicos que son, en los sitios de internet, que el Tribunal ha tenido ocasión de consultar , evaluar y resumir.

Agréguese a lo ya expuesto, que en la Cláusula 64.2, se previó que el valor de las actividades realizadas por el concesionario se acordarían por mutuo consenso de las partes, y, en caso de discrepancia, sería definido por el amigable componedor, lo cual no sucedió y se defirió la solución del asunto al Tribunal de Arbitramento.

En la citada Cláusula se dispuso, igualmente que, dentro de los montos acordados se entenderían incluídas las indemnizaciones mutuas por concepto de todo perjuicio derivado de la terminación anticipada del contrato, incluyendo, pero sin limitarse al daño emergente, lucro cesante, (esto es la utilidad esperada, según se considera en el alegato final de la Convocada), perjuicios directos e indirectos, presentes y futuros, pérdidas o interrupciones de los negocios y otros similares; lo anotado indica que las partes podían, además de las consagradas en las antedichas previsiones contractuales, acordar qué sumas se reconocerían en el caso de la ocurrencia de la finalización del contrato durante la etapa de construcción por autorización expresa de lo pactado.

El entendimiento de que, entre las sumas por otorgar a la demandante están las correspondientes a los costos de financiamiento del Contrato se aviene con las previsiones estipuladas en las arriba citadas Cláusulas 51 y 51.1 y explica que las partes los pactaran en la hipótesis de terminación anticipada por la anotada causal.

Las declaraciones de las partes consignadas en el Acta de Terminación Anticipada del Contrato M-LP-001-2008, para el Tribunal son válidas, pues no está demostrado que adolezcan de objeto ilícito o de causa ilegal, o contraríen el derecho público de la Nación, como se ha demostrado antes.

En razón de lo expuesto no considera el Tribunal fundada la petición de declarar ineficaz la Cláusula 64.2 del Contrato de concesión No. M-LP-001-2008 pues respecto de ella no hay disposición legal que la declare por su contenido sin efecto. Tampoco hay lugar a declarar la nulidad deprecada de la antedicha Cláusula, pues no se evidencia en ella la existencia de objeto ilícito o de causa ilícita que la quebrante, dado que el contrato permite el reconocimiento de los costos de financiación del Contrato MLP-001-2008, a través de cualquiera de las modalidades de remuneración pactadas y que en ella se prevé el pago de toda suma que salga a deberse a la Concesionaria y ello es

concordante con las características de oneroso, bilateral, sinalagmático y de ejecución continuada que tiene el contrato celebrado a que se refiere la demanda.

Así las cosas, demostrada como está la capacidad de las partes para celebrar el Contrato y suscribir el Acta de su Terminación Anticipada; que su consentimiento no estuvo afectado por ninguno de los vicios que según la ley civil pudieran afectar con efectos invalidantes al Contrato; que el objeto de los acuerdos celebrados se acompasan con las finalidades de las partes del Contrato; y que las causas de sus actuaciones no adolecen de ilegalidad, necesario es concluír que las pretensiones, en este aspecto, de la demanda de Reconvención fundadas en los defectos denunciados, no están llamadas a prosperar.

Por las razones expuestas, tampoco hay espacio para disponer la inaplicación de la Cláusula acusada fundada en el supuesto de la aceptación de su exclusión para liquidar los costos de financiamiento del contrato.

4. La petición de inaplicación de la Cláusula 64.2 estriba, como se indicó, en la consideración del demandado en el sentido que la Terminación Anticipada del Contrato no se funda en las causales que en él se previeron para que pudiera utilizarse en la liquidación del contrato la fórmula adoptada en aquella cláusula.

A este respecto, en la mencionada estipulación se convino la liquidación con la fórmula prevista cuando se “produce la terminación anticipada del presente contrato durante la etapa de construcción, por declaratoria de caducidad, o por razones de Fuerza Mayor o Caso Fortuito, o por razones imputables a Metrolínea S.A., o por terminación unilateral”, y como consta en el Acta suscrita el 12 de octubre de 2012, el vínculo termina en razón de la solicitud unilateral formulada por la concesionaria al amparo del numeral 6 de la cláusula 63, o sea, por su suspensión prolongada más allá del plazo pactado, petición que consideró viable y fue aceptada por la entidad concedente, procediéndose conforme al procedimiento previsto en la cláusula 65 a suscribir el acta de terminación por mutuo acuerdo.

Empero, en el numeral 2º del Acta de Terminación Anticipada del 12 de octubre de 2012, acuerdan determinar las sumas a favor y cargo de las partes "*por virtud de lo dispuesto en la Cláusula 64.2 del Contrato de Concesión",* lo que refleja su mutuo acuerdo claro, expreso e inobjetable de liquidar el contrato conforme a esta estipulación, y en consecuencia, su aplicación. Este acuerdo mutuo de las partes sobre la aplicación de la Cláusula 64.2 es consonante con la facultad que les asiste para acordar, convenir y definir el contenido de la terminación anticipada.

Por demás, como se analiza en este laudo y demuestran las pruebas, la concedente durante la vigencia del contrato cumplió defectuosamente su obligación de entregar un predio idóneo que permitiera adelantar la construcción del proyecto de la concesión, pues entregó un inmueble cuya extensión comprendió otro predio, propiedad entonces del AMB destinado a vía pública, lo que determinó la suspensión de la obra por orden de autoridad competente, la del contrato y su terminación ulterior. Este incumplimiento grave, relevante y esencial por si mismo legitimaba a la concedente para reclamar la indemnización plena e integral de todos los daños y perjuicios. Más, al acordarse en el Acta de Terminación la aplicación de la cláusula 64.2, los montos resultantes por los conceptos que consigna, contienen todas las indemnizaciones mutuas por todo perjuicio derivado de la terminación anticipada, incluyendo daño emergente, lucro cesante, perjuicios directos e indirectos, presentes y futuros, pérdidas o interrupciones en negocios o similares, aspecto refrendado con la renuncia expresada en el numeral 6 de la mencionada Acta a reclamar otros conceptos por las causas que dieron lugar a la suspensión, orden de autoridad competente al adelantarse la construcción en el predio entregado por la entidad estatal que comprendía en su extensión otro destinado a vía uso de público, y atañe, por consiguiente, al cumplimiento defectuoso de su obligación de entregar un predio idóneo para adelantar la construcción comprendida en la concesión. Desde este punto de vista, el acuerdo mutuo de las partes plasmado en el Acta de Terminación Anticipada para aplicar la cláusula 64.2, no solamente es claro y expreso, sino que beneficia a Metrolínea S.A. al limitar la liquidación a los conceptos acordados y excluir la reparación de otros daños por la terminación anticipada.

5. A propósito de la alegada inaplicación de la Cláusula 64.2. al haberse celebrado un contrato de obra a precio global, o haber terminado por el hecho de un tercero, por las

razones expuestas al analizar el tipo contractual y su terminación, no es procedente acoger esta argumentación.

6. En cuanto a la inaplicación de la Cláusula 64.2 al aceptarse así por el representante legal suplente de la concesionaria Johann Manrique García durante las reuniones sostenidas en la etapa de arreglo directo para efectos de la liquidación según el Acta 05 de la reunión de 25 de septiembre de 2013, declaración que según la Convocada es vinculante para esta sociedad, sea por ratificación de la representante legal principal al suscribir dicha acta, ora por representación aparente, bien por tratarse de un acto propio, ya porque al no admitirse así se causaría un daño fiscal al implicar el reconocimiento de un perjuicio, los elementos de prueba, indican:

En el Acta No. 5 de la reunión llevada a cabo con asistencia de las partes, el 25 de septiembre de 2012, consta:

> "EN CUANTO A LA FÓRMULA APLICABLE A LA LIQUIDACION
>
> (…)
> El Dr. JOHAN MANRIQUE, manifiesta que dentro del texto del contrato si hay una fórmula de liquidación para el evento de la terminación anticipada, situación que se ha manifestado en todas las comunicaciones; en la cláusula 64.2 se establece la fórmula de liquidación en la etapa de construcción y la cifra que esta arroje incluye todo (…)
>
> "El Dr. ALVARO AUGUSTO manifiesta que la cláusula al permitir cancelar conceptos como perjuicios e indemnizaciones que aquí no sería viavle reconocerlos, pues la terminación anticipada fue de común acuerdo y por una causal no imputable a ninguna de las partes. Por esa razón el otro método es mucho más fácil porque se trata de valorar únicamente los costos directos e indirectos de la obra a valor presente, sumarle los costos directos e indirectos de los materiales adquiridos por el contratista directamente relacionados con la construcción de la obra; sumarle los costos de interventoría, la comisión de éxito pagada por el concesionario a la UIS y los costos indirectos de las inversiones realizadas por el contratista después de firmar el acta de terminación del contrato de concesión.
>
> Todos los costos se determinarán de las cantidades de obra reconocidas por la interventoría; en los eventos en que se realizaron obras o se prestaron servicios con posterioridad a la terminación del contrato de interventoría, los costo [s] que de allí se deriven se reconocerán a precios del mercado, que ´es´el parámetr o establecido por el legislador de la contratación pública para valorar los bienes o servicios que requiere la administración.
>
> A la suma total se le deducirán las sumas recibidas por el concesionario por concepto de la tarifa del 11.75% también traído a valor presente.
>
> Volviendo al punto de la aplicación de la cláusula 64.2, existiría el peligro de que al reconocer perjuicios o indemnizaciones se incurriría en un daño fiscal, por cuanto no se puede reconocer lucro cesante alguno o indemnización de perjuicios por causas no imputables a ninguna de las partes.
>
> El Dr. JOHAN ALEXANDER MANRIQUE GARCIA, manifiesta que está de acuerdo con las apreciaciones hechas por el Dr. ALVARO AUGUSTO relacionadas con la fórmula a aplicar para la liquidación.".

El abogado Álvaro Augusto Ortíz Rodríguez, en su testimonio explicó su labor como asesor jurídico de METROLÍNEA S.A., la metodología de trabajo, el contenido de las doce actas de las reuniones, entiende que en el Acta No. 5 antes citada se llegaron a unos acuerdos, hasta que ESTACIONES METROLÍNEA LTDA contrata un nuevo apoderado, "cambia diametralmente su posición y echa atrás todos esos preacuerdos realizados y pide una posición totalmente diferente a la que veníamos trabajando durante esos meses, y bueno, de ahí en adelante se echó a pique todo el trabajo que habíamos realizado las partes de consuno y de común acuerdo"

La Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de Metrolínea. S.A., Martha Cecilia Guarín, afirmó que en el curso de las conversaciones sostenidas con el apoderado de la contraparte se había llegado a un acuerdo en cuanto a la forma de liquidar el contrato, consistente en reconocer los costos directos e indirectos de las obras ejecutadas, más los costos de administración y de esa suma se deducirían los valores girados por la gestora a la Concesionaria, lo cual fue rechazado posteriormente por Estaciones Metrolínea Ltda; a la pregunta propuesta por la Convocante respecto del objeto de las reuniones de las mesas de trabajo, manifestó que era iniciarlas para la liquidación del contrato de concesión, y que en el curso de esa reuniones no se pudo hablar de valores exactos debido a que no tenían informes de Interventoría y, de acuerdo con los informes del Contratista, de cantidades unitarias de lo ejecutado, sino simplemente valores globales con los cuales no se podía determinar con claridad el monto de las inversiones hechas por la actora.

El testigo Johann Manrique García dijo que actúo como abogado asesor, que fue suplente del representante legal de Estaciones Metrolínea para el evento de ausencia de éste, pero que la representante de la Empresa sólo una vez faltó a ejercer labores de representación que nunca actuó como representante legal de la entidad, por lo cual se sorprendió cuando se le informó que supuestamente habían convenido una fórmula para liquidar el contrato, por lo que se sintió asaltado en su buena fé, pues en lo que estuvo de acuerdo con el asesor externo de Metrolínea S.A., fue en el tema de las indemnizaciones:

> "No, no señor, yo en esas reuniones no tenía un poder especial ni general por parte de la representante legal de la sociedad, era un acompañante de profesión abogado, por cuanto con la prestación de

> servicios que tengo hoy en día pues mis… la calidad que tengo de apoderado de la sociedad, de la manera que usted pregunta es para otros asuntos en específico a los cuales se circunscriben en asesoría, pero para esos eventos no iba yo pues ni con la representación jurídica ni con la capacidad legal para disponer de ninguna clase de derechos de Estaciones Metrolínea".
>
> "Es que mi representación legal suplente como les he explicado yo lo hacía era única y exclusivamente cuando no estuviese la representante legal. Nunca la ejercí formalmente porque siempre Margarita ha estado ahí […]"

La representante legal de la Concesionaria en el interrogatorio de parte que rindió, confirmó lo expresado por el abogado que la acompañaba, niega que se hubiera convenido modificar la fórmula de liquidación del contrato M-LP001-2008, consagrada en el Acta de su Terminación Anticipada, y agrega que "realmente" no recibió una oferta de liquidación.

En acta No. 7 de la reunión sostenida el 15 de noviembre de 2013, constan la intervenciones de los apoderados de las partes y representante legal de Metrolínea S.A. en torno a las reclamaciones, lo acordado en el Acta de Terminación Anticipada, la fórmula prevista en la Cláusula 64.2.,el impacto de los riesgos presentados en la ejecución del contrato, el balance de pagos, la naturaleza del contrato. El Dr. Álvaro Augusto Ortíz Rodríguez , expresó:

> "(…) muchas gracias por su disertación y por presentarnos la visión que tiene usted del Contrato, yo quería que nos aportaran mejor, que las etapas de arreglo directo previstas en el Contrato, ya se cumplieron, el Contrato ya pasó, por esas etapas que usted solicita que se abran ahora misma y en Noviembre del año pasado, la gerencia de Metrolínea le manifestó a Estaciones Metrolínea que no veía la posibilidad de un acuerdo directo vía Transacción, por ejemplo, y que entonces la invitaba al Trinunal de Arbitramento, fue Estaciones Metrolína la que pidió que se abriera la posibilidad de volver a estudiar el tema y porque así lo permite la ley nos encontraramos en esta etapa de hacer un estudio de una posible Transacción como elemento previo a la Liquidación Bilateral del Contrato, de igual manera si por alguna eventualidad no pudiésemos llegar a ese evento anhelado, todo este estudio nos servirá para la liquidación unilateral, digamos que en el peor de los casos estaríamos muy cercanos a cualquiera de los dos eventos. Si en dos meses tenemos el peritazgo **y no podemos llegar a un acuerdo, pues ahí quedaran también los elementos para una Liquidación Unilateral que ya está muy demorada**"

El acta No.11 de la reunión del 12 de febrero de 2014, hace constar las discusiones y diferencias entre las partes sobre distintos puntos de la liquidación bilateral del contrato, y consigna:

> "(…) INTERVENCION DEL DOCTOR ALVARO AUGUSTO ORTIZ RODRIGUEZ. (…) los dos motivos que nos reúnen esta atarde, fueron expresados (…), primero evaluar los compromisos que se generaron en el acta de terminación bilteral del contrato y segundo lugar revisar las posiciones de las partes y mirar el estado actual de la liquidación bilateral con el propósito de continuar en el mismo.

> (…) El (...), manifiesta que el planteamiento claro desde el punto de vista de Estaciones Metrolínea, que ya conocemos porque nos lo han expresado y lo vuelve a reiterar, es que no hay acuerdo en una etapa, en donde la primera declaración que se formuló, es que no había acuerdo, porque esto era un estudio previo que se iba a hacer y por consiguiente, obviamente en un contexto de actividad de liquidación bilateral, primero hay que definir unas fórmulas de liquidación para poder llegar después a cualquier otra cosa y hasta el momento no existe siquiera una aproximación de parte de METROLÍNEA a ese respecto, entonces en ese sentido no hay acuerdo de ninguna clase que hata quedado vertido en términos que supongan un compromiso para alguien de nada.
> El doctor ALVARO AUGUSTO ORTIZ RODRIGUEZ, manifiesta que quisiera que en este punto se leyeran las actas, a ver si son acuerdos o no son acuerdos. Porque si hubo acuerdos",.

Mediante comunicación del 22 de noviembre de 2013 suscrita por el abogado asesor Alvaro Augusto Ortíz Rodríguez, expresa sorpresa a ESTACIONES METROLÍNEA LTDA por su afirmación de no conocer *la "posición de METROLÍNEA S.A., en relación con el asunto",* y recuerda que en el Acta de Resumen No. 05 del 25 de septiembre de2 013, "claramente quedó expuesta la posición de METROLÍNEA y los parámetros que se tendrán en cuenta en caso de una **liquidación bilateral del contrato"** (Se subraya).

En comunicación EM.CE-2332-13 de 12 de diciembre de 2013, Estaciones Metrolínea Ltda., precisa "*el alcance de las actuaciones cumplidas en el desarrollo de las conversaciones sostenidas de cara a determinar la viabilidad de una liquidación de común acuerdo del Contrato de Concesión",* que nunca se celebró una "transacción" ni tuvieron carácter "transaccional", que la finalidad de un aliquidación bilateral de común acuerdo es determinar los montos a reconocer, y que la misma no se logró.

Según las comunicaciones y actas reseñadas, las partes iniciaron las reuniones para una liquidación definitiva de común acuerdo del contrato de concesión. Las reuniones, análisis, discusiones, aproximaciones y "*preacuerdos*" durante esta etapa de arreglo directo se enmarcan en el procedimiento convenido para liquidar el contrato, y por consiguiente, de no concluir en una liquidación total y definitiva por mutuo acuerdo, ambas partes tenían la libertad de convocar el Tribunal de Arbitraje con tal propósito.

En efecto, en el numeral 2 de la expresada Acta de Terminación Anticipada suscrita el 12 de octubre de 2012, se estipuló que, *"[e]n caso de no lograrse los acuerdos, y como lo dispone el Contrato de Concesión, las partes podrán, según se trate, (i) acudir a un amigable componedor técnico que defina el valor de las actividades realizadas por el Concesionario para efectos de la aplicación de la fórmula prevista en el numeral 64.2*

del Contrato de Concesión, y (ii) convocar un Tribunal de Arbitramento que definia los derechos de cada una de las partes y los efectos económicos de la terminación".

En el Acta No. 5 del 25 de septiembre de 2013, el abogado de Estaciones Metrolínea., Ltda., manifestaba, además, que sí había en el Contrato una fórmula para liquidarlo, refiriéndose a la contenida en la Cláusula 64.2, de modo que la afirmacion de que hubiera aceptado para esos mismos efectos la utilizacion de otros parámetros como criterio para la liquidación, no armoniza con su convicción inicialmente sostenida.

Por las razones expuestas, tampoco hay espacio para disponer la inaplicación de la Cláusula acusada fundada en el supuesto de la aceptación de su exclusión para liquidar los costos de financiamiento del contrato.

7. En el Acta de Terminación Anticipada suscrita el 12 de octubre de 2012, las partes acordaron:

"**ACUERDAN**:

> 2. Para determinar las sumas a favor y a cargo de las partes por virtud de lo dispuesto por la Cláusula 64.2. del Contrato de Concesión, ***y así proceder a la liquidación*** del Contrato de Concesión, las Partes han resuelto iniciar unas mesas de trabajo a partir de la fecha, las cuales se deberán reunir así: (…)"

La Cláusula 64.2 del Contrato dispone:

> "Si se produce la terminación anticipada del presente contrato durante la etapa de construcción, por declaratoria de caducidad, o por razones de Fuerza Mayor o Caso Fortuito, o por razones imputadas a Metrolínea S.A., o por terminación unilateral, se calculará el valor de la liquidación mediante la siguiente formula:
>
> $ValLiq_{Cons} = ValInt + InvCons - Multas - CláusulaPenal$
>
> Donde:
> ValLiq (Cons): Es el valor de liquidación del contrato durante la etapa de construcción.
> ValInt: Es el valor que haya cancelado el Concesionario a la interventoría.
>
> InvCons: Es el valor de actividades que haya realizado el Concesionario durante la etapa de construcción. El valor de estas actividades será acordado por mutuo acuerdo entre el Concesionario y Metrolínea S.A. En caso de discrepancia, el valor de las actividades será definido por el Amigable Componedor.
> Multas: Es el valor de las multas en firme impuestas al Concesionario hasta el momento de la declaratoria de caducidad que no hayan sido canceladas. Este valor incluirá tanto la actualización de la multa como los intereses de mora.
> Cláusula Penal: Es el valor de la cláusula penal que se imponga, si existiere, de acuerdo con la cláusula 58.

Si el valor $ValLiq_{Cons}$ es positivo, el pago estará a cargo de Metrolínea S.A. a favor del Concesionario. Si este valor es negativo, el pago estaría a cargo del Concesionario a favor de Metrolínea S.A.
Dentro de los montos acordados se entienden incluidas las indemnizaciones mutuas por concepto de todo perjuicio derivado de la terminación anticipada del presente contrato, incluyendo pero sin limitarse a daño emergente, lucro cesante, perjuicios directos e indirectos, presentes y futuros, pérdidas o interrupciones en los negocios y otros similares.
En cualquier caso de pago directo el pagador del valor de liquidación, en virtud de la terminación anticipada del contrato, tendrá un plazo de diez y ocho (18) meses para pagar el cincuenta por ciento (50%) del monto pendiente de pago, y un (1) año adicional para el pago del saldo remanente. Durante estos periodos se reconocerán intereses al DTF más cinco (5) sobre los saldos adecuados, los cuales se pagarán con el respectivo capital."

De conformidad con esta estipulación el valor de las prestaciones derivadas de la terminación anticipada del contrato, se determina:

(i) Con el valor de las actividades realizadas por el Concesionario durante la etapa de la construcción, que será acordado por mutuo acuerdo entre las partes, y en caso de discrepancia definido por el Amigable Componedor o, en su caso, el Tribunal de Arbitraje.

La determinación del valor comprende el de todas las actividades realizadas, y por consiguiente, sus costos, incluyendo el de obras, bienes y servicios, sin limitarse a la construcción. La fórmula remite al valor de las actividades contiene el de las obras cuyo costo no muda la naturaleza de contrato de concesión a un contrato diferente, ni lo convierte en un contrato de obra a precio global o unitario. El valor de las obras no se limita a las iniciales, ni excluye las obras complementarias o adicionales. Se trata de determinar el valor de todas las actividades realizadas, y por ende, de todas las obras, sean iniciales, posteriores, complementarias o de otra naturaleza. Nótese que la cláusula remite al valor de todas las actividades realizadas, y por lo tanto, incluye todos los costos, los costos directos, indirectos, de administración, operación, financieros, y los incurridos efectivamente por el Concesionario en virtud de las actividades realizadas durante la construcción. Esto explica y justifica el acuerdo en cuanto a que "[d]entro de los montos acordados se entienden incluidas las indemnizaciones mutuas por concepto de todo perjuicio derivado de la terminación anticipada del presente contrato, incluyendo pero sin limitarse a daño emergente, lucro cesante, perjuicios directos e indirectos, presentes y futuros, pérdidas o interrupciones en los negocios y otros similares".

(ii) Con el valor de las multas en firme impuestas al concesionario hasta el momento de la declaratoria de caducidad, actualizado y con intereses, si la causa de terminación es la caducidad, así como el de la cláusula penal si se impusiere conforme a la cláusula 58.

El valor resultante será cancelado por la parte respectiva, el 50% en el plazo de 18 meses y, el remanente en un año adicional con intereses al ".. DTF más cinco (5) sobre los saldos adecuados, los cuales se pagarán con el respectivo capital."

La fórmula no excluye los costos en que incurra el Concesionario por las actividades *"relacionadas con la disposición del patio taller provisional, el PMA y el PMT de la zona de influencia de la obra, así como la custodia del predio y almacén de inventarios integrados a la construcción respectiva, harán parte y serán sumadas a las actividades realizadas por el concesionario para efectos de la aplicación de la fórmula prevista en el numeral 64.2. del Contrato de Concesión",* cuyo reconocimiento y pago, además se acordó expresamente en el Acta de Terminación Anticipada del 12 de octubre de 2012 hasta la fecha de liquidación definitiva del contrato.

En consecuencia, se accederá al *petitum* consignado en las Pretensiones Octava, Novena, Décima, Undécima y Duodécima de la demanda de la actora y no se declararán las excepciones interpuestas nominadas "*La obligación de reparación por parte de Metrolínea se limita a llevar a Estaciones Metrolínea a un punto de no pérdida respecto de los costos directos y los costos administrativos"; "Estaciones Metrolínea aceptó que en la liquidación del contrato solo debería pagarse los costos directos y los costos administrativos necesarios para la ejecución de las obras hasta un punto de no pérdida"; "Invalidez de la fórmula pactada en la cláusula 64.2 del Contrato M-LP-001-2008"; "Inaplicabilidad de la fórmula pactada en la cláusula 64.2 del Contrato M-LP-001-2008"; "Incompatibilidad de la aplicación de la fórmula pactada en la cláusula 64.2 del Contrato M-LP-001-2008 con las indemnizaciones de perjuicios reclamadas".*

Del mismo modo, se denegarán las, pretensiones Tercera Principal y las primera y segunda subsidiaria a la tercera principal, la cuarta principal y su primera subsidiaria, la quinta principal y su primera subsidiaria, y la sexta de la demanda de reconvención que se han analizado en este parte del Laudo, y en cambio se declarán probadas las

excepciones denominadas ·1. EL CONTRATO DEBE SER CUMPLIDO SEGÚN LO ACORDADO O "*PACTA SUNT SERVANDA"* 1.2. El contrato debe ser cumplido según lo acordado en cuanto al reconocimiento integral de las causas que condujeron a su terminación anticipada y en cuanto a las consecuencias que de tal terminación se derivan, particularmente en lo que dice relación con la aplicación de la cláusula 64.2 . 1.3. El contrato debe ser cumplido según lo acordado en cuanto a la aplicación íntegra de la cláusula 64.2 para determinar el valor de liquidación del mismo, respetando la fórmula en ella incluida" y "Carencia absoluta de derecho".

5. Pretensiones y excepciones relativas a cesación de ciertas prestaciones, la entrega de bienes y al incumplimiento de la Convocada

La parte Convocante en las pretensiones Décima tercera a Décima Séptima, solicita:

> "**DECIMO TERCERA.-** Que se declare que a partir de la fecha de terminación del CONTRATO DE CONCESIÓN M-LP-001-2008 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2008, celebrado entre METROLÍNEA S.A. y ESTACIONES METROLÍNEA LTDA. cesaron para ESTACIONES METROLÍNEA LTDA. las obligaciones relacionadas con la construcción de la Estación de Cabecera, patios de operación y talleres de Floridablanca del SITM y subsistieron en su cabeza solamente las relacionadas con la disposición del patio taller provisional, el PMA y el PMT de la zona de influencia de la obra, así como la custodia del predio y almacén de inventarios integrados a la construcción respectiva.
> **DECIMO CUARTA.-** Que se declare que las obligaciones relacionadas con la disposición del patio taller provisional, el PMA y el PMT de la zona de influencia de la obra, así como la custodia del predio y almacén de inventarios integrados a la construcción respectiva, a que se hace referencia en la pretensión anterior, se debían mantener hasta tanto se procediera a la liquidación definitiva del contrato, ya fuera por acuerdo entre las partes, por decisión de un amigable componedor técnico, o de un Tribunal de Arbitramento, tiempo que no sería superior a seis meses.
> **DECIMO QUINTA.-** Que se declare que METROLÍNEA S.A. incurrió en incumplimiento de las obligaciones que asumió para con ESTACIONES METROLÍNEA LTDA. conforme a lo acordado en el CONTRATO DE CONCESIÓN M-LP-001-2008 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2008 y en el acta de terminación anticipada del mismo, en la medida en que se negó a realizar las actividades para recibir los bienes sobre los que recaía la concesión o que fueron producto de la ejecución de la misma y hacerse cargo de tales bienes, de manera que se hiciera efectiva la reversión que de la concesión debe hacerse con ocasión de la terminación anticipada del CONTRATO DE CONCESIÓN M-LP-001-2008 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2008.
> **DECIMO SEXTA .-** Que se declare que METROLÍNEA S.A. está en mora de hacerse cargo de la custodia del predio y almacén de inventarios integrados a la construcción respectiva, y de asumir el PMA y el PMT de la zona de influencia de la obra y que, en consecuencia, se le ordene asumir esas actividades.
> **DECIMO SÉPTIMA.-** Que se declare que, según lo pactado en el acta de terminación anticipada del CONTRATO DE CONCESIÓN M-LP-001-2008 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2008, METROLÍNEA S.A. debe reconocer y pagar a ESTACIONES METROLÍNEA LTDA. el valor de las actividades realizadas después de la terminación de dicho Contrato, en particular las relacionadas con la disposición del patio taller provisional, PMA Y PMT de la zona de influencia de la obra, así como la custodia del predio y almacén de inventarios integrados a la construcción respectiva, y la renovación de las pólizas de seguro que conforme a lo estipulado en el Contrato debían mantenerse y fue posible renovar, valor que debe ser sumado al valor de las actividades realizadas por el Concesionario, el cual le debe ser reconocido a este por el hecho de la terminación anticipada del CONTRATO DE CONCESIÓN M-LP-001-2008 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2008"

Como pasa a verse, el soporte fáctico de sustento de las mentadas pretensiones los expone muy brevemente la accionante. Endilga Estaciones Metrolínea Ltda, a Metrolínea S.A., la ausencia de atención dada a las informaciones que le había suministrado sobre los requerimientos del dueño del terreno donde se construyó y funciona el Patio Taller Provisional para que se lo devolviera y encarara directamente la problemática surgida sobre ese asunto. (Vid. Pág. 51 de la demanda reformada).Niega que se hubiera convenido entre las partes, en el curso de las negociaciones adelantadas en las mesas de trabajo previstas en el Acta de Terminación Unilateral del Contrato, contratar conjuntamente un perito encargado de establecer el estado de las obras al terminar el Contrato M-LP-001-2008 y proceder a su liquidación. Estaciones Metrolínea Ltda., le enrostra a Metrolínea S.A., querer establecer unilateral y caprichosamente los valores de los costos en que ha incurrido para la realización de las actividades cumplidas a partir de la Terminación del Contrato, con supuestos valores del mercado y que ha transcurrido cerca de un año y medio desde cuando expiró el plazo acordado en el acta de terminación para hacerse cargo directamente de esos gastos, pretendiendo olvidar que el arriendo del Patio Provisional debe ser pagado para mantener en funcionamiento las instalaciones sin las cuales el Sistema Metrolínea no podría operar.

En la contestación a la demanda reformada, Metrolínea S.A., manifestó no ser cierto que a partir del 12 de octubre de 2012, fecha de la suscripción del acta de Terminación Anticipada del Contrato de M-LP-001-2008, hubieran cesado todas las obligaciones de Estaciones Metrolínea Ltda relacionadas con la construcción de la obra, pues subsistían varias propias del constructor, entre otras la estabilidad de la obra y, en armonía con lo pactado en el numeral 3 del Acta de Terminación Anticipada del Contrato, subsistieron otras relacionadas con la disposición del patio taller provisional, el PMA y el PMT, así como la custodia del predio y almacén de inventarios integrados a la construcción respectiva. En cuanto a la pretensión Décima Cuarta, afirma que el vencimiento de los seis meses indicados en el Acta de Terminación del Contrato en el numeral 4 el recibo de las obras por Metrolínea S.A., requería previa verificación sobre las actividades realmente ejecutadas, el estado de los trabajos y el costo en el cual incurrió el contratista, lo que implicaba que mientras esas actividades no se adelantaran no podría procederse al recibo de las obras mediante la realización de la llamada reversión

anticipada. Por lo demás, sostiene la accionada, en la medida en que, de haber ocurrido el supuesto incumplimiento de que se trata, Metrolínea S.A., debía continuar pagando el porcentaje de la tarifa hasta la liquidación definitiva del contrato, con esos recursos se cubrirían los costos de las obligaciones contractuales subsistentes luego de la terminación del contrato. Interpuso, las excepciones perentorias de "Inexistencia de incumplimiento de la obligación de Metrolínea de recibir los trabajos ejecutados por Estaciones Metrolínea Ltda. "Inexistencia de incumplimiento de la obligación de recibir el predio donde funciona el patio taller provisional",

En su escrito de conclusión, Estaciones Metrolínea Ltda., en relación con las pretensiones de que se trata en este segmento del Laudo, reitera que en el Acta de Terminación Anticipada del Contrato se consagró que la liquidación de las sumas a favor y a cargo de cada parte se harían con arreglo a lo dispuesto en la Cláusula 64.2. y en ella no se establecen las limitaciones que plantea Metrolínea S.A., en cuanto a las actividades que pueden ser objeto de reconocimiento en virtud de la fórmula allí consagrada y sin que en modo alguno se hubiera acordado que debería descontarse de lo que se le reconociera las sumas que la Concesionaria había recibido como remuneración durante la vigencia del Contrato.

Niega que en el curso de las conversaciones adelantadas para liquidar el Contrato, Estaciones Metrolínea Ltda hubiera concurrido representada por mandatario facultado para aceptar la aplicación de la Cláusula 64.2, con las restricciones que planteara el asesor externo de Metrolínea S.,A., El asesor de Estaciones Metrolínea Ltda., se argumenta en el alegato de conclusión, no podía comprometer en esa materia a la demandante pues solamente estaba autorizado para hacerlo en caso de ausencia del representante principal, quien siempre asistió a las discusiones en las mesas de trabajo, y no tuvo mandato especial para comprometer en esa materia a la Concesionaria. Cita la comunicación M-GER-2340-201112 de 20 de noviembre de 2012, (vid. Cuad. Fl….) en la cual Metrolínea S.A., expresó que la determinación del valor por reconocer al Concesionario por la terminación anticipada del Contrato debía hacerse con "base en la fórmula establecida en el Contrato de Concesion", la que, según Estaciones Metrolínea Ltda., no podía ser otra que la consagrada en el Cláusula 64.2 del aludido Contrato. Afirma que las Cláusulas del Contrato deben respetarse por la Concedente, que es

válida y vinculante, y con ella se pretende reconocer al contratista todo aquello que él invirtió para llevar a cabo las actividades desarrollada para ejecutar el objeto del Contrato, incluídos los costos financieros, respecto de los cuales Metrolínea S.A., dice la demandante, sabe que la obra no hubiera podido ejecutarse sin incurrir en los gastos pagados para remunerar la financiación obtenida. La fórmula, que Metrolínea S.A., considera inaplicable, se pactó para reconocer al Contratista todos los valores invertidos en la obra, para dejarlo en punto de nó pérdida, sin afectar los ingresos que como remuneración obtuvo durante la etapa correspondiente y hasta la terminación del Contrato; obrar en el sentido pregonado por la demandada, llevaría a romper la conmutatividad del contrato e implicaría un desconocimiento de los efectos del principio del acto propio, sobre lo cual discurre con cita de alguna decisión del Consejo de Estado. Si la Contratante, explica, carecía de recursos para ejecutar la obra, debía, para ese fin, haberse endeudado y pagado los costos de la obtención de los dineros necesarios para su objeto; y como quien se encargó de la financiación fue el Contratista, a éste corresponde el derecho a ser llevado a un punto de nó pérdida, reconociéndosele los costos del financiamiento.

Prosigue el alegato final de Estaciones Metrolínea Ltda., reclamando el respeto por lo acordado en el Acta de Terminación Anticipada del Contrato, e indica que debe aplicarse la Cláusula 64.2 para establecer las sumas a favor o en contra de las partes, para lo cual la solución consagrada debe aplicarse totalmente y no puede ser desconocida, pues fue un acuerdo celebrado entre los representantes legales de las dos partes. Expresa la accionante que la manifestación unilateral del asesor externo de Metrolínea S.A., no tiene la virtud de modificar el Contrato, y se apoya para ello en el artículo 39 de la ley 80 de 1993 que regula los requisitos y formalidades establecidos para la modificación de los Contratos Estatales. Apoyado en la declaración del asesor de Estaciones Metrolínea Ltda quien asistió a la sesión de la mesa de trabajo para la liquidación del Contrato celebrada el 25 de septiembre de 2013, en la cual se afirma, según la versión de la accionante, que lo expresado por el testigo en dicha reunión fue desvirtuado al redactar el acta mencionada. Con mención de la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de Metrolinea, S.A., alega que el asesor externo de la Concedente fue contratado para asesorar a la empresa en la liquidación del Contrato y no para representarla en esa etapa; además expresa que el asesor externo fué contratado para

asistir a la Contratante para la liquidación de un contrato de concesión y nó en la de uno de obra. Destaca que en la primera reunión de instalación de las sesiones de las mesas de trabajo, el propio asesor externo de Metrolínea S.A., manifestó que éstas tenían por objeto llegar a acuerdos sobre la liquidación del contrato, y que todo lo que en ellas se hablara tenía carácter provisional. Lo anteriormente sostenido por la Concesionaria, en cuanto a los alcances de la intervención del abogado asesor de Estaciones Metrolínea Ltda., en la sesión de 25 de septiembre de 2013, de que da cuenta el Acta No. 5 de esa reuniones, fue ratificado por la representante principal de la mencionada empresa en la declaración de parte rendida ante el Tribunal. Tampoco aparece, según Estaciones Metrolínea. Ltda, que el asesor externo de la accionada hubiera actuado con facultades para modificar el Contrato de Concesión. Recaba Estaciones Metrolínea Ltda., que Metrolínea S.A., incumplió los compromisos adquiridos según lo establecido en el Acta de Terminación Anticipada del Contrato, pues no se hecho cargo de la custodia del predio y del almacén de inventarios integrados a la construcción y de asumir el PMA y el PMT de la zona de influencia de la obra. Para demostrar lo antes mencionado, cita al ex gerente de Metrolínea S.A., quien en su declaración rendida ante el Tribunal informó que en reunión de las partes el día 29 de abril de 2013, se había hablado nuevamente de la obligación de liquidar el Contrato y de las dificultades experimentadas para asumir el arrendamiento del Patio Taller Provisional, y precisaba que el plazo para cumplir las obligaciones que quedaban pendientes no superarían los seis meses, que ya habían transcurrido más de seis sin haberse logrado cumplir los compromisos adquiridos.

En su alegato de conclusión Metrolínea S.A., afirma no haber incumplido las obligaciones de recibir el predio donde funciona el patio-taller y de liquidar el contrato de común acuerdo. Lo primero, porque lo pactado no fue un plazo, sino una condición para liquidar el contrato, como se advierte al leer detenidamente el numeral 4 de lo acordado en el documento de terminación prematura del Contrato, pues la recepción del patio taller y de las obras, quedó sometida, según el criterio de la accionada, a que se produjera la liquidación del contrato. Son sus palabras:

> "En este sentido el plazo de seis meses fijado por las partes debe ser entendido como una estimación prudencial para llegar a un común acuerdo en cuanto a la liquidación y no como el plazo o término para el recibo del patio –taller o de los trabajos ejecutados."

Y agrega la defensa que al no haberse producido la liquidación tampoco resultaría exigible la recepción del predio y de las obras pues éstas penderían del cumplimiento de aquella. Y expresa, como conclusión, que si no hubo incumplimiento de la obligación de liquidar, no le eran exigibles las que a ella se encontraban atadas. Concluye en este apartado el alegato de defensa (vid. Pág. 133, doc. cit, Cuad. Fl…) expresando que no hubo incumplimiento de la obligación de liquidar el contrato pues, en aplicación del principio de la buena fé Metrolínea S.A., siempre mantuvo su voluntad de llegar a acuerdos con la demandante, como lo demuestran las actas en las que se discutió el tema de la liquidación del contrato, así como lo expuesto por los testigos arriba citados.

Consideraciones del Tribunal

1. Según la Cláusula 80 del Contrato de Concesión, "*Salvo por los derechos de modificación otorgados a Metrolínea S.A., en el presente contrato, éste solamente podrá ser modificado por medio de documento escrito debidamente suscrito por representantes autorizados de cada una de las partes.*"

En la Cláusula 85 ibídem se previó que ninguna omisión, demora o acción de cualquiera de las partes en el ejercicio de cualquier derecho, facultad o recurso bajo este contrato podría ser considerado como un renuncia al mismo, ni el ejercicio particular o parcial de cualquiera de dichos derechos, facultades o recursos impediría el ulterior ejercicio del mismo o de cualquier otro derecho, facultad o recurso. La renuncia por escrito de cualquiera de las partes con respecto a cualquier derecho, facultad o recurso no sería considerada una renuncia de ningún derecho, facultad o recurso que la parte pueda tener en el futuro, sino expresamente sobre el tema objeto de la renuncia, *ad exemplum,* la contenida en numeral 6 del Acta de Terminación Anticipada del 12 de octubre de 2012 a reclamar por la suspensión del contrato en virtud de la orden de autoridad competente impartida por el Juzgado 8 Administrativo de Santander por adelantarse la construcción en un predio defectuosamente entregado.

Es legible en autos el Acta de Terminación anticipada del Contrato M-LP-001-2008, en la cual se establece que las partes acordaron que a partir de la fecha der terminación, esto es, el 12 de octubre de 2012, cesaban para el concesionario las obligaciones relacionadas con la construcción de la Estación de Cabecera, patios de operación y

talleres de Floridablanca, pero subsistían en su titularidad las relacionadas con la disposición del patio taller provisional, el PMA y PMT de la zona de influencia de la obra, así como la custodia del predio y almacén de inventarios integrados a la construcción respectiva, hasta tanto se proceda a la liquidación definitiva del contrato, ya fuera por acuerdo entre las partes, decisión de un amigable componedor técnico o de un Tribunal de Arbitramento, *"tiempo que no será superior a seis mes*".

Convinieron, igualmente, que para determinar las sumas a favor y a cargo de las partes por virtud de lo dispuesto en la Cláusula 64.2 del Contrato de Concesión, y así proceder a la liquidación del contrato, iniciar unas mesas de trabajo a partir de la fecha, de terminación del Contrato conforme al cronograma inserto en el numeral 2 de la parte de los acuerdos de las entidades contratante y contratista.

El Asesor Externo de Metrolínea S.A., declara que siempre hubo de parte de la Concedente la intención de liquidar el contrato, pero que, dada la modalidad de su ejecución y pago, a precio global y no a precios unitarios, se hacía difícil determinar las cantidades de obra ejecutada y el valor de las mismas, para entrar a compensar las inversiones realizadas por al Contratista aplicando las disposiciones de la ley sobre métodos de evaluación en esa materia, a lo que se agregó que la Interventoría no llevaba una control exacto de las cantidades y valores de las obras que se iban ejecutando, ni recibo de lo ejecutado por Estaciones Metrolínea Ltda, y que sus funciones cesaron unos meses antes de la terminación del contrato.

En la declaración de la titular de la Oficina Asesora Jurídica de Metrolínea S.A., en lo concerniente al tema de la obligación a cargo de Metrolínea S.A., de efectuar la recepción de los bienes afectos a la obra ejecutada por la Concesionaria, manifiesta que le Gerente de la época había manifestado a la contraparte la imposibilidad de proceder a liquidar el contrato debido a que por la forma de pago convenida, esto es, a precios globales, no se podía tener certeza sobre cantidades, precios y obras realizadas. Agrega que no hubo acuerdo sobre la fórmula utilizable para liquidar el contrato, y que para Metrolínea S.A., se apartarían de la fórmula de la Cláusula contractual 64.2, lo cual, según la testigo, consintió Estaciones Metrolínea Ltda., y sostiene que la conducta de Metrolínea S.A. fue diligente "pues precisamente una vez se tuviera el resultado de la

valoración técnica, …empezó la construcción del documento CONPES", a fin de obtener la colaboración de la Nación para pagar los eventuales costos a cargo de la Concedente."

Admite que en las reuniones de las mesas de trabajo, más específicamente, en la sesión de que da cuenta el Acta No. 5, correspondiente a la reunión del 25 de septiembre de 2013 , el Doctor JOHAN RAFAEL MANRIQUE GARCIA no presentó poder alguno que lo acreditada como apoderado legal de la Concesionaria, y que, en todo caso, la Gerente de ésta firmó el acta correspondiente, por lo que afirma que la fórmula elegida a propuesta del Asesor Externo, que actuaba como representante de la Convocada en virtud del contrato de prestación de servicios, fue acogida por Estaciones Metrolínea Ltda. Arguye, además, que la liquidación normal de los contratos supone la existencia de disponibilidad y registro presupuestales, lo que no sucedía en el sub lite dado que la financiación del contrato y los gastos que generaba, estaban a cargo del Concesionario.

2. En el acta de Terminación Anticipada del Contrato M-LP-001-2008 los representantes legales de Metrolínea S.A., y Estaciones Metrolínea Ltda., convinieron hacer efectiva la previsión de la Cláusula 63, numeral 6 del Contrato y en consecuencia, terminarlo.

Lo acordado no presenta*, prima facie*, visos de nulidad, ni por lo que hace a su causa, ni por lo concerniente a las reglas de derecho público de la nación. Tampoco está demostrado que para celebrar los acuerdos contenidos en el Acta de Terminación del Contrato M-LP-001-2008, el consentimiento de las partes adoleciera de alguno de los vicios permitiera declarar la nulidad del negocio jurídico celebrado para el pre anotado fin.(C. C., Art. 1508 y concordantes). La causa del convenio mencionado antes está claramente establecida con base en expresa previsión contractual y fue objeto de estudio minucioso de la Contratante, asistida del Ministerio de Transporte y de la Procuraduría General de la Nación. Reunidos como aparecen los elemento esenciales del negocio jurídico celebrado el 12 de octubre de 2012, entre Metrolínea S.A., en su condición de entidad Contratante y Estaciones Metrolínea Ltda, en calidad de contratista, esto es los referentes a capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos, el Tribunal se encuentra ante un negocio válido.

En razón de lo dicho, el documento en cita se convierte en elemento preponderante a la hora de determinar la razón jurídica y viabilidad de las pretensiones formuladas a este respecto junto con sus oposiciones, lo que obliga a volcar la atención del panel arbitral en el contenido y alcance de las obligaciones pactadas en el Acta mencionada, y muy especialmente, las concernientes a la vigencia en el tiempo de las referidas con la disposición del Patio Taller Provisional, el PMA y el PMT, así como la custodia del predio y almacén de inventarios.

2. Atrás se ha resumido del contenido del Acta de Terminación Anticipada del Contrato, fechada el 12 de octubre de 2008, y suscrita entre las partes.

Dadas las pretensiones formuladas que se estudian en este acápite del Laudo, y las censuras que respecto de ellas enlista la empresa estatal, es indispensable verificar el alcance de las obligaciones pactadas en el Acta de Terminación Anticipada del Contrato, y hasta cuándo se extendía su vigencia. En cuanto a validez y eficacia de lo pactado en el negocio celebrado entre Estaciones Metrolínea Ltda, y Metrolínea S.A., el Tribunal se está a lo ya decidido sobre ese particular al estudiar la validez y eficacia, planteadas en las Pretensiones OCTAVA, NOVENA Y DECIMA de la demanda.

La lectura del documento referido, de cara a las pretensiones DECIMA TERCERA, DECIMACUARTA, DECIMAQUINTA y DECIMASEXTA transcritas *ab initio*, permite inferir, sin asomo de duda, que la partes convinieron *que "a partir de la fecha de terminación, cesan para el concesionario las obligaciones relacionadas con la construcción de la Estación de cabecera, patios de operación y talleres de Floridablanca del SITM, en tanto subsisten en su titularidad las relacionadas con la disposición del patio taller provisional, el PMA Y EL PMT de la zona de influencia de la obra, así como la custodia del predio y almacén de inventarios integrados a la construcción respectiva hasta tanto se proceda a la liquidación definitiva del contrato, ya sea por acuerdo entre las partes, decisión de un amigable componedor técnico o de un Tribunal de Arbitramento; <u>tiempo que no será superior a seis meses."</u>*

Adicionalmente, se acordó que los costos que causaren las actividades remanentes con posterioridad a la terminación del contrato, serían pagadas con aplicación de la formula

estipulada en la Cláusula 64.2., esto es que los costos dimanantes de las obligaciones que persistían en la titularidad (como dice el Acta referida) del concesionario, se pagarían en la forma indicada.

Se advierte que el Acta de Terminación Anticipada del Contrato consta por escrito y concreta la decisión conjunta de los representantes legales de las entidades contratante y contratista quienes expresaron que en el curso de la etapa de construcción se presentó un hecho imprevisto y no imputable a las partes, (numeral 10 de los Considerando) que tenía un grado significativo de afectación o y trastorno de las obligaciones contractuales, lo que determinó la suspensión temporal de la ejecución contractual que, a la postre, dada la firmeza de la medida cautelar de suspensión, condujo a la terminación prematura del contrato.

En el numeral 2 de lo convenido en el Acta la Terminación Anticipada del Contrato, se pactó que, en caso de no lograrse los acuerdos necesarios para la liquidación bilateral del contrato, las partes podrían acudir (i) a un amigable componedor técnico que definiera el valor de las actividades realizadas para efectos de la aplicación de la fórmula prevista en el numeral 64.2 del Contrato de concesión, o (ii) convocar un Tribunal de Arbitramento que definiera los derechos de cada una de las partes y los efectos económicos de la terminación.

3. Con vista en la Cláusula 80 del Contrato M-LP-001-2008, admitiendo que la causal invocada para la terminación del Contrato fue la suspensión de su ejecución por tiempo mayor a dos meses, debe interpretarse el alcance del acta en el sentido de que mediante ese escrito suscrito por los representantes legales de las partes, se introdujo una modificación al contrato, en el sentido de indicar que para la liquidación del valor de las obras ejecutadas y del Contrato, se aplicaría la fórmula adoptada en la Cláusula 64.2. y que se ponía fin a la obligación a cargo de Estaciones Metrolínea Ltda., de continuar con la ejecución de las obras objeto de Contrato de Concesión y se mantenían las otras que se enumeran en la parte decisoria del Acuerdo celebrado.

Por ende, el Tribunal, visto el texto del Acta de Terminación Anticipada del Contrato M-LP-001-2008, en punto a las consecuencia de la terminación del Contrato de concesión,

y en defecto del Acta de recibo final de las obras mencionada en el Contrato 041 de 2009, Cláusulas 11 y 12, y los Términos de referencia que lo antecedieron, deberá admitir, como se impetra en la Pretensión DECIMA TERCERA de la demanda, que a partir de la fecha de terminación del CONTRATO DE CONCESIÓN-M-LP-001-2008 DEL 18 de noviembre de 2008, celebrado entre METROLINEA.,S.A., y ESTACIONES METROLINEA., LTDA., cesaron para ésta las obligaciones relacionadas con la construcción de la Estación de Cabecera, patios de operación y talleres de Floridablanca del SITM y subsistieron a su cargo solamente las relacionadas con la disposición del patio taller provisional, el PMA y el PMT, de la zona de influencia de la obra, así como la custodia del predio y almacén de inventarios integrados a la construcción respectiva.

Igualmente, dada la validez y eficacia del Acta de Terminación Anticipada del Contrato, de su contenido se desprende que asiste razón a la Convocante Estaciones Metrolínea. Ltda., para formular la Pretensión DECIMACUARTA, en el sentido de que las obligaciones subsistentes consagradas en el acuerdo del 12 de octubre de 2012 fueron solamente las de disposición del patio taller provisional, el MPA y el PMT de la zona de influencia de la obras, así como la custodia del predio y el almacén de inventarios integrados a la construcción.

4. El contenido del Acta de Terminación del Contrato indica que las partes convinieron en realizar la recepción de las obras y bienes ejecutados por el Concesionario por diferentes modos eventuales y que se llevaría a cabo, en todo caso, sin superar los seis meses siguientes al 12 de octubre de 2012. (Vid. Acta de Terminación Anticipada del Contrato).

En el plenario aparece establecido, y no lo niega la Concedente, que el plazo antes mencionado, se venció sin que hubiera tenido lugar la recepción de las obras ejecutadas y la de los bienes afectos al contrato y las obras de la Estación Provisional y sus elementos estructurales, conforme se infiere además de la testimonial del ex Gerente JAIME RODRIGUEZ BALLESTEROS.

En el alegato final de Metrolínea S.A., se afirma que la recepción de las obras estaba sujeta a una condición, consistente en ocurriera la liquidación del contrato, y que como

ésta no se había llevado cabo, no podía exigirse el cumplimiento de la obligación que pendía de aquella condición.

Debe entonces el Tribunal evaluar si las razones dadas por Metrolínea S.A., para probar que existía una condición para que se cumpliera la obligación de recibir de los bienes indicados, o se trataba solamente de un plazo para que tal recepción tuviera lugar.

Desde el ángulo jurídico, el artículo 1530 del Código Civil colombiano define que la condición consiste en un acontecimiento futuro que puede suceder o no. La incertidumbre sobre lo que puede acaecer es una nota característica de la condición. El artículo 1542 del mismo Código indica que no puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional sino verificada la condición totalmente. Por su lado, el artículo 1551 define el plazo como la época que se fija para el cumplimiento de la obligación.

En el Contrato M-LP-001-2008 se convino (Cláusula 65) que sería liquidado en un plazo máximo de cuatro (4) meses, contados a partir del vencimiento del plazo del mismo, o a partir de la expedición del acto administrativo que ordenara la terminación, o a partir de la fecha del acuerdo de terminación celebrado entre las partes, lo cual ocurrió el 12 de octubre de 2012.

Las mesas de negociación sobre el tema de la liquidación del contrato se extendieron desde el 14 de agosto de 2013 hasta diciembre de 2013, es decir, más de los cuatro (4) meses referidos antes, sin que se hubiera llegado a acuerdo alguno en materia de factores de la liquidación, de modo que ésta no pudo tener lugar.

El artículo 11 de la ley 1150 de 2007 prevé que cuando el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que se le haga, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral el contrato dentro de los dos meses siguientes, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 136 (hoy 164) del Código Contencioso Administrativo. En esa perspectiva, a partir del mes del 12 de febrero de 2013, corrió el plazo de dos meses para que la Concedente, ocurrido el fracaso de la liquidación bilateral del Contrato, y se inició la posibilidad de su liquidación unilateral. Sin embargo, las partes llevaron adelante estas

conversaciones hasta diciembre de 2013, conversaciones en las cuales no se llegó a ningún acuerdo sobre la liquidación del Contrato de Concesión M-LP-001-2008 que resultaron truncas.

5. La liquidación de los Contratos estatales es una obligación que debe cumplirse dentro de cierto tiempo, según la clase de que se trate: bilateral o unilateral. Así las cosas, la liquidación del contrato está consagrada como norma de orden público en cuanto el interés general se ve involucrado en la realización de esa operación, y por esto también su ocurrencia no es una actividad que pueda ocurrir o nó, pues es una imperativo realizarla, en los tiempos previstos, según las normas de las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007.

El Tribunal infiere que el lapso durante el cual subsistían a cargo de la Concesionaria las obligaciones indicadas como de su titularidad, no podía ser superior a seis meses, contados a partir de la suscripción del Acta de Terminación, pues no puede desprenderse del texto arriba transcrito – si de condición se tratase-, que Estaciones Metrolínea Ltda, quedaba indefinidamente ligada a ese compromiso señalado en el Acta de Terminación Anticipada del Contrato, en cuanto a que permanecería encargada de la disposición del patio taller y de la custodia de los bienes y de los inventarios a que aludía el numeral 3 de los acuerdo mencionados de la que no podía liberarse sino cuando se produjera la liquidación unilateral del Contrato M-LP-001-2008, en consecuencia, la obligación de liquidar únicamente dependería de la voluntad de Metrolínea S.A., quien era la sola que podía, para cumplirse la condición, realizar la liquidación unilateral, entendimiento que sería contrario a la ley por depender el cumplimiento de la supuesta obligación de la mera voluntad de la parte que estaba obligada a hacerlo.

El punto al que conduce el planteamiento de que la ocurrencia de la liquidación era una condición para que se cumpliera la obligación de recibir por parte de la Convocada los obras, equipos, patio taller y patio de cabecera, no parece avenirse con la lógica, ni tampoco con los textos legales. Las normas contractuales y legales, al referirse a la liquidación siempre señalan que ha de ocurrir dentro de los plazos previstos, y por eso no es un acontecimiento futuro que puede ocurrir o no, por lo que no es procedente considerarla como condición, sino simplemente como un evento que necesariamente

debe ocurrir dentro de un tiempo determinado y, por ende, se acomoda más de la categoría jurídica del plazo que de la condición. Agréguese a lo anterior que la ley de Contratación, y el Contrato mismo al referirse al tiempo dentro del cual debe ocurrir la liquidación, le otorga la calidad de plazo y nó lo regula como una condición de la cual penda la terminación de las labores dejadas a cargo de la Actora en la citada Acta de Terminación Anticipada del Contrato, de modo que, a su guisa, las partes pudieran alterar su naturaleza de plazo para considerarla como una condición.

El contenido del Acta de Terminación del Contrato es clara en indicar, que las partes convinieron en realizar la recepción de las obras y bienes ejecutados por el Concesionario por diferentes modos eventuales y que se llevaría a cabo, en todo caso, dentro de un lapso que no superara los seis meses siguientes al 12 de octubre de 2012. Valga la pena adicionalmente anotar sobre este particular, que la Concedente no ha negado que tal plazo se venció sin que hubiera tenido lugar la recepción de las obras ejecutadas, la de los bienes afectos al contrato y las obras de la Estación Provisional y sus elementos estructurales. Visto está también, como se concluyó que la recepción de las obras no estaba sujeta a la condición de la liquidación del contrato, sino al aludido plazo. Esto es, lo que estaba definido era una época para el cumplimiento de una obligación, y no el acaecimiento de un suceso que pudiera ocurrir o nó.

El tejido gramatical del aparte final del numeral 4 del acuerdo estipulado en el Acta de Terminación Anticipada del Contrato consagra, en criterio del Tribunal, un obligación de realizar conducta independiente de que se hubiera o no practicado la liquidación unilateral del contrato, entendimiento que lo que se refuerza dada separación conceptual y gramatical de la obligación insertada como numeral 4 de la recordada acta de terminación; por lo demás el numeral del que se hace mención alude al *"termino señalado en el numeral tercero precedente",* en el cual el único término señalado es el de seis meses. Si se entendiere debidamente que la referencia a la liquidación del contrato contenida en el numeral 3 de la parte de acuerdos del Acta de Terminación Anticipada del Contrato, lo cierto es que, relacionados entre sí esa redacción con la disposición final inserta en el mismo numeral, o pacto final, y el numeral 4 citado, el término para la recepción de las obras no sería superior a seis meses.

Por lo que se ha expuesto, el Tribunal considera que es procedente acceder a las pretensiones DECIMA TERCERA, DECIMA CUARTA, DECIMAQUINTA y DECIMA SEXTA Y DÉCIMA SÉPTIMA de la demanda, más no a las excepciones perentorias interpuestas en su contra, denominadas "Inexistencia de incumplimiento de la obligación de Metrolínea de recibir los trabajos ejecutados por Estaciones Metrolínea Ltda. "Inexistencia de incumplimiento de la obligación de recibir el predio donde funciona el patio taller provisional", y así se dispondrá en la parte resolutiva del fallo.

6. **Pretensiones relacionadas con los riesgos de implantación y variación de tarifas.**

Solicita la parte demandante al Tribunal declarar que la implantación de la Fase 1 del Sistema Metrolínea no se produjó en la forma y tiempo previsto en los pliegos de la licitación y el contrato de concesión, ni a su terminación anticipada; la ocurrencia de los riesgos de implantación y de variación de las tarifas por orden de autoridad competente a cargo de la entidad concedente; la falta de asunción por ésta de sus implicaciones según sus obligaciones; la realización de conductas contrarias a su deber de diligencia y de comportamientos que agravaron la no implantación; el incumplimiento del contrato al realizar conductas contrarias a su obligación de actuar proactivamente para obtener la mencionada implantación conforme ofreció y la indemnización de perjuicios al inobservar además las inherentes a su calidad de ente gestor, en la cuantía probada con las experticias de $53.766.198.073 actualizada a 15 de agosto de 2014 (Pretensiones Vigésima Segunda a Vigésima Novena).

Sustenta el *petitum* en la falta de implantación de la Fase I del Sistema Metrolínea dentro del cronograma y plazo de doce meses contemplado en los pliegos de la licitación pública M-LP-001 -2008 (numeral 1.4 y Anexo 1; hechos 93 a 146 de la demanda), que previeron sus componentes, estado inicial, flota de buses estimada, y su ejecución en dos fases. La Fase I con tres sub-etapas para obtener "*una captación alrededor del 66% de pasajeros movilizados dentro del Área Metropolitana de Bucaramanga en el Sistema Metrolínea*" (numeral 1.4.6.1), tendría 4 Estaciones de cabecera, 2 Estaciones intermedias, 24 Estaciones centrales totales, 19 Estaciones puerta izquierda, 5 Estaciones puerta derecha; 49 Paradas, 16.8 Km. totales de corredor

troncal, 8.5 Km. iniciales de corredor troncal, 38.3 Km. de corredores pretroncales y 72.2 Km. de corredores alimentadores; la etapa 1 de la Fase 1, 3 estaciones de cabecera, 2 estaciones de transferencia, un eje troncal y un "cubrimiento (…) *del 53% de pasajeros movilizados dentro del Área Metropolitana Bucaramanga*", en tres subetapas, la 1 del 32%, la 2 del 47% y la 3 del 56%; la etapa 2 de la Fase 1, dispondría de otro corredor pretroncal y 1 estación de cabecera, con un cubrimiento del 62% de pasajeros y, la etapa 3 de la Fase 1, otro corredor petroncal para cubrir el 66% de pasajeros. (Numeral 1.4.7). El "*riesgo de implantación*" asumido por la concedente (Cláusulas 2.7.3 y 24.1), acaeció al dilatarse por factores externos e internos el proceso de implantación del Sistema Metrolínea, afectó el costo de oportunidad y el retorno de la inversión del concesionario, se advirtió y fue reconocido por la entidad pública.[220]

En el alegato de conclusión la Convocante, reitera su argumentación precisando que la indemnización pretendida tiene por causa el incumplimiento de las obligaciones relativas a la asunción de las consecuencias adversas inherentes a la materilización de los riesgos, la conducta posterior de la entidad pública y no por causa de la terminación anticipada del contrato. Expresa:

> "En el numeral 10º del escrito que descorrió el traslado de las excepciones propuestas por METROLÍNEA, nos pronunciamos sobre la excepción décima que apunta a sostener que hay incompatibilidad en la aplicación de la fórmula pactada para la determinación del valor de liquidación del contrato, según la cláusula 64.2, con las indemnizaciones reclamadas, pues se pone en evidencia que las indemnizaciones que se solicitan no están relacionadas con el hecho mismo de la terminación anticipada, sino con las conductas observadas por METROLÍNEA antes de dicha terminación e independientemente de dicha terminación anticipada, como lo son el cumplimiento defectuoso de la obligación de entrega del predio en el que la concesión se debía desarrollar, el incumplimiento de la obligación de hacerse cargo de las implicaciones de los riesgos de implantación y de tarifa a cargo de la Entidad Concedente, y el incumplimiento de la obligación de pagar la remuneración causada durante el período de suspensión del Contrato de Concesión. Es importante observar que, en lo tocante con el hecho mismo de la terminación anticipada del Contrato de Concesión, únicamente se reclama aquello a lo que mi representada tenía derecho por la aplicación de la cláusula 64.2 del contrato. Por lo mismo, la formulación de las pretensiones indemnizatorias contenidas en la demanda en relación con aspectos diversos al de la terminación anticipada es congruente y compatible con la única restricción que en dicho contrato se pactó en relación con la reclamación de indemnizaciones con ocasión de la terminación anticipada. Para confirmar lo antes señalado basta con recordar el texto de la estipulación a la que se hace referencia:

---

[220] Cita los oficios EM-CE-1675-10 del 6 de octubre de 2010, EM-CE-1798-11 del 6 de enero de 2011, EM-CE-1847 del 25 de febrero de 2011, EM-CE-2006-11 del 19 de agosto de 2011, EM-CE-2014-11 del 24 de agosto de 2011, EM-CE-2063-11 del 17 de noviembre de 2011, EM-CE-2159-12 del 23 de mayo de 2012, EM-CE-2217-12 del 12 de septiembre de 2012, y en las respuestas contenidas en¡tre otros, en oficios M-DAF-2721-140711 del 14 de julio de 2011, M-DPL-3215-290811 del 29 de agosto de 2011, M-OAJ-4197-081111 del 8 de noviembre de 2011, M-OAJ-4717-191211 del 19 de diciembre de 2011 , M-DPL-4602-121211, del 12 de diciembre de 2011, M-GER-1854-200912 del 20 de septiembre de 2012, M-DPL-1085-040612 del 4 de junio de 2012, 30-23.1.1.FO del 29 de agosto de 2014 M-GER-2016-091012 del 9 de octubre de 2012, 70-23.1.1.FO, radicado 2468, oficio M-GER-632-250113 del 25 de enero de 2013

"Dentro de los montos acordados se entienden incluidas las indemnizaciones mutuas por concepto de todo perjuicio derivado de la terminación anticipada del presente contrato, incluyendo pero sin limitarse a daño emergente, lucro cesante, perjuicios directos e indirectos, presentes y futuros, pérdidas o interrupciones en los negocios y otros similares".

ESTACIONES METROLÍNEA no le reclama indemnización a METROLÍNEA porque el contrato hubiera terminado anticipadamente por la prolongada suspensión que, por la ejecución de una medida de autoridad, llevó a mi representada a ejercer el derecho a pedir esa terminación anticipada, sino por la conducta observada por METROLÍNEA al cumplir defectuosamente su obligación de entregar el predio, por la conducta observada por METROLÍNEA al incumplir su obligación de asumir las implicaciones adversas de la materialización de los riesgos que había asumido plenamente, y por la conducta observada después de la terminación anticipada del Contrato de Concesión".

Indica que, está acreditado el acaecimiento de estos riesgos, al no obtenerse la implantación en las fechas ofrecidas, como además declararon los testigos Jaime Rodriguez, Héctor Cáceres, Consuelo Ordoñez y Freddy Alexander Cubides, y demuestra el dictamen pericial de implantación, del cual resalta:

"a) "La implantación deficiente de un sistema de transporte, como ha sido el caso del sistema Metrolínea, hace que no se capte la demanda prevista"[221]. b) El Sistema Metrolínea debía cubrir el 66% de la demanda de pajeros del Área Metropolitana de Bucaramanga, al final de la implantación (387.446 pasajeros en el año 2009, con el ajuste hecho por la UIS en el año 2005)[222]. c) *"En el año 2013 la demanda medida solo representó aproximadamente el 35% de la demanda estimada que captaría el sistema Metrolínea según los datos del documento de estructuración financiera del proyecto y del documento Conpes 3552"*[223]. d) METROLÍNEA *"reajustó"* la cifra de pasajeros que debía obtenerse según un plan de implantación desfasado y sostuvo que para julio de 2012 se debían alcanzar 150.000 pasajeros día, y 250.000 pasajeros día a finales de 2013, y por el impacto de las motos en la cobertura de las necesidades de transporte se reajustó al demanda esperada para el Sistema Metrolínea, cumplida la implantación de 380.000 a 300.000 pasajeros/día[224]. e) El aumento de flota que se hizo en 2012 se tradujo en incremento en la captación de pasajeros (se pasa de 1.353.959 pasajeros en junio de 2012 a 3.368.632 en octubre de 2012)[225]. *f) "[L]as deficiencias en el servicio de transporte público es una de las causas de la disminución de la demanda que se va para otros modos de transporte"*[226]. g) Para estimar la demanda no captada como consecuencia de la deficiente implantación se consideró un ajuste a la demanda esperada que tuviera en cuenta el cambio de circunstancias[227]. h) La demanda no captada frente a la demanda esperada no ajustada fue estimada por el perito de implantación en la diferencia entre 300.000 pasajeros/día hábil promedio que debían captarse y 134.628 pasajeros/día hábil promedio que ha logrado captar el Sistema Metrolínea en el momento de la elaboración de la experticia (*"aproximadamente el 55% menos de lo pronosticado"*)[228]. *i) "Entre las causas de disminución de la demanda está la mala operación del transporte colectivo. Al no tener buen servicio la demanda se va del sistema de transporte público para otros modos"*[229]. j) La demanda captada en el año 2013, en vez de ser el 66% fue del 35%[230]. *k) "La implantación incompleta ha hecho que la captación de la demanda sea inferior a la esperada con la consecuencia de menores ingresos para los concesionarios"*[231].

---

221 "Cfr. numeral 4.2.1. del dictamen de implantación, p. 21."
222 "Cfr. numeral 4.2.2. del dictamen de implantación, p. 21."
223 "Cfr. numeral 4.2.5. del dictamen de implantación, p. 24."
224 "Cfr. numeral 4.2.6. del dictamen de implantación, pp. 24 y 25."
225 "Cfr. numeral 4.2.7. del dictamen de implantación, Tabla 8, p. 26."
226 "Cfr. numeral 4.2.8. del dictamen de implantación, p. 27."
227 "Cfr. numeral 4.2.8. del dictamen de implantación, pp. 27 a 29."
228 "Cfr. numeral 4.2.8. del dictamen de implantación, p. 29."
229 "Cfr. numeral 4.2.9. del dictamen de implantación, p. 30."
230 "Cfr. numeral 4.3.1. del dictamen de implantación, p. 31."
231 "Cfr. numeral 4.4.2. del dictamen de implantación, p. 34."

Agrega que la falta de implantación o su deficiencia obedece a la conducta de la demandada, y no a otras causas, según precisó el perito en su declaración al exponer "*la relación directa y determinante entre la menor afluencia de pasajeros al Sistema Metrolínea y la deficiente implantación",* y que afectó *"los ingresos que se tiene derecho a recibir y esos ingresos tiene su fuente en la tarifa que se le cobra al usuario, luego lo cierto es que, al margen de que el Concesionario hubiera tomado a su cargo el riesgo de demanda, ese riesgo de implantación le pertenecía a METROLÍNEA, en tanto y en cuanto el sistema estuviera bien implantado, es decir, implantado según lo ofrecido, pues no existiendo compromiso de fidelidad de los usuarios, lo que se buscaba era ofrecer una alternativa funcionalmente atractiva para que el usuario potencial se mantuviera en el transporte colectivo*", por lo cual, no es admisible el pretexto del *"motaxismo*", "*piratería*", uso de vehículo propio, para concluir:

> "Está, por tanto, plenamente acreditado en el proceso arbitral que METROLÍNEA falló en su obligación de asumir los efectos de la ocurrencia del riesgo de implantación y del riesgo de variación de tarifa y debe indemnizar a ni representada por tal razón, pues ESTACIONES METROLÍNEA sufrió un perjuicio que está debidamente cuantificado, por el menor ingreso que recibió durante la vida del contrato, que no está comprendido en los elementos a reconocer por la terminación anticipada, en la medida en que la remuneración ganada es un valor que permanece intangible y no se ve afectado por dicha terminación anticipada, de suerte que si la remuneración a que se tenía derecho durante la vida del contrato se vio menguada como consecuencia de los incumplimientos mencionados, el daño irrogado debe ser indemnizado como lo ordena el artículo 50 de la Ley 80 de 1993, en consonancia con las reglas legales de obligaciones que gobiernan la materia del incumplimiento contractual en los ordenamientos mercantil y civil"
>
> "ESTACIONES METROLÍNEA LTDA. experimentó perjuicios en cuantía de $53.766.198.073, actualizado a 15 de agosto de 2014, por el incumplimiento de las obligaciones a cargo de METROLÍNEA S.A. de asumir los efectos adversos de la ocurrencia del Riesgo de Implantación y del Riesgo de Variación de las Tarifas por Orden de la Autoridad Competente, según está probado en el proceso. El monto de los perjuicios fue establecido por el perito financiero, IKON Banca de Inversión S.A.S., con base en los resultados del dictamen pericial rendido por Movilidad Sostenible Ltda.".

La parte demandada se opuso a las pretensiones al no ocurrir los riesgos de implantación y variación de tarifas por orden de autoridad competente, haber relizado las actuaciones necesarias, de existir demoras no generaron efectos perjudiciales en el pago de la contraprestación, y los efectos que se pretenden darles desconocen los riesgos financiero, de demanda y retorno de la inversión asumidos por la demandante. El riesgo de implantación no se concreta por el simple retraso de cronogramas estimados, es menester acreditar factores externos o internos, la relación causal y el impacto en el retorno de la inversión; la remuneración pactada en la cláusula 51 no garantiza la rentabilidad, la obra está inconclusa, el contrato terminó anticipadamente y esto hace irrelevante el riesgo de implantación, tampoco hay prueba del perjuicio, ni de

la existencia de un desbalance en los pagos. Interpuso la excepción denominada "Inexistencia de incumplimiento de la obligación de asumir los riesgos de implementación y de variación de la tarifa", por cuanto las *"pretensiones relacionadas con la supuesta configuración del riesgo de implementación parten de la base de que el número de pasajeros al cual se referían tanto el Pliego de Condiciones como los estudios que se pusieron a disposición de los oferentes, era un valor cierto y asegurado por parte de Metrolínea. Dicho entendimiento no corresponde ni a lo previsto en el mismo Pliego de Condiciones y desconoce el régimen de riesgos contractualmente pactado, lo cual implica que las pretensiones parten de un supuesto claramente equivocado",* pues de los numerales 1.4 y 2.10 de los pliegos de condiciones se desprende que el número de pasajeros es un valor simplemente estimado, no garantizado ni asumido; el comportamiento de la demanda y el valor total recaudado es propio del riesgo de demanda asumido por el concesionario (cláusulas 2.70 y 22.4), la remuneración acordada en la cláusula 51 contiene las alternativas de pago, por tiempo o por ingreso esperado, y en todo caso, la final es la que se cumpla primero sin garantía de rentabilidad, el riesgo no se produce por el simple retraso del cronograma (Cláusulas 2.73 y 24.1), sino además es menester acreditar el impacto en los costos, el costo de oportunidad y el retorno de la inversión del Contratista, aspectos que no se afectaron al terminar de manera anticipada el contrato por razones imprevistas y ajenas a las partes, en cuyo caso, toda reparación se limiota a un punto de no pérdida, laa obra está inconclusa e inacabada, *"Metrolínea cumplió rigurosamente con la obligación adquirida en el Pliego de Condiciones respecto de la infraestructura del Sistema Metrolínea, concretamente con las obras descritas en el Tabla No. 4 del Pliego de Condiciones, quedando pendiente únicamente la Estación de Cabecera, Talleres y Patios de Operación de Floridablanca, que son precisamente las que se encontraban a cargo de Estaciones Metrolínea"* y tampoco procede el riesgo de variación de tarifas por la terminación anticipada. Dicha excepción se replicó por la Convocante.

En su demanda de reconvención pide declarar la pérdida de fundamento y eficacia de los riesgos de implementación del sistema y variación de tarifas por orden de autoridad competente asumidos por Metrolínea en la cláusula 24 del Contrato de Concesión a consecuencia de su terminación anticipada (Pretensión Séptima). La demandada en reconvención, se opuso porque el Contrato no condicionó la eficacia de estos riesgos a

la terminación anticipada, ni los riesgos de implantación y variación de tarifas se contraponen a la distribución de los riesgos, la deficiente implantanción produjo un impacto adverso en el retorno de la inversión, afectó la recuperación de sus costos y utilidad. Agrega:

> "En la medida en que con la terminación anticipada se dé aplicación a lo pactado, en cuanto a la determinación del valor de liquidación del Contrato de Concesión aplicando la fórmula acordada por las partes, tal y como ha sido pedido en la demanda principal de ESTACIONES METROLÍNEA, el Concesionario podrá obtener la recuperación de la inversión y, en ese contexto específico la remuneración será el único elemento de generación de utilidad, cuyo límite es el ingreso total que el Contrato de Concesión determinó como monto máximo del ingreso que el Concesionario podría recibir, previa aplicación a dicho monto de la proporción correspondiente a la parte de la obra ejecutada, y previo descuento del valor de liquidación reconocido.
>
> Si la implantación se hubiera hecho conforme a lo previsto, los ingresos del Sistema Metrolínea hubieran sido notablemente mayores y la remuneración al Concesionario, establecida como porcentaje de la tarifa recaudada, también hubiera sido superior a la que se dio, con lo cual se afectó al Concesionario, quien en un escenario de terminación anticipada en el que se le reconozcan, conforme a lo pactado, la totalidad de los valores que empleó en el desarrollo de las actividades, vio en todo caso mermada la remuneración que tiene derecho a conservar conforme a lo pactado, como utilidad o retorno de su inversión.
>
> Como consecuencia del detrimento en los ingresos del Sistema Metrolínea, a causa del desfase negativo entre tarifa técnica, respecto de tarifa cobrada al usuario, el Concesionario también se ve afectado en su remuneración. Con todo, y en la medida en que se obtenga, como se pretende en la demanda principal, el reconocimiento de la afectación económica por la ocurrencia del Riesgo de Implantación del Sistema, con ello se neutralizaría el efecto provocado por la ocurrencia del Riesgo de Variación de las Tarifas por Orden de la Autoridad (dado que con el Sistema Metrolínea bien implantado la tarifa al usuario, por la mayor afluencia de usuarios que es esperable, sería acorde con la tarifa técnica). Así las cosas, carece de fundamento la pretensión de obtener una declaración de pérdida de fundamento de lo pactado en esta materia en el Contrato de Concesión, o de pérdida de efectos de lo pactado".

En su alegato de conclusión la Parte Convocada y reconveniente, argumenta que la solicitud de declarar la ocurrencia del riesgo excluye la responsabilidad contractual por tratarse de asuntos diversos, y la imposibilidad de concreción de sus efectos finales cuando el contrato termina anticipadamente porque supone *distantia temporis* entre su celebración y ejecución, existe, se explica y contrae en vigencia del vínculo, descartándose en contratos terminados. Seguidamente, explica el tratamiento de los riesgos en los sistemas jurídicos, distingue los generatrices de imposibilidad absoluta *y* de dificultad u onerosidad prestacional, precisa que en el *civil law* y en nuestra tradición jurídica romano germánica, la terminación del contrato impide la indemnización por la ocurrencia de riesgos contractuales, conforme dispone el artículo 5-1 de la Ley 80 de 1983, a cuyo tenor los contratistas "[*t*]*endrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique* ***durante la vigencia del contrato****.", "previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato* ***a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas*** *(…)",* y por consiguiente, el vigor del pacto es necesario para llevar al

contratista a un punto de no pérdida, lo que es coherente con la solución dispensada a la terminación del pacto donde no es menester hacerlo porque ya no se ejecutará, por lo que "**la asunción de un riesgo presupone jurídica y lógicamente también que se continúe ejecutando el contrato**". Agrega que la solucion del *common law* se ofrece caso por caso, y la terminación del contrato impide la reclamación por la ocurrencia de un riesgo, lógica parcialmente introducida en el artículo 4º de la Ley 1150 de 2007, cuya materialización implica para la parte que lo asume el deber de soportar sus efectos sin lugar a imponer indemnización complementaria a la otra, y además la liquidación del contrato origina otras obligaciones, torna irrelevante los efectos del riesgo, hace imposible que se convierta en una prestación exigible, y anota:

> "En relación con los valores a reconocer en un contrato terminado de mutuo acuerdo, como en el caso que nos convoca, el Consejo de Estado señaló que *"los efectos que producirá la extinción del contrato, que por lo general* ***se limitarán al pago de la parte del precio contractual correspondiente a los trabajos o prestaciones que se hubieren cumplido*** *y a la liquidación definitiva de la situación contractual, según su estado"*[232]. En consecuencia, los derechos y obligaciones que debe liquidar el Tribunal de Arbitramento son los que surgen con la terminación de mutuo acuerdo según el ordenamiento jurídico colombiano. Esto es, el valor de la parte del precio contractual correspondiente a los trabajos o prestaciones que se hubieren cumplido. En este caso se trata de las obras efectivamente ejecutadas: el 47% del valor del contrato[233].
>
> Lo anterior es así, como consecuencia de la nulidad, o inaplicabilidad, de la Cláusula 64.2 del Contrato, y en su defecto, si se declara que la Cláusula 64.2 es válida y aplicable, la liquidación se debe hacer con base en la fórmula contenida en la citada Cláusula 64.2. En ninguna de las dos hipótesis presentadas es relevante la concreción de riesgos, pues los valores a reconocer se reducen estrictamente a las obras ejecutadas por el Contratista en la primera hipótesis –47% del total del contrato–, o al valor que resulte como consecuencia de la fórmula contenida en la Cláusula 64.2, en la hipótesis recién expuesta.
>
> "Cualquier reconocimiento adicional, como el derivado de la concreción de un riesgo, sería una extralimitación de los valores que ha reconocido la jurisprudencia que se deben incluir en la liquidación, y carecería de sentido en la medida en que la asunción de los riesgos presupone la ejecución de las prestaciones correlativas que se encuentran en cabeza de la otra parte. Por lo anterior, aceptar que se debe dar una suma de dinero por la concreción de algún riesgo, como lo pretende el Contratista en razón de la supuesta concreción de riesgos asumidos por la administración, sería un valor que superaría no solo el valor del contenido de la liquidación, sino que además se daría un exceso en relación con el concepto de reparación integral, criterio de obligatoria consideración según lo preceptuado el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.Lo anterior resulta evidente si se tiene en consideración que en la liquidación se deben reconocer solamente los valores referenciados, y con ello se garantiza el cubrimiento de los valores adeudados dando lugar con ello a la reparación integral."

Luego, diferencia los riesgos de implantación y demanda. El primero, asumido por la concedente (Cláusulas 2.73 y 24.1), está sujeto a la condición consistente en la presencia de "*factores internos o externos al Sistema Metrolínea, que dificulten, retrasen o dilaten el proceso de implantación o puesta en marcha del mismo*", en cuyo caso

[232] "Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 26 de junio de 2012, expediente 23.605."
[233] "Informe de Interventoría Número 30 de noviembre de 2011, página 43."

"Metrolínea debería asumir los efectos del riesgo y proceder a soportar los efectos del riesgo para que Estaciones Metrolínea pudiera continuar ejecutando el Contrato, sin que ello signifique la existencia de indemnización alguna", o sea, *" los efectos dinerarios del retraso en la implantación para que la contraparte siga ejecutando el contrato*", y habiendo terminado no procede su concreción. El segundo, lo asumió la concesionaria (Cláusulas 2.70 y 22.4) y predica de los efectos favorables o desfavorables, derivados de la disminución en el número de viajes constitutivos de pago estimados al momento de la propuesta. Los dos riesgos son diferentes, el de implantación concierne *"a las afectaciones que sobre los ingresos o costos del Contratista pueda tener la puesta en marcha del sistema; el Riesgo de Demanda se refiere al número de viajes que se hagan en el Sistema Metrolínea, lo que a la postre influye en los ingresos de Estaciones Metrolínea, en la medida en que su remuneración consiste en un porcentaje sobre el monto total de las tarifas*", son escindibles, y presentan alguna complejidad, pues el aquél "*debe tener una influencia sobre la demanda y esta, a su vez, debe impactar los costos, los costos de oportunidad o el retorno de la inversión"* como reconoció el dictamen pericial de Movilidad Sostenible, por lo cual, la carga probatoria debe despejar toda duda en torno a la causa de disminución de la demanda, pues si es distinta a la indebida implantación no se concreta sino el riesgo de demanda.

Indica que, en comunicación M-OAJ-3868-191011 de 12 de octubre de 2011 la concedente informó la adecuada implantación del sistema superando las expectativas del pliego con la única excepción de la puesta en marcha de las estaciones de cabecera, incluida la denominada *PQP*, contratada con la concesionaria, de donde el impacto sobre los costos, costos de oportunidad y retorno de la inversión fue positivo y no negativo, la razón de la baja demanda se asocia a otras causas como el cambio de hábitos de los potenciales usuarios, y la piratería o transporte informal, reconocidas por Cónsuelo Ordóñez, además el ingeniero Pipicano Chicangana admitió la existencia de "*otros factores exógenos que podrían afectar la demanda",* omitidos en el dictamen pericial, dando por sentado una aparente probabilidad sin ningún sustento y *"que la única y exclusiva causa de la baja de demanda era la indebida implantación",* más no hay prueba *"de la relación causal entre la supuesta implantación deficiente y la baja en la demanda",* por lo que no se concretó el riesgo.

Adicionalmente, la demandante en comunicación del 10 de junio de 2011 sin número (Anexo 44 de la demanda, primer documento del tomo II de la versión virtual de ese documento), reconoció la concreción extraordinaria del riesgo de demanda al afirmar que los niveles de demanda están del orden 15% de lo estimado por Metrolínea en parte por no adoptarse medidas policivas para evitar "*fenómenos totalmente ilegales tales como el mototaxismo, el taxi colectivo, el fenómeno conocido como 'urbaneo' consistente en que los vehículos de transporte intermunicipal prestan sus servicios como transporte colectivo y, por último, la piratería".* Concluye:

> "que: *(i)* no se probó con el dictamen de Movilidad Sostenible un vínculo causal concreto entre la supuesta indebida implantación y la baja en la demanda; *(ii)* tan sólo se probó una alta probabilidad que no asegura que el caso concreto no haya sido la excepción; *(iii)* también se demostró que esa alta probabilidad no era tal pues no fue establecida con sustento matemático o estadístico, sino como un término coloquial sin respaldo; *(iv)* de igual manera, se demostró que cuando Estaciones Metrolínea analizó el vínculo causal concreto halló que el riesgo concretado era el riesgo de demanda, al punto de denominar esa concreción un riesgo extraordinario, *(v)* para respaldar que la concreción del riesgo era el de demanda Estaciones Metrolínea señaló como causa el transporte informal, lo cual se refuerza con lo expresado, en igual sentido, en audiencia por el ingeniero PIPICANO CHICANGANA y por CONSUELO ORDOÑEZ; a esa causa los interrogados agregaron en audiencia el cambio de hábitos de los potenciales usuarios del Sistema Metrolínea, que también corresponde al Riesgo de Demanda."

Analiza *in extenso* el dictamen pericial de Movilidad Sostenible para indicar la falta de confiabilidad de sus fuentes y metodología, en especial al tomar los datos contenidos en Documento Conpes 3552 de 2008 posterior al proceso de planeación, contratación y firma del Contrato, circunscrito al año 2009, con los cuales calculó la captación del Sistema Metrolínea.

La señora Procuradora en su concepto pide no acceder a estas pretensiones ante la imposibilidad de determinar su incidencia antes del plazo total del contrato en virtud de su terminación anticipada. Indica:

> "La Etapa de Remuneración se debía extender durante 18 años y 2 meses, o hasta que el Concesionario alcanzara el ingreso esperado de TRESCIENTOS VEINTINUEVE MIL DOSCIENTOS TRECE MILLONES NOVENTA MIL SETECIENTOS SESENTA PESOS ($329.213.090.760), (cláusula 31) (Fl. 260 y ss.). 11. Según el Contrato de Concesión, es a cargo del Concedente el Riesgo de Implantación del Sistema, definido como la contingencia consistente "en el impacto que en los costos, en el costo de oportunidad y en el retorno de la inversión previstos por el Concesionario, puedan tener factores internos o externos al Sistema Metrolínea, que dificulten, retrasen o dilaten el proceso de implantación o puesta en marcha del mismo" (cláusulas 2.73 y 24.1) (Fl. 260 y ss.). En este sentido, es importante precisar, que el cumplimiento del recaudo esperado o proyectado era importante en el contrato respecto a la primera variable, esto es, si el contrato se ejecutaba durante todo el tiempo previsto, habida consideración que si ello se cumplía, era importante que el recaudo fuera el esperado para obtener a lo largo del termino previsto, el ingreso proyectado, lo que significaba igualmente que con esos recursos podría garantizar la financiación de los dineros con los cuales ejecutaría la obra. El análisis sobre la realización del riesgo de variación de tarifas y el de Riesgo de implantación, impactaban el contrato si en efecto durante todo el

periodo las mismas no alcanzaban a recaudarse conforme la tarifa oficial (…) sin embargo, esta condición es imposible de determinar, porque el contrato no alcanzó a tener la duración esperada, y tan solo alcanzó a llevarse a cabo el recaudo por un periodo mínimo respecto al que se proyectó; adicionalmente, existía otra fórmula o variable para remunerar este contrato, y era que alcanzar un monto determinado, momento en el cual se entendería cancelado el valor total del contrato, situación que igualmente ante la inminente terminación no es posible determinar si era o no una situación que pudiera darse, porque lo que se esperaba del sistema o se espera aún, es que el número de pasajeros se incremente año a año y no precisamente que disminuya y de esta manera, igualmente los recursos incrementan para el pago. Conforme lo anterior, concluye el Ministerio Público, que no es posible establecer la existencia de incumplimiento en el tema del pago cuando no sucedieron o no ocurrieron las variables o condiciones previstas para el pago total de la obligación.

"En lo que tiene que ver con la indemnización por la realización del riesgo de implantación y de variación de tarifas, estos riesgos no pueden considerarse como cumplidos cuando el contrato no llegó hasta el plazo señalado ni hasta el valor acordado. Estos riesgos eran importantes en la aplicación de una de las variables de remuneración o pago, mas pierde[n] importancia al momento en que se decide una variable de pago diferente a la prevista en el contrato, como es la del reconocimiento de la obra ejecutada y el pago inmediato de las sumas que resulten de la liquidación que se ordena y no precisamente a 18 años como lo contempló el contrato, ni en el tiempo que correlativamente podría corresponder por la ejecución del 47% es decir, si a los 18 años se pagaría $329.213.090.760, a la mitad de dicho periodo (9 años) el pago hubiese sido un estimado de $164.606'545.380, cifra que se acerca a la peticionada como gastos de construcción que incluye costos directos, de administración, financiero y costos de oportunidad de capital, lo que motiva a esta Agencia a considerar que no es ese el valor a reconocer como solicita el demandante."

Consideraciones del Tribunal.

1. En el lenguaje corriente, la locución riesgo atañe a "*la contingencia, probabilidad, proximidad de peligro o daño*"[234], en sentido jurídico, *" es aquel peligro de naturaleza especial, a consecuencia del cual alguien está obligado a soportar la pérdida o el deterioro que una cosa sufre por caso fortuito o fuerza mayor", (…) las posibilidades de destrucción material o de deterioro de una cosa prometida"*[235], o más exactamente, "*la contingencia de un daño, o sea, la posibilidad de que al obrar se produzca un daño, lo cual significa que el riesgo envuelve una noción de potencialidad referida esencialmente al daño"* [236], y abarca las consecuencias o efectos del advenimiento de ciertas y determinadas contingencias, eventos aleatorios e inciertos, susceptibles de previsión, valoración, dosificación, distribución y asunción según las reglas de experiencia, dictados, directrices o pautas razonables, utilidad de la relación jurídica, paridad, simetría, equivalencia o equilibrio prestacional.

---

[234] REAL ACADEMÍA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, 2001, Pág. 1340.
[235] F. COSENTINI, Rischio, Teor, gen. Il Digesto Italiano, Torino, xx, 1916, p. 1044.
[236] M. G. SARMIENTO GARCIA, "La teoría del riesgo y la responsabilidad civil". En "Estudios de Derecho Privado". Homenaje al Externado en su Centenario. Publicaciones U. Externado de Colombia, 1986, pp. 201 y 202. Nicolás LUHMANN., El Concepto de Riesgo, en Las Consecuencias Perversas de la Modernidad, Anthropos, Barcelona 1996, pp. 123, 149; Henri et León MAZEAUD et André TUNC., Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, T. III, Vol. II, trad. Esp. Luís Alcalá-Zamora y Castillo, Ejea, Buenos Aires, 1963, pp. 7, 9, 11, 49 ss.

En la contratación estatal, por lo común, el contratante soporta a su propio costo y riesgo, el álea normal previsible, más no la anormal e imprevisible[237], las partes deben determinar, estimar, distribuir y asignar los riesgos[238], lo que no excluye el principio imperativo del equilibrio económico[239] ni el derecho a obtener su restablecimiento en los casos y por las causas previstas en el ordenamiento jurídico (artículos 2, 58, 209 y 333 de la C.P., 3, 4, 5, 24, y 27 de la Ley 80 de 1993).[240]

2. El riesgo debe concretarse durante la vigencia de la relación jurídica contractual; extinguida, fenecen sus consecuencias nocivas. Menester constatar su ocurrencia material u objetiva en vigor del contrato u obligación, y su impacto.

Es este un principio lógico, elemental e ineludible, pues terminado el contrato o extinguida la obligación, el riesgo simplemente no se concreta. Más de acaecer en su vigencia, naturalmente se concreta, así termine despúes.

Concretado el riesgo dentro de los límites legales, contractuales, y temporales, previsibles y normales, la parte que lo asumió soporta sus efectos, cuando el riesgo ocurre durante la vigencia contrato, así sus efectos sobrevengan después de la terminación del pacto u obligación. Empero, la identificación, estimación, distribución y asignación de riesgos (matriz de riesgos), podrá alterarse, frustrarse o fracasar, comportar una excesiva onerosidad o detrimento más allá de lo previsible o normal, y en tal caso, la parte es admitida a su revisión con los ajustes pertinentes. Por fuera de esta hipótesis, nada puede reclamar, ni le es admitido sustraerse a sus efectos. Quien asume el riesgo dentro de los límites acordados es responsable frente a la otra parte de sus consecuencias, que podrá exigir por los cauces legales.

---

[237] MARIENHOFF, MIGUEL S., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III- A, Tercera Edición Abeledo Perrot, Cuarta Edición -reimpresión- 1998, Pág. 470 y ss.

[238] Documento CONPES 3107 de 3 de abril de 2001; Ley 80 de 1993, artículo 24 [5,7 y 12], 25, 26 y 27; art. 4º Ley 1150 de 2007; Decreto 19 de 2012, art. 220 (artículo 88 del Decreto 2474 de 2008, modificado por el Decreto 2025 de 2009, derogado por el Decreto 734 de 2012, éste derogado por el Decreto 1510 de 2013).vid Benavides, José Luis, « Los riesgos contractuales en Contratación Estatal », en Jaime O.Santofimio, José L. Benavides (dir.), Estudios sobre la reforma del estatuto contractual (L-1150/07), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, págs. 453-491.

[239] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,Sentencia de 27 de marzo de 1992, Exp. 6.363. y sentencia 9 de mayo de 1996, Exp. 10.151

[240] Arts. 2°, 13, 58, 83 y 90, Constitución Política; 3, 4, 5-1, 14-1, 25 y 27 de la Ley 80 de 1993 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias de 29 de abril de 1999, Exp. 14855, de 21 de junio de 1999, Exp. 14.943. y 26 de febrero de 2004, Expediente No. 14063.

3. En la cuestión litigiosa se reclaman los efectos patrimoniales de los riesgos de implantación del sistema metrolínea y de variación de tarifas por orden de autoridad competente, en virtud del incumplimiento de Metrolínea a su obligación de asumirlos no por la terminación anticipada ni después de ésta, sino "durante la vida del contrato", que en sentir de la Convocante afectó su remuneración pactada, causada y ganada.

Es la deficiente o insuficiente implantación del sistema durante el contrato, y la inobservancia de las obligaciones adquiridas, la causa por la cual se pretende la responsabilidad inherente a los riesgos mencionados. En consecuencia, pretendido el acaecimiento del riesgo antes de la terminación anticipada, la invocada imposibilidad de reclamarlo por haber terminado la relación contractual, no es admisble al bastar su concreción durante su vigencia, así termine con posterioridad.

4. En los documentos contractuales la expresión "*implantación*" refiere a la "*puesta en marcha*" del Sistema Metrolínea (Numeral 1.4), cuya infraestructura se compone *"por los corredores en que operan los sistemas de transporte, sus paradas y estaciones ya sean estas terminales de cabecera, estaciones intermedias, estaciones centrales, estaciones puerta izquierda o estaciones puerta derecha, los patios de operación y talleres, los sistemas de control – tanto de detección del vehículo como de señalización- y los sistemas de suministro de energía"* (numeral 1.4.2*),* inicialmente "*conformado por cuatro (4) estaciones de cabecera (Ciudad Norte, Floridablanca, Piedecuesta y Girón), dos (2) estaciones intermedias (Provenza y Cañaveral), 19 estaciones de parada puerta izquierda, 5 estaciones de parada puerta derecha y 49 paradas puerta derecha"*. (numeral 1.4.2).

Los pliegos enunciaron los componentes del sistema, su estado actual y el *"tiempo estimado de entrega*"; junio de 2009 para finalizar las estaciones de paradas, y puentes peatonales, y junio de 2010, las estaciones de transferencia o intermedias, estaciones de cabecera, patios y talleres (numerales 1.4.3.3 a 1.4.3.6) y estimaron la flota de operación en un total de 368 buses, así:15 Articulados, 203 Padrones 150 alimentadores (numeral 1.4.4)

La implantación se proyectó en dos fases, la Fase 1 "*en la cual se opere con la infraestructura proyectada"* (Bucaramanga-Floridablanca-Piedecuesta-Girón) y la Fase 2 (Transversal Oriental-Carrera 33), "*previendo el futuro crecimiento del Sistema Metrolínea y del Área Metropolitana de Bucaramanga".*

La Fase 1, *"se proyecta dentro de los doce primeros meses de la implementación del proyecto"* (numeral 1.4.7 y Anexo 1). El numeral 1.4.7 de los Pliegos de Condiciones, señaló:

> *"La entrada en operación del Sistema Metrolínea en su Fase 1 se configura en diferentes etapas, las cuales se enuncian a continuación y cuyo desarrollo* ***se proyecta*** *dentro de los doce primeros meses de implementación del proyecto"*.

La implantación de la Fase 1, comprendía 4 Estaciones de cabecera, 2 Estaciones intermedias, 24 Estaciones centrales totales, 19 Estaciones puerta izquierda, 5 Estaciones puerta derecha, 49 Paradas; 16.8 Km. totales de corredor troncal, 8.5 Km. iniciales de corredor troncal, 38.3 Km. de corredores pretroncales y 72.2 Km. de corredores alimentadores (Tabla 4, numeral 1.4.6.1), para lograr "una captación alrededor del 66% de pasajeros movilizados dentro del Área Metropolitana de Bucaramanga en el Sistema Metrolínea", y tendría tres etapas: la Etapa 1, con 3 estaciones de cabecera, 2 estaciones de transferencia, y un eje troncal para un cubrimiento "*del 53% de pasajeros movilizados dentro del Área Metropolitana Bucaramanga"*, la Subetapa 1 del 32% de pasajeros movilizados dentro del Área Metropolitana de Bucaramanga", la Subetapa 2, del 47% y la Subetapa 3, del *"56% de pasajeros movilizados dentro del Área Metropolitana de Bucaramanga, completando así la etapa 1"* (numeral 1.4.7.1); la Etapa 2 de la Fase 1, contaría además con un corredor pretroncal y 1 estación de cabecera para cubrir el "*62% de pasajeros movilizados dentro del Área Metropolitana de Bucaramanga* (numeral 1.4.7.2); y la Etapa 3 con otro corredor pretroncal, para cubrir el "*66% de pasajeros movilizados dentro del Área Metropolitana de Bucaramanga"* (numeral 1.4.7.3)

5. El Contrato de Concesión, estipuló:

> "2.73 Riesgo de Implantación del Sistema. Es la contingencia que consiste en el impacto que en los costos, en el costo de oportunidad y en el retorno de la inversión previstos por el Concesionario, puedan tener factores internos

o externos al Sistema Metrolínea, que dificulten, retrasen o dilaten el proceso de implantación o puesta en marcha del mismo.
(…)

"2.76 Riesgo de Variación de las Tarifas por Orden de la Autoridad Competente. Es la contingencia que consiste en el detrimento que en los ingresos del Sistema Metrolínea, pueda causar una modificación en la tarifa al usuario por debajo de la tarifa técnica provocada por un acto de la autoridad de transporte.

"Cláusula 24. Riesgos que Asume Metrolínea S.A. Metrolínea S.A. asume los efectos derivados de los riesgos que a continuación se indican: 24.1 Riesgo de Implantación del Sistema Es la contingencia que consiste en el impacto que en los costos, en el costo de oportunidad y en el retorno de la inversión previstos por el Concesionario, puedan tener factores internos o externos al Sistema Metrolínea, que dificulten, retrasen o dilaten el proceso de implantación o puesta en marcha del mismo. 24.2 Riesgo de Variación de las Tarifas por Orden de la Autoridad Competente Es la contingencia que consiste en el detrimento que en los ingresos del Sistema Metrolínea, pueda causar una modificación en la tarifa al usuario por debajo de la tarifa técnica, provocada por un acto de la autoridad de transporte. Metrolínea S.A. asume la contingencia que consiste en el detrimento que en los ingresos del Sistema Metrolínea pueda generar una no actualización oportuna de las tarifas del Servicio Público de Transporte Masivo ordenada por la autoridad competente dentro del AMB. Este riesgo ha sido mitigado mediante un compromiso de indemnización contenido en el Convenio Interadministrativo de Operación, de conformidad con el cual el AMB indemnizará a Metrolínea S.A. e indirectamente al Concesionario, por cualquier no actualización oportuna de las tarifas, o por una actualización que no sea coincidente con la aplicación de las fórmulas tarifarías previstas en el contrato. (…)"

De acuerdo con estas estipulaciones contractuales, el riesgo de implantación consiste en la contingencia generada por factores internos o externos al sistema que dificulte, retrase o dilate el proceso de implantación o puesta en marcha y cause un impacto en los costos, costo de oportunidad y el retorno de la inversión previstos por el concesionario. Para su concreción es menester, la presencia de factores externos o internos al Sistema Metrolínea; la dificultad, retraso o dilación del proceso de implantación; y el impacto en los costos, el costo de oportunidad y el retorno de la inversión previstos por el concesionario. El riesgo de variación de tarifas presupone, la modificación por acto de autoridad competente o falta de actualización de la tarifa al usuario en un valor inferior a la tarifa técnica y el detrimento en los ingresos del sistema. El riesgo de la implantación, y el de variación de tarifas, se asumieron *expressis verbis* por la entidad concedente.

En punto de los riesgos de demanda, retorno de inversión y financiero, se acordó:

"2.70 Riesgo de Demanda. Es la contingencia que consiste en la disminución en el número de los viajes que constituyen pago en el Sistema Metrolínea que incide en los ingresos esperados del Sistema Metrolínea.

2.75. Riesgo de Retorno de la Inversión. Es la contingencia que consiste en la eventual imposibilidad de recuperar todo o parte de la inversión efectuada por parte del Concesionario en el tiempo estimado y la eventualidad del éxito o fracaso del negocio.

2.76. Riesgo Financiero. Es la contingencia que consiste en que los organismos, instituciones financieras o proveedores le concedan o no, total o parcialmente, al Concesionario la financiación necesaria o adecuada para cumplir con las obligaciones de inversión que le impone el contrato de concesión, así como, las variaciones de las condiciones de financiación del Concesionario, como resultado de la posible variación de las tasas de interés, de la tasa de cambio, de los márgenes de intermediación o de las comisiones de los agentes, o de cualquier otro actor, respecto de los márgenes estimados por el Concesionario al momento de presentar su propuesta.

Cláusula 22. Riesgos que asume el Concesionario En la propuesta que el Concesionario presentó a la licitación pública M-LP-001-2008 para ser adjudicatario del presente contrato de concesión, el Concesionario declaró haber realizado un examen cuidadoso de las características del Sistema Metrolínea y en general de todos los aspectos que pudieran incidir en la determinación del precio y condiciones en las cuales presentó su propuesta. El Concesionario acepta que existe un alea ordinario, inherente a la actividad propia del desarrollo del objeto del contrato, el cual ha sido considerado, estimado, previsto y por tanto asumido por él, en las estimaciones que dieron lugar a su propuesta, diferente del alea extraordinario que está fuera de su órbita de control, previsión y estimación. El Concesionario asumirá en su totalidad los riesgos que se deriven del cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de concesión, como riesgos propios del giro de los negocios y será responsable frente a Metrolínea S.A., como una obligación de resultado. Los riesgos asumidos por el Concesionario, corresponden a

22.4. Riesgo de Demanda El Concesionario asume los efectos, favorables o desfavorables, derivados de la contingencia que consiste en la disminución en el número de los viajes que constituyen pago en el Sistema Metrolínea los cuales fueron estimados por el Concesionario, al momento de estructurar su propuesta económica dentro de la licitación pública M-LP-001-2008 convocada por Metrolínea S.A.

22.8 Riesgo de Retorno de la Inversión El Concesionario asume los efectos, favorables o desfavorables, derivados de la contingencia que consiste en la eventual imposibilidad de recuperar todo o parte de la inversión efectuada por parte del Concesionario en el tiempo estimado y la eventualidad del éxito o fracaso del negocio.

22.9 Riesgo Financiero El Concesionario asume los efectos, favorables o desfavorables, que surge de la contingencia que consiste en que los organismos, instituciones financieras o proveedores le concedan o no, total o parcialmente, la financiación necesaria o adecuada para cumplir con las obligaciones de inversión que le impone el contrato de concesión, así como, las variaciones de las condiciones de financiación del Concesionario, como resultado de la posible variación de las tasas de interés, de la tasa de cambio, de los márgenes de intermediación o de las comisiones de los agentes, o de cualquier otro actor, respecto de los márgenes estimados por el Concesionario al momento de presentar su propuesta".

El riesgo de demanda concierne a los efectos favorables o desfavorables de la disminución del número de viajes estimados por el concesionario en su propuesta que constituye pago en el sistema e incide en los ingresos esperados del sistema; el de retorno de inversión, a la eventual imposibilidad de recuperarla en todo o en parte "en el tiempo estimado", el éxito o fracaso del negocio; el riesgo financiero, en la financiación del proyecto, el otorgamiento o no de la misma, sus costos y variaciones en comparación con lo estimado en la propuesta. Estos riesgos se asumieron expresamente por el concesionario.

Para el Tribunal es claro que estos riesgos son diferentes y no pueden mezclarse ni confundirse, pues en tal caso carecería de finalidad estipularlos. Unos son los riesgos asumidos por la concedente y, otros, por el concesionario. En particular, el riesgo de implantación del sistema refiere no a la demanda sino a la puesta en marcha, funcionamiento u operación del sistema; el riesgo de demanda, a la disminución en el número de viajes constitutivos del pago en el Sistema con incidencia en los ingresos esperados; el riesgo financiero, a la financiación del proyecto, obtención y colocación de los recursos, así como a sus costos y variaciones; el riesgo de retorno de la inversión, a la contingencia de recuperarla o no durante la vida del proyecto. Por lo mismo, el riesgo

de implantación no se confunde con el riesgo de demanda, ni desnaturaliza los restantes riesgos asumidos por el concesionario; tampoco éstos, se confunden con el riesgo de implantación ni lo desnaturaliza.

La contingencia por factores internos o externos al sistema que dificulte, retrase o dilate la implantación o puesta en marcha del sistema y cause un impacto en los costos, costo de oportunidad y retorno de la inversión previstos por el concesionario en su oferta aceptada, es un riesgo expresamente contraído por la concedente, y comporta que no se concrete la efectiva operación dentro del cronograma estimado, con la advertencia de que desde los pliegos de condiciones, se previó que la implantación del sistema sería gradual y en ellos se señalaron fechas estimadas para la implantación del sistema, el contrato disciplinó y asignó los riesgos por contingencias derivadas de factores internos o externos que generen dificultad, retraso o dilación en su realización e impacten los costos, el costo de oportunidad o el retorno de la inversión previstos por el concesionario, y la concedente, los asumió. Esta distribución y asignación del riesgo de implantación carecería de sentido a falta de un tiempo estimado para implantar el sistema, y más aún, si pudiere entenderse comprendido en los riesgos financieros, de demanda, y retorno de inversión. De qué se predicaría la dificultad, atraso o dilación, el impacto en los costos, costo de oportunidad y retorno de la inversión, sino fuera del tiempo estimado?.

Para el Tribunal el riesgo de implantación del sistema es diferente de los otros riesgos, y el tiempo estimado es el parámetro de referencia para su determinación. El riesgo de demanda o disminución del número de pasajeros, con o sin implantación, corre a cargo del concesionario. Más, la falta de implantación, retraso, dificultad o dilación en el tiempo estimado, es asunto que Metrolínea asumió, y sólo en la medida en que esté acreditado el impacto en los costos, el costo de oportunidad y retorno de la inversión, hasta concurrencia del mismo, sin que pueda confundirse con los riesgos financiero, de demanda y retorno de la inversión, ni entenderse incluídos en éstos. El riesgo de variación de tarifas por orden de autoridad competente, tampoco se diluye con los restantes riesgos. Su ocurrencia acontece cuando la autoridad competente no la actualiza hasta el valor la tarifa técnica, o lo disminuye. Y esto es diferente a los riesgos financieros, de demanda y de retorno de la inversión.

6. Dícese que, la terminación anticipada del contrato impide la concreción del riesgo porque al concluir antes del término de su duración de 18 años y 2 meses, o antes de alcanzar el ingreso esperado, no puede medirse el impacto por la falta de implantación total en los costos, el costo de oportunidad o el retorno de la inversión.

De conformidad con la Cláusula 51 del Contrato de Concesión, durante su vigencia la remuneración del concesionario se acordó por tiempo o por ingreso esperado ($329.213.090,760,oo), *"lo que ocurra primero*", "*corresponderá a la alternativa que se cumpla primero".* La retribución no comporta "*una garantía de rentabilidad a favor del Concesionario y por lo tanto, el recaudo efectivo de los ingresos durante la vigencia del contrato, se entenderá como la suma suficiente y necesaria para remunerar las inversiones efectuadas por el Concesionario, así como los costos financieros y operativos y demás gastos en que hubiere incurrido el Concesionario para el desarrollo del proyecto."*, tampoco "*una garantía de flujo de caja mínimo para el Concesionario, pues su remuneración depende del recaudo efectivo de los ingresos. Por lo tanto las variaciones positivas o negativas serán parte de los riesgos asumidos".*

El concesionario reclama que la falta de implantación del sistema en la forma y términos pactados, disminuyó su ingreso y experimentó una afectación patrimonial en el costo de oportunidad y retorno de su inversión, variables establecidas sobre la base de un Sistema de Transporte debidamente implantado. Precisa que el valor reclamado no se incluye en la fórmula de liquidación por la terminación anticipada en cuanto no pretende un perjuicio derivado de la misma, sino por incumplimiento de la concedente a su obligación de asumir las consecuencias adversas de la materialización de los riesgos y la conducta observada después de la extinción del pacto.

A juicio del Tribunal, la recta inteligencia de la Cláusula 51 del Contrato respecto de la remuneración del Concesionario, en cualquiera de las alternativas acordadas, le concede el derecho a percibir una participación en el total de los ingresos generados por la prestación del servicio público de transporte masivo, del 11.75% sobre el valor total recaudado de los pasajes vendidos y utilizados, según la fórmula pactada, hasta completar la duración del contrato de 18 años y 2 meses, o antes de ésta al alcanzar el

ingreso esperado, y en caso de terminación anticipada, hasta el momento en que esta se presente. Desde luego, la implantación o puesta en marcha del sistema en la forma y oportunidad debida, tiene una incidencia fundamental en la percepción de la tarifa, y cuando en ejecución del contrato, factores internos o externos la dificulten, retrasen o dilaten y causen un impacto en los costos, en el costo de oportunidad y en el retorno de la inversión previstos por el concesionario, éste no debe soportarlo, tanto cuanto más que en eso consiste este riesgo y se asumió por la entidad concedente.Por consiguiente, si durante su vigencia, acaece y se afectan los costos, el costo de oportunidad y en el retorno de la inversión, sea que el contrato termine anticipadamente, ora al verificarse el plazo o el ingreso esperado, tiene el legítimo derecho a reclamar el impacto a consecuencia de la no percepción de la tarifa sobre el total del sistema implantado, y hasta concurrencia del monto de ese impacto, lo que denota que para la concreción del riesgo de implantación no es menester esperar los 18 años, 2 meses de duración o el ingreso esperado, por demás no garantizado.

7. Los elementos probatorios acreditan la falta de implantación total del sistema en la forma y tiempo estimados en los pliegos de licitación y el contrato, como evidencian las comunicaciones cruzadas entre las partes, los testimonios recibidos y la experticia técnica rendida por Movilidad Sostenible. Así lo ponen de presente las comunicaciones cruzadas entre las partes, de Estaciones Metrolínea Ltda., EM-CE-1675-10 del 6 de octubre de 2010[241], EM-CE-1798-11 del 6 de enero de 2011[242], EM-CE-1847 del 25 de febrero de 2011, EM-CE-2006-11 del 19 de agosto de 2011, EM-CE-2014-11 del 24 de agosto de 2011[243], EM-CE-2057-11 del 2 de noviembre de 2011[244] EM-CE-2063-11 del

[241]"Por medio de la presente, me dirijo a usted para manifestarle la inmensa preocupación de ESTACIONES METROLÍNEA LTDA por el evidente desequilibrio económico que presenta la concesión de la referencia, derivado (1) del incumplimiento de la implantación del Sistema integrado de Transporte Masivo METROLINEA y (2) de los mayores valores de las obras de construcción, causados por la deficiente información técnica suministrada por METROLÍNEA S.A. en los pliegos de licitación""Bajo las anteriores consideraciones, los ingresos con los cuales Estaciones Metrolínea Ltda realizó su modelación financiera, presupuestaba para los primeros seis meses de operación (contados a partir de Febrero 28 de 2010 hasta Agosto 29 de 2010 fecha de corte del último pago), la suma de $6.600.452.873 cifra calculada de manera conservadora asumiendo que con la implementación gradual pactada en los pliegos, para esta época ya debía estar en operación la subetapa 1.1 de la etapa 1, es decir, se estaba atendiendo como mínimo el 53% de los pasajeros que se movilizan diariamente en el Área Metropolitana de Bucaramanga".

[242] "Por medio de la presente, comedidamente me dirijo a usted para recordarle que en reunión celebrada el 17 de diciembre de 2010, (…) se acordó que: 1. Debido a los problemas que ha tenido la implementación del SITM y que han impactado sustancialmente el equilibrio financiero de la concesión a cargo de ESTACIONES METROLÍNEA LTDA., Metrolínea S.A. reconoce que debe revisarse el modelo financiero de la concesión".

[243] "[...] La demanda real de pasajeros promedio día está un 85% por debajo de los valores con los cuales se hicieron los estudios de viabilidad económica de la concesión de la referencia"; "[l]os ingresos percibidos vía remuneración están en un 15% de los ingresos estimados en el cierre financiero del contrato de la referencia y que igualmente fueron la base para el modelo económico que sirvió de base para la emisión de Bonos Ordinarios, con la cual se está financiando el proyecto objeto del contrato de concesión",.

17 de noviembre de 2011[245], EM-CE-2159-12 del 23 de mayo de 2012, EM-CE-2217-12 del 12 de septiembre de 2012, y las respuestas de Metrolinea S.A. contenidas en oficios M-OAJ-4318-201010 de 20 de octubre de 2010[246], M-DAF-2721-140711 del 14 de julio de 2011, M-DLP-3212-250811 de agosto 25 de 2011[247], M-DPL-3215-290811 del 29 de agosto de 2011 , M-GER-1854-200912 del 20 de septiembre de 2012[248], M-OAJ-3868-191011 de 12 de octubre de 2011[249], M-OAJ-4197-081111 8 de noviembre de 2011, M-DPL-4602-121211 del 12 de diciembre de 2011[250], M-OAJ-4717-191211 del 19 de diciembre de 2011, M-DPL-1085-040612 del 4 de junio de 2012[251], M-GER-2016-091012 del 9 de octubre de 2012[252], 30-23.1.1.FO del 29 de agosto de 2014[253], 70-23.1.1.FO, radicado 2468,septiembre de 2014[254] y M-GER-632-250113 del 25 de enero de 2013.[255]

---

[244] ""[...] hemos presentado nuestra propuesta de desarrollo del proyecto por etapas atadas éstas en cuanto a su ejecución a la demandada de pasajeros que novilice el SITM".

[245] ""[...] a. Incumplimiento de Metrolínea en la implantación del Sistema. Acaecimiento del riesgo de Implantación. "[...]" .

[246] "No es cierto que Metrolínea S.A. esté incumpliendo con el contrato de concesión (…)1.3. Es claro entonces que Metrolínea S.A. NO HA INCUMPLIDO obligación alguna relacionada con la Implementación del Sistema ni con cualquier otra obligación derivada de la concesión, y mucho menos que haya dado lugar al acaecimiento del 'riesgo de implantación' señalado en el contrato. (…) …de donde resulta que la fecha prevista inicialmente para la entrega de la obra por parte del contratista era el 27 de octubre de 2010, sin embargo, a la fecha se ha otorgado un plazo adicional de 14 meses para que la Sociedad que usted representa cumpla con su obligación, a más de haber concertado una suspensión del contrato por un término de 45 días. Todo lo anterior, con el fin de coadyuvar con el contratista en la consecución de los fines para los cuales fue escogido en aplicación de la obligación de colaboración que tiene el Estado con sus contratistas. Sin embargo resulta verdaderamente insólito que en desmedro del principio de lealtad contractual que debe regir esta clase de relaciones, el contratista moroso esté hoy solicitando un presunto desequilibrio económico por una inversión que no ha hecho en su totalidad, pues es claro que el contrato estaba estructurado para que el contratista iniciara el retorno a la 'inversión hecha' no a la inversión que tiene proyectada hacer (…) Tampoco resulta entonces de recibo el 'redimensionamiento del proyecto' que pretende el contratista.".

[247] Remite "los planos esquemáticos de las rutas relacionadas con el cubrimiento previsto para la Fase II".

[248] "[…] conforme a los asuntos revisados dentro del proceso de formalización del documento que pone fin al vínculo contractual entre las partes, en relación con el tema hemos manifestado lo siguiente: 'Para Metrolínea S.A., es una realidad el desbalance de pagos existente en el Contrato de Concesión con Estaciones Metrolínea Ltda., dado que, verificado el valor efectivamente pagado corresponde a un porcentaje inferior al 15% de la proyección de pagos conforme al Estudio realizado con la UIS. En consecuencia, teniendo en cuenta que el porcentaje del 11.75% de la tarifa recaudada ha sido destinada para cubrir este concepto, la entidad procederá a cuantificar los dineros depositados en la fiducia durante el lapso de suspensión del contrato y hasta la fecha de protocolización de la suspensión y los entregará como parte del pago por concepto del desbalance existente. Estos recursos seguirán destinados al cumplimiento de la obligación contraída con el concesionario, hasta cumplir con la cuantía señalada por el Componedor técnico designado por las partes" (las subrayas y la letra negrita no son del original).

[249] "la totalidad del corredor troncal fue construido y puesto en funcionamiento con el inicio de la implementación del sistema"; "en una longitud superior a los 38,3 KM, superando el estimativo del pliego de condiciones, razón por la cual la Entidad Concedente no ha incumplido en la implantación del sistema Pretroncal"; "De acuerdo con información de la Dirección de Operaciones de Metrolínea S.A. la entidad ha construido más de 100 paradas en todo el sistema, superando ampliamente el estimativo del pliego de condiciones, razón por la cual la entidad Concedente ha cumplido con la implantación del sistema, en cuanto hace referencia a esta actividad".

[250] "La entrada en operación de la Fase II, "estará sujeta al avance y desarrollo de múltiples actividades (…). Consideramos que en el primer trimestre de 2012 estarán resueltos estos temas y en operación la fase II"

[251] "De conformidad con la planeación de la entidad, el inicio de la Fase II se tiene proyectado para el día 2 de julio de 2012".

[252] "[…] se encuentra en operación la totalidad de flota adquirida por los operadores para el SITM; así: 29 Articulados, 102 Padrones y 106 Alimentadores".

[253] " […] 3. Avance en la implementación toral del sistema: Rutas y Flota en operación: En la actualidad se encuentra en operación lla totalidad de flota adquirida por lso operadores para el SITM, así: 29 Articulados, 102 Padores y 106 alimentadores.el sistema se encuentra en implementación con un avance del 47 de la demanda esperada".

[254] "[…] falta por implementar la operación en el Municipio de Girón y la consolidación de servicio en la Ciudadela Real de Minas y el Norte de Bucaramanga"; "El estimado de usuarios para el municipio de Girón está calculado en 65.000 viajes día más los usuarios adicionales que aportaría la consolidación del servicio en el sector de la Ciudadela Real de Minas que puede alcanzar los 15.000 viajes adicionales"; "El estimado de usuarios del Norte de Bucaramanga se calcula en 45.000 viajes día".

En idéntico sentido, los testimonios del señor Jaime Rodríguez quien fue Gerente de Metrolínea[256], la directora del Área Metropolitana de Bucaramanga, doctora Consuelo Ordónez[257], y del señor Freddy Alexánder Cubides, Gerente del concesionario Metrocinco Plus S.A[258]. son explicítos en cuanto a la falta total de implantación y su impacto en los ingresos.

---

[255] "Para la implementación total del sistema falta por incorporar a la operación el Municipio de Girón y el Norte de Bucaramanga. Para iniciar en operación en estos dos sectores es indispensable contar con la Flota Operativa, Infraestructura mínima y las respectivas vías de acceso. En ese orden de ideas la implementación en el municipio de Girón se espera se de en el primer trimestre del 2.014 y en el Norte de Bucaramanga se espera se inicie en el tercer trimestre del 2.014. Adicionalmente a estas dos zonas específicas se espera atender sectores dentro del casco urbano del municipio de Bucaramanga el cual no quedo (sic) contemplado dentro del estudio adelantado".

[256] Dijo: "***CONTESTÓ:*** *(…) encontré que el sistema estaba funcionando en lo que debieron de llamar la primera etapa, en un trece por ciento (13%) con cerca de cuarenta y cinco mil (45.000) a cincuenta mil (50.000) pasajeros de un total esperado del orden de trescientos sesenta mil (360.000) pasajeros;"* ***CONTESTÓ:*** *Otro de los inconvenientes que encontré es que había cien (100) buses que se habían comprado para iniciar lo que se dio en llamar la etapa dos, llevaban cerca de seis (6) meses estacionados en los garajes, en los parqueaderos pero no se habían puesto en circulación"; "¿Nos podría usted ilustrar sobre cuáles y cuántas de esas estaciones de cabecera están operando cuando usted asumió la gerencia, y cuáles que usted tenga conocimiento hoy en día están operando?* ***CONTESTÓ:*** *Ninguna. (…) Para concretarme en dar respuesta, ninguno de los cuatro (4) patios está funcionando en este momento". "****PREGUNTA EL TRIBUNAL:*** *En el pliego se preveía que habría diecinueve (19) estaciones de parada puerta izquierda, cinco (5) estaciones de parada puerta derecha. ¿Cuál era la situación cuando usted asumió la gerencia en términos de la disponibilidad de esa infraestructura?* ***CONTESTÓ:*** *No estaban construidas estas estaciones, (…) cuando terminé mi gestión, listos los elementos para la contratación cuando terminé mi gestión, hoy esas estaciones se están terminando en la ciudad.* ***CONTESTÓ:*** *Correcto. Si, indudablemente analizando los tiempos y las proyecciones de desarrollo del sistema se encontraba que el sistema estaba totalmente atrasado en su desarrollo y por consiguiente las expectativas tanto del recaudador como del concesionario de infraestructura Estaciones, como de los mismos transportadores las expectativas cada vez le generaban más inconvenientes, más angustia, porque si el sistema se nos quedaba en cincuenta mil (50.000) pasajeros que fue lo que recibimos, de un sistema que esteraba tener cerca de cuatrocientos mil (400.000) pasajeros, pues indudablemente el recaudo no les permitía recibir los réditos adecuados o los réditos correspondientes en su flujos de inversión, hicimos todos los esfuerzos que hemos mencionado acá, logramos llegar a ciento cincuenta mil (150.000) pasajeros que, sin resolver la situación de fondo, la fue mejorando, mejoraron todo, mejoraron cada una de las situaciones, pero indudablemente el sistema para poder producir el flujo correspondiente necesitaba estar trabajando en su totalidad, y los tiempos estaban ya corridos, ya fácilmente las estaciones debían haber estado terminadas antes de llegar yo a la gerencia prácticamente, y el sistema y todos los buses debían estar funcionando, eso se fue atrasando poco a poco antes de llegar yo a la administración de Metrolínea"."****PREGUNTA EL TRIBUNAL:*** *¿Durante el tiempo en que usted estuvo a cargo de la empresa de Metrolínea se logró que el sistema cumpliera con su promesa de servicio hacia lo que se llama la zona norte y la zona de Ciudadela Real de Minas?* ***CONTESTÓ:*** *No, no se podía cumplir, por un lado porque la concesión vial que estaba desarrollando el tramo de vía Bucaramanga - Rionegro estaba desarrollando trabajos, por el otro lado porque cada vez que hablábamos de hacer un nuevo pedido de flota los transportadores hablaban de sus condiciones económicas de grandes dificultades, y que además como no estaba construido el portal del norte no había forma de que pudiésemos entrar al norte, se trataba de programar la construcción del norte y a la vez el pedido en el sentido de que un pedido de flota demora cerca de un año en llegar y en implementase, por consiguiente no fue posible en ningún momento entrar a prestar el servicio en el norte ni entrar a prestar el servicio en Girón".*

[257] " ***CONTESTÓ:*** *pues mire la verdad es que el cronograma inicialmente previsto tenía que ver con el cronograma implementación del sistema que como es bien sabido por este tribunal pues se ha ido desplazando, hoy en día no existe un cronograma, estamos a la espera de unos estudios que contrato inicialmente el ministerio de transporte y complemento Metrolínea para el ingreso al norte, lo cual exigirá un pedido de flota adicional y la desvinculación de otros vehículos, pero es importante que este tribunal tenga presente un tema aquí no se va desvincular del 100% de la capacidad trasportadora convencional, el diseño del sistema Metrolínea preveía que el transporte masivo iba a atender el 66% las intenciones de viaje de los usuarios del Área Metropolitana, y el 34% iba a seguir siendo atendido por el transporte público convencional, entonces nunca se ha previsto que el 100% de la capacidad transportadora convencional se elimine (…) yo no podría tener un cronograma de desvinculación del servicio público convencional que no va de acorde con la implementación del sistema masivo, porque estaría dejando a mis usuarios sin servicio, entonces en este momento yo no tengo un cronograma y no tengo un cronograma por que el proceso de implementación que fue delegado al ente gestor pues igualmente digamos no tiene un cronograma de implementación y en los porcentajes que cada una de las empresas se comprometió hacerlo" "****(…)*** *fíjate que cuando inicialmente nosotros llegamos teníamos alrededor de 50.000 pasajeros por día, que estaba atendiendo el sistema. Apenas incluimos la sub etapa 2, subió vertiginosamente a 120.000 pasajeros día. […]"*

[258] Señaló: ***"****Pues cinco años después de haber iniciado operación, su operación regular, pues vuelvo y les digo, solo tenemos un patio taller provisional y no existe más nada(…) "****PREGUNTADO:*** *¿Que incidencia tiene la ausencia de esa infraestructura en el funcionamiento del sistema y concretamente en la captación de la demanda esperada para ese sistema?* ***CONTESTÓ:*** *Básicamente que al no existir infraestructura pues no hay comodidad para el usuario, no hay una operación optima, técnica y adecuada. Aparte de eso se ha generado lo que todos sabemos en Bucaramanga que es la evasión. Al no existir infraestructura la gente no puede o puede pasar de una zona paga a una zona no paga, esto con el gravísimo antecedente, pues la gente está utilizando mucho el sistema sin pagar y esa evasión ha generado muchísimos problemas a la estructura financiera de Metrolínea y de todos sus concesionarios" "****PREGUNTADO:*** *¿Usted nos podría explicar cómo ha incidido esa afectación de la estructura financiera en el funcionamiento del sistema, en relación con los buses, su frecuencia, y la atención a los usuarios dentro del contexto de lo que se había planteado inicialmente?* ***CONTESTÓ:*** *Efectivamente, el sistema, o el contrato que estamos desarrollando hoy en Bucaramanga año 2015, es otro diferente al que principiamos ante las bancas de inversión, lograron hacer el cierre financiero y a los, a las proyecciones que teníamos del sistema integrado de transporte masivo. Hoy tenemos y vemos con gran preocupación el desfase en la demanda, un sistema integrado de transporte masivo es basado en la demanda, en un número de usuarios y hoy no se han dado esos números de usuarios, no se han dado en ninguna de las fases o sus etapas de implementación, siempre ha habido un desfase, ha habido una deficiencia y una falta del número de usuarios en la bolsa de ingresos del*

La experticia de Movilidad Sostenible Ltda., en respuesta al cuestionario de la parte Convocante, es también concluyente en la falta de cumplimiento del cronograma de implantación de la infraestructura en la Fase 1. Indica:

> " 4.1.2 Se ha podido corroborar que el cronograma de implantación de las infraestructuras de la Fase 1 del Sistema Metrolínea previsto en los pliegos de condiciones no se ha cumplido. En el numeral 1.4.3 del pliego de condiciones M-LP001-2008 se presentó el estado de las infraestructuras y el tiempo de entrega estimado de las faltantes. Se estableció que en **junio de 2010** se tendrían disponibles las infraestructuras de la Fase 1, tal como se observa en las siguientes tablas tomadas de los pliegos de condiciones referidos anteriormente.";
>
> "4.1.3. En los pliegos de condiciones M-LP001-2008, numeral 1.4.6 Fases de implantación (página 18) del sistema se consideró la implantación en una única fase con la infraestructura proyectada y una potencial Fase 2 previendo el crecimiento de la ciudad. En la tabla siguiente se muestra la infraestructura programada para la Fase 1 y la que realmente ha sido realizada con fecha de corte (Enero 29 de 2013 - Fecha de respuesta de solicitud de información a Metrolínea M-GER-632-250113). Se aclara que al no tener las infraestructuras completas tampoco se puede tener la implementación de la operación con las condiciones previstas.2 Cabe resaltar que el atraso en las infraestructuras del sistema también aparece reportado en el "Estudio de Evaluación Expost de la Fase I del SITM del Área Metropolitana de Bucaramanga AMB Metrolínea" del Departamento Nacional de Planeación DNP y desarrollado por la empresa SIGMA entregado en Agosto de 2012 (página 14) donde indican que según el avance en infraestructuras el sistema se encuentra en la primera etapa de la Fase 1."

El perito denota el atraso en la entrega de las infraestructuras con retraso en la puesta en marcha de la operación con una provisional que no cumple los estándares de diseño y afecta el programa de implantación.

> "4.1.4. El retraso en la entrega de las infraestructuras tiene como consecuencia directa el retraso en la puesta en marcha de la operación según las fases y condiciones definidas para el nuevo sistema. Si las infraestructuras del sistema no están completas se genera una operación provisional que no cumple con los estándares de diseño previstas en la planificación del mismo, por ejemplo, si no hay patios definitivos se generan deficiencias en la producción de servicios y en el mantenimiento de las unidades. Todo esto deriva en fallas en la operación provisional del sistema y mal servicio para los usuarios. A enero 29 de 2013 (Fecha de respuesta de solicitud de información a Metrolínea M-GER-632-250113) aún no se habían entregado la totalidad de las infraestructuras previstas para la Fase 1 del sistema Metrolínea. Todo esto ha afectado el plan de implantación de la operación, que se definió en los pliegos de condiciones (numeral 1.4.7 de M-LP001-2008) para ser llevada a cabo en los doce primeros meses de la implementación." .
>
> "4.1.6. El atraso en la implantación de las infraestructuras del sistema Metrolínea ha conllevado un retraso en las etapas de implantación de la operación, derivando en la necesidad de improvisación en la implantación de la operación, que estaba prevista para llevarse a cabo en los doce primeros

---

*sistema, y por eso todos hemos visto la afectación financiera de cada una de las concesiones, por eso hoy, Movilizamos S.A y Metrocinco plus S.A. hablo por concesionarios de transporte están en causal de liquidación de sus empresas por las pérdidas que han arrojado el sistema o que hemos tenido en estos cinco años de ejercicio o de operación del sistema. Metrocinco a Diciembre 31 de 2014 con veintiséis mil millones de pesos y Movilizamos con dieciocho mil.""[…] "**PREGUNTADO:** Y en la actualidad, ¿cómo se desenvuelve el acceso de los usuarios al sistema en términos de la posibilidad de disponer de un servicio de transporte dentro de unos horarios que le permitan a esa persona prever que su transporte va a llegar? **CONTESTÓ:** Pues yo con gran preocupación (…) esto genera que no haya un buen nivel de servicio al usuario y que el usuario tenga que utilizar otros medios de transporte porque pues el necesita movilizarse en las horas que él se mueve. Es por eso que hoy vemos el aumento desmesurado de la piratería, de la ilegalidad y de la informalidad. Eso se convirtió en una fuente de empleo que va en contra del mismo sistema y de nosotros los empresarios". "Pero en el mejor de los escenarios movilizamos setenta mil pasajeros, paso el año 2011 bajamos y en el año 2012 hasta la mitad antes de entrar la sub etapa dos, íbamos en cincuenta mil. Cuando ingresa la sub etapa dos que era conectar el Municipio de Piedecuesta, carrera treinta y tres y el sector de Real de Minas, nos subimos a ciento cincuenta mil o ciento cuarenta y ocho mil el mejor día, que prestamos el servicio […]".*

meses de implantación del proyecto (Numeral 1.4.7 Gradualidad de la entrada en operación – Etapas de implementación del pliego de condiciones ML-P-001-2008). Tomando en cuenta que el sistema inició la operación pedagógica en diciembre de 2009 y ya con control por parte del sistema de recaudo en el mes de febrero de 2010 se debería contar con la implementación total de operación de la Fase 1 en el mes de marzo de 2011. A la fecha (Enero 29 de 2013 - Fecha de respuesta de solicitud de información a Metrolínea M-GER-632-250113) aún no están completas las infraestructuras de la Fase 1 definidas en los pliegos de condiciones y se trabaja con un sistema provisional, que no puede cumplir con los estándares de servicio del nuevo sistema (puntualidad, confiabilidad, velocidad de operación)"

En suma el Tribunal encuentra probado que durante la vigencia del contrato se concretó el riesgo de implantación y que Metrolínea incumplió su obligación de hacerla en la totalidad, en el tiempo y forma convenidos, al ser evidente que la puesta en marcha del sistema, ni siquiera en la fecha se ha realizado.

8. Para probar el impacto de la falta de implantación total en la demanda, cubrimiento del servicio durante las Fases, Etapas y Subetapas contenidas en los pliegos de licitación no se observaron porque el sistema no se implantó en las fechas estimadas, en los costos, el costo de oportunidad y el retorno de la inversión del concesionario, el concesionario aportó los dictámenes rendidos por Ikon Banca de Inversión y Movilidad Sostenible. La experticia de Movilidad Sostenible Ltda., señala lo siguiente:

(i) Ausencia de captación de la demanda prevista y retraso en la operación óptima del sistema.

"4.2.1. La implantación deficiente de un sistema de transporte, como ha sido el caso del sistema Metrolínea, hace que no se capte la demanda prevista. La demora en la implantación retrasa la operación óptima prevista en el diseño conceptual del sistema"

4.2.2. Para revisar el impacto de las deficiencias en la implantación del nuevo sistema, cabe recordar que en el Documento Conpes 3552 del 1 de diciembre de 2008 Sistema Integrado de Transporte Masivo para Bucaramanga (página 7), seguimiento y modificación, en el numeral A de Nuevo Esquema operacional y cobertura de la demanda se dice que "la nueva propuesta operacional considera la creación de nuevos servicios pretroncales saliendo de las cuencas alimentadoras principales en el municipio de Floridablanca (pretroncal de la Cumbre y Bucarica) y en el municipio de Bucaramanga (pretroncal de la Carrera 33), aumentando su cobertura al 66% de la demanda de pasajeros movilizados del Área Metropolitana de Bucaramanga, lo que implica la realización de 939.630 abordajes en el AMB y 619.976 abordajes para el Sistema Metrolínea, que traducidos en viajes pagos representan 707.100 en el AMB y 387.446 en el Sistema Metrolínea, para el año 2009". Se menciona que estas estimaciones ya consideran el ajuste de las proyecciones a la demanda realizada por la UIS con fundamento en los resultados del DANE del año 2005 (Anexo 5 del Conpes 3552).

(…) 4.2.4. En el documento Conpes 3552 (página 7) se definió que la captación del sistema Metrolínea en el año 2009 sería de 387,446 pasajeros por día. La realidad muestra que este valor no ha sido alcanzado en ninguno de los años que lleva en operación el sistema. El promedio de pasajeros movilizados en día hábil en el año 2010 fue de 61,934 usuarios que corresponde aproximadamente al 16% de la demanda estimada, en el año 2011 fue de 57,822 que corresponde al 15% de la demanda estimada. En el año 2012 se llegó al 20%, en el año 2013 se alcanzó un 35% de la demanda estimada y en el año 2014 un 34% de la demanda estimada en el Conpes 355.

Cabe mencionar que el Conpes 3552 de 1 de diciembre de 2008 es posterior a la firma del contrato de Estaciones Metrolínea Ltda. del 18 de noviembre de 2008.

"4.2.5. (…) En el año 2013 la demanda medida solo representó aproximadamente el 35% de la demanda estimada que captaría el sistema Metrolínea según los datos del documento de estructuración financiera del proyecto y del documento Conpes 3552 (…)

4.2.6. El 04 de junio de 2012 el organismo de gestión Metrolínea en comunicación a Estaciones Metrolínea Ltda. (Comunicación M-DPL-1085-040612-7023) expresaron que esperaban para el 02 de julio de 2012 con la implantación que denominan Fase II un total de 150.000 pas/día y que esperaban con la implantación de la Fase II para finales del año 2013 un total de 250.000 pas/día (Esta denominación de fases no coincide con lo establecido en el contrato). Expresamente dicen: *"En consecuencia, conforme la información previa señalada, a la implementación final del sistema se proyecta una cifra de usuarios cercana a los 250,000. Esta implementación total del sistema se tiene proyectada aproximadamente a finales de 2013".* En ese mismo documento expresan "*Es importante precisar que frente a los estudios iniciales y de acuerdo a las últimas actualizaciones de los mimos adelantados por la UIS se encontró que por efectos del incremento del parque automotor (motos) las expectativas de viajes han disminuido de cerca de 50.000 viajes día a cerca de 460.000 viajes día lo que afectó la proyección de viajes día al pasar de 380.000 usuarios día a 300.000 usuarios día"* Cabe mencionar, que no se aclara la diferencia entre los 250,000 pas/día del numeral 3 y los 300,000 usuarios día del numeral 5 de dicha comunicación.

En el documento técnico de la UIS del año 2007, se presenta un diseño del sistema que incluye a Bucaramanga, Floridablanca, Girón y Piedecuesta y una propuesta de entrada por fases y etapas. Además de la programación de la construcción y adecuación de infraestructuras, en este tipo de planes, las fases y etapas de implementación del nuevo sistema se definen en función de entrada de las nuevas rutas y la flota nueva respectiva con el consecuente retiro de las rutas y flota del sistema tradicional. Las estimaciones de demanda pueden verse afectadas si las condiciones previstas no se cumplen. Si no están listas las infraestructuras, si no se ponen en funcionamiento las rutas con la flota prevista y si no se retiran las rutas y flota del sistema remanente, las metas de captación de demanda tienen alta probabilidad de no cumplirse. Es decir, con mayor oferta del nuevo sistema reemplazando el sistema convencional se debería incrementar la demanda captada. En el caso del sistema Metrolínea se observa como a partir de octubre del año 2012 con un mayor número de flota del nuevo sistema se incrementó la captación de pasajeros.

4.2.7. Los datos de demanda real se obtienen del registro diario que se realiza con el sistema de recaudo de Metrolínea. Los datos también han sido totalizados por mes para observar la variación mensual de los pasajeros. En la figura y tabla siguientes se muestran los datos de demanda registrada por el sistema Metrolínea.

4.2.8. La demanda realmente captada por el sistema Metrolínea es menor a la demanda proyectada en el documento de estructuración financiera del proyecto (UIS Unión Temporal Equity Invesment SAIP) y por tanto los ingresos del sistema también son menores. Para fines de comparación y análisis, la demanda no captada se estima para el período comprendido entre el 1 de noviembre de 2009 y el 12 de octubre de 2012 que corresponde a la fecha de inicio de remuneración según el contrato (cláusula 31) y la fecha de terminación anticipada del contrato. (…) Para el año 2009, la estructuración financiera consideró un período de nueve (9) meses comprendidos entre los meses de abril y diciembre. Para ser compatible con el inicio de la remuneración establecida en el contrato, para el año 2009 se consideran únicamente los meses de noviembre y diciembre de 2009. De este modo la tabla anterior, quedaría de la siguiente manera. (…) De este modo, para revisar la demanda estimada para el sistema Metrolínea se incluye un factor de ajuste tomando en cuenta los registros históricos del DANE. Este factor considera la disminución general de la demanda de transporte público colectivo que ha registrado el DANE año a año (por ejemplo, Factor 2010 = Pas 2009/Pas2010) en la ciudad de Bucaramanga. El factor corrige las estimaciones realizadas considerando la pérdida de demanda por usuarios que decidieron tomar otros modos para sus viajes.Para estimar la demanda no captada por las deficiencias en la implantación se considera la captación proyectada ajustada menos la demanda real medida por el sistema de recaudo

Tabla 1. Estimación de demanda perdida

Ítem	2009	2010	2011	2012	Acumulado

Proyectado en estructuración financiera	19,625,952	121,081,032	119,372,817	100,792,488	
Factor de ajuste por disminución de demanda según registro DANE	0.96	0.85	0.95	0.94	
Captación proyectada ajustada (A)	18,932,231	102,956,387	113,897,524	95,046,013	
Demanda medida (*) (B)		17,216,256	18,405,762	15,986,526	
Demanda No Captada (A-B)	**18,932,231**	**85,740,131**	**95,491,762**	**79,059,487**	**279,223,611**

(*) Datos del sistema de recaudo
Fuente: Elaboración propia con datos existentes

La demanda no captada por el sistema Metrolínea se atribuye a las deficiencias en la implantación prevista. Tal como se ha expresado antes, si las infraestructuras no se construyen o adecuan, si no se ponen a funcionar las rutas con la flota respectiva y si no se retira la oferta de rutas y flota del sistema convencional que se sobrepone, las estimaciones de demanda que se pronostican tienen alta probabilidad de no cumplirse. Las estimaciones de la UIS para el año 2013 (Comunicación M-DPL-1085-040612-7023) afirman que una vez corregidos los datos de pronósticos de estudios anteriores, se llegaría a una captación de demanda de aproximadamente 300,000 pasajeros por día hábil en el sistema Metrolínea. En los registros de demanda real se encontró que este valor fue de 134,648 pasajeros por día hábil, es decir, aproximadamente el 55% menos de lo pronosticado. La explicación de esta diferencia se explica porque el sistema no ha sido implantado como estaba previsto.

4.2.9.(…) Entre las causas de disminución de la demanda está la mala operación del transporte colectivo. Al no tener buen servicio la demanda se va del sistema de transporte público para otros modos"

(ii) El impacto en la demanda prevista y alcanzada.

En el documento CONPES 3260 de diciembre 15 de 2003, se preveía ya el impacto que el aumento del uso del automóvil podía tener sobre el sistema de transporte colectivo, allí se verificaba que "El crecimiento de las ciudades, la motorización y la expansión del área urbana le generan crecientes desafíos al sistema de transporte, al punto que las soluciones que adopten las ciudades al respecto pueden condicionar su competitividad futura en un sistema económico crecientemente globalizada.

"4.3.1. El sistema Metrolínea no se implementó según lo previsto en los pliegos de condiciones de la concesión y la implicación directa es que no alcanzó los valores de demanda estimados. Los valores de referencia de captación que se esperaba están en el numeral 1.4.7 de los pliegos donde se indicó que la captación del sistema seria del 53% de la demanda del AMB con la Etapa 1 y que alcanzaría el 62% con la Etapa 2. Con la Etapa 3 se esperaba una captación del 66%. La realidad muestra que en el año 2013 solo alcanzó el 35% de la demanda proyectada en los pliegos.

4.4.2. La implantación incompleta ha hecho que la captación de la demanda sea inferior a la esperada con la consecuencia de menores ingresos para los concesionarios 4.4.5. Las fallas en la implantación del sistema derivan en deficiencias en la operación. La deficiencia en la operación lleva a menor captación de pasajeros porque se deteriora el servicio. Un parámetro que sirve para verificar las deficiencias en el servicio es el índice de cumplimiento. Es decir, de los servicios planificados cuántos se cumplen realmente. En general, solo el 65% de los servicios planificados se cumplieron en la semana del 20 al 26 de octubre de 2013. En las rutas alimentadoras se observa el mayor índice de incumplimiento de la programación de los servicios planificados para la semana (59%) mientras que en pretroncales y troncales es de aproximadamente el 80%. Las figuras siguientes muestran la diferencia entre servicios programados y realmente ejecutados en la semana del 20 al 26 de octubre de 2013 corroborando las fallas en operación que se derivan de fallas en la implantación".

La experticia financiera rendida por IKON Banca de Inversión S.A.S., cuantifica los perjuicios bajo un escenario A *"con la demanda estimada de implementación a partir del Informe de Perito de Implantación Experto Transporte"* y un escenario B "*con los datos ajustados por UIS tomados de la comunicación de Metrolínea M-DPL-1085-04061270-23 de Junio 4 de 2012 y del Informe de Perito de Implantación Experto Transporte.*", en las sumas de COP$ 51,282,575,484 y COP$ 33,400,534,825, respectivamente. (Respuesta a las Preguntas No. 4 y 5), e incluye un Anexo del Procedimiento para contestar cada uno de los escenarios propuestos.

Respecto de ambos escenarios se basó en el dictamen de Movilidad Sostenible, y en el B, en éste y en la comunicación *Metrolínea M-DPL-1085-04061270-23 de Junio 4 de 2012 ("Usuarios por día").*

La Parte Convocada, contradice la experticia de Movilidad Sostenible, con la siguiente argumentación:

(a) Las causas originarias de la baja demanda no sólo atañen al riesgo de implantación, sino al cambio de hábitos de los usuarios y a la piratería o transporte informal, como señaló el dictamen en respuesta a la pregunta 4.4.3., reconoció el Ingeniero Pipicano Chicangana, representante legal de Movilidad Sostenible Ltda, al indicar la presencia de causas y variables diversas a la implantación del sistema que afectan la demanda, sin haberlas estudiado ni determinado su incidencia, tampoco la causa exacto.

> ***"Jorge Santos****: Muy bien ingeniero, entonces, si entiendo su respuesta: la presencia de esas variables garantiza la demanda, eso quiere decir que ningún otro factor exógeno puede afectar la demanda.* ***Ingeniero Pipicano Chicangana****: No, hay otros factores exógenos que podrían afectar la demanda.* ***Preguntado:*** *Entonces definitivamente la demanda del transporte masivo depende del cumplimiento de las estructuras y planificación de los viajes y rutas, etcétera, pero en alguna medida también depende de factores externos al sistema de transporte masivo como los gustos de las personas o las otras alternativas de transporte, ¿es correcta mi entendimiento?* ***Contestó:*** *Si, digamos hay una, digamos los modos de transporte no tienen un contrato de fidelidad con los usuarios, eso hay que tener claro, o sea yo no puedo obligar a un usuario que es que este va en bus porque le puse el bus, eso no funciona así, usted va en taxi porque es qué lo obligo en taxi, no funciona así, funciona con una competencia por la demanda, un servicio que uno ofrece, esas variables son las que definen como capto mis usuarios, como traigo gente para este sistema y lo que la gente quiere es servicio, lo que cualquier persona quiere es servicio y servicio es lo que cada usuario interpreta de un costo realizado, que es como decía antes, es el tiempo de espera, el tiempo de viaje, la velocidad, con la que vaya lo más rápido posible, el confort o sea en buses cómodos, razonables, nuevos, y la tarifa, digamos es lo que hace a una persona tomar la decisión de que ese es el modo que me conviene. "[El usuario] <u>se pasa al moto-taxismo,</u> al modo bicicleta, a pie, en auto, porque el sueño de uno es pasarse a un auto, y por eso se aumenta la motorización. Pero por qué la gente se pasa a otros también porque mejoró la condición económica de una ciudad. <u>O sea, mejoró la condición económica y pues el sueño, aunque todavía hacemos un</u>*

esfuerzo en culturizar a la gente que el auto no es la mejor manera de movilizarse, pues todo el mundo quiere tener su auto, un profesional sale y quiere tener su auto. Porque todavía lo vemos como status, entonces, si toda la gente mejorara su situación económica pues, aunque tengamos buen servicio. Países desarrollados tienen buen servicio de bus y la gente tiene auto, por la condición económica, entonces la condición económica también influye a que perdamos algunos usuarios de transporte colectivo. Entonces, no es solo, hay algunas variables que pegan menos, pues, pero que podrían también impactar el modo de transportación (32:55). Y por eso la política quiere, digamos una política de transporte no quiere que la gente no compre auto, pues porque es una condición económica buena ¿Qué quiere? Que haga uso racional del auto, que los viajes que son del día a día sean en un sistema de transporte público que le responda así a la gente. Para un viaje ocasional del fin de semana con la familia, pues, debería ser el auto porque va la familia, va a un restaurante, es un gusto que tiene que darse la gente que sí mejora la condición económica" [259]

Estas causas las admitió el perito, reconoció que no analizó su impacto y *"que lo único que usó para tasar la influencia de otras posibles bajas en la demanda fue la información del DANE*", acudiendo a inferencias y no a datos reales. Aceptó variables externas sin considerar las mejoras del crecimiento económico de la ciudad, y puntualizó que no determinó la influencia ni el nexo causal del moto-taxismo en la reducción de la demanda, cuyo control está a cargo de las autoridades de tránsito diferentes a Metrolínea, y socias de ésta.[260]

***"Jorge Santos**: Bueno, entonces ¿Dónde está el límite de la relación entre demanda e implantación y la relación entre demanda y esos factores exógenos? ¿Dónde puedo saber yo qué porcentaje de la demanda se disminuye como consecuencia de los problemas de implementación, o de implantación, y qué porcentaje de la demanda se disminuye por otros factores?*

Ingeniero Pipicano Chicangana**: Exactamente, digamos, esa es una pregunta interesante, ¿cómo hacemos para estimar cuánta demanda se nos perdió por déficit en la implantación y cuánta demanda se debió a otros factores? Miren, cuando se hace la planificación del sistema lo que se quería era revertir esa curva que venía bajando, pues, pongámosla (SIC) a que los usuarios de transporte público suban. En un caso conservador que por lo menos se mantenga esa proporción de viajes. Eso es el concepto base de estos sistemas. Cuando uno mira la proyección del DANE que mantiene la curva de descenso, o sea, si yo no demuestro nada la curva de descenso seguiría bajando. El pronóstico es que con el nuevo sistema se mantiene o sube, entonces, **asumimos que todavía ese descenso de la

[259] Estas causas, dice las reconoció igualmente la doctora consuelo Ordóñez en su testimonio:"*Jorge Santos: ¿Qué factores distintos a los que ya ha mencionado aquí pueden afectar la demanda del sistema transporte masivo?. Consuelo Ordoñez: No solamente en Bucaramanga en todo el país el incremento del parque automotor ha sido uno de los factores que ha generado la reducción de demanda del servicio público de transporte, particularmente por los servicios de transporte masivo, pero también convencionales, incluso tipo taxi individual, no. El incremento vertiginoso exponencial en el número de vehículos y motocicletas particularmente es un tema que realmente ha mermado a nivel nacional la utilización del servicio público de transporte e igualmente la presencia de sistema de transporte informal, llámese vehículo particular prestando servicio público, llámese un taxi prestando servicio colectivo o llámese moto taxi, situaciones que unidas a la gran cantidad de vehículos que se matriculan todos los días en la direcciones de transito de los cuatro Municipio generan obviamente que haya una migración del número de pasajes que inicialmente se tenían previstos, hacia otras formas de atender las necesidades de movilización la comunidad, incluso de alguna manera muestra la elevación en el nivel de vida, que los países en vías de desarrollo creemos que es así, un país más desarrollado en general no es aquel en donde todo el mundo tiene vehículo, sino aquel en donde todos usan el servicio público porque tiene muy buena calidad, porque le da toda la pertinencia, toda la comodidad al usuario, pero aquí en Colombia una muestra estatus es tener moto y después migrar a carro, no, es contrario a lo que los economistas analizamos como indicadores de desarrollo de una sociedad, pero desafortunadamente aquí usted estudia y empieza a medio trabajar quiere tener moto."*

[260] ***"Jorge Santos:** Entonces ¿En los cálculos que usted hace en el dictamen, o que hace Movilidad Sostenible bajo su cuidado, se tuvo en cuenta ese porcentaje de la demanda que capta el moto-taxismo y que no depende de los problemas de implantación del Sistema Metrolínea? **Ingeniero Pipicano Chicangana:** No, porque eso es un estudio de movilidad integral.* (Subraya fuera del texto original)

***proyección de demanda se debió a otros factores que no podemos explicar**, por eso corregimos entre el pronóstico que teníamos que era conservador, un poco, con un crecimiento mínimo de tiempo y lo que se encontró con el DANE, o sea esos factores externos que venía el DANE acumulando en su histórico, se corrigió el dato ahí, como un porcentaje de lo que esperaba. Con la información del DANE fue la forma que teníamos de saber que **había una variable externa que no podíamos explicar que siguió haciendo su impacto en el sistema**."* En cuanto a la piratería o transporte informal, el moto-taxismo, expresó: ***"Ingeniero Pipicano Chicangana:** (…) En Bucaramanga parte puede deberse a nuestra deficiencia del transporte colectivo y la otra parte que también está asociado a estos transportes informales es que la gente vea la oportunidad de trabajo ahí, hay un problema social a través de eso también, pero también satisfaciendo una demanda de viaje. **Jorge Santos:** Entonces esa segunda parte que usted menciona ahí que es el pedazo donde el servicio informal atiende a una forma de obtener empleo y digamos a otros factores diferentes a la deficiencias del transporte formal, qué tanto pesan en la demanda global de transporte de Bucaramanga? **Ingeniero Pipicano Chicangana:** Bien, digamos que el indicador que podemos decir aquí es que algún porcentaje de la demanda que no se vino al transporte público o se está yendo puede estar en esos modos. Entonces estarán la moto, como auto particular. ¿Cuánto pesa? Es difícil sin tener un estudio detallado del fenómeno, del fenómeno del moto-taxismo acá.* (Subraya fuera del texto original)

***"Preguntado:** Esa segunda parte que Usted menciona ahí, que es el porcentaje del servicio informal atiende a una forma de obtener empleo y a otros factores diferentes a las deficiencias del transporte formal ¿qué tanto pesan en la demanda global de transporte de Bucaramanga? **Contestó:** Bien, digamos que el indicador que podemos decir aquí es que algún porcentaje de la demanda que no se vino al transporte público o se está yendo, puede estar en esos modos, otros estarán en moto como su auto particular, ¿Cuánto pesa difícil sin tener un estudio detallado del fenómeno del mototaxismo acá? Pero en nuestro sistemas siempre que podamos dar un buen servicio del transporte colectivo, la gente estaría acá, ¿por qué? porque hay condiciones de seguridad que ese servicio no puede ofrecer, hay condiciones de calidad del transporte que él no me puede ofrecer, sobre todo la parte de seguridad, yo creo que si uno tiene la alternativa de despachar a un hijo en un transporte formal o en mototaxi, yo digo que yo como padre de familia prefiero en el bus que tiene una estructura, una empresa, un respaldo detrás del servicio, ¿en un mototaxi no sé? Entonces por eso el transporte formal es la alternativa, si están es porque no tenemos el otro servicio.*

***Preguntado:** Entonces en las cálculos que Usted hace en el dictamen, o que hace Movilidad Sostenible en dictamen pericial bajo su cuidado, ¿se tuvo en cuenta ese porcentaje de la demanda que capta el mototaxismo y que no depende de los problemas de implantación del Sistema Metrolínea? **Contestó:** No porque eso es un estudio de movilidad integral, nosotros solo miramos el impacto, o sea los usuarios movilizados en nuestro sistema, si me dice ¿cuántos están en el transporte y cuantos en mototaxi? No lo sabría porque eso hace parte de un plan de movilidad que no es del alcance de este peritaje.*

***Pregunta apoderado de la parte convocada:** Es decir, lo que Usted calculo entre lo esperado y lo real y digamos y que usted le atribuye el impacto a los problemas de implantación ¿no tiene en cuenta otras situaciones que hubieran podido afectar la demanda? **Contestó:** Hicimos un ajuste en cuanto a ese comportamiento general que tenía la ciudad asumiendo que… puede ser que la demanda del transporte público venía disminuyendo por la mejora económica de la ciudad, podría hacer, o porque otro modo, surgió un modo muy exigente y nos está quitando la demanda del transporte, ese ajuste lo hicimos, pero específicamente que de ese porcentaje que quitamos, este porcentaje es del mototaxismo, este porcentaje compro autos, no lo sabemos porque no tenemos un estudio de movilidad que refleje esa instrucción del excedente".*

(b) El dictamen no indicó la relación de causalidad entre la baja demanda y la indebida implantación, sino que partió y dedujo sin análisis estadístico alguno, ni soporte las respuestas en la respuesta 4.2.28 y en la página 25 *"que la indebida de implantación tiene una alta probabilidad de afectar la demanda":*

***"Jorge Santos**: ok, volviendo a ese mismo punto que veníamos leyendo, usted habla de alta probabilidad de no cumplirse, usted nos puede explicar ¿Qué significa esa alta probabilidad? Y ¿Cómo se calcula técnicamente, a través de porcentajes, datos estadísticos, no sé?*

***Ingeniero Pípicano Chicanngana**: Cuando uno hace una estimación de cómo queda la gente en un sistema de transporte, porque en el caso de Bucaramanga en esta primera etapa, teníamos rutas del sistema convencional en algunas zonas de la ciudad y rutas del nuevo sistema donde entraría el sistema Metrolínea, ahí uno distribuye la demanda, por eso mira, por eso la demanda de la ciudad no son los 380.000 que estimaba el CONPES, son más, o sea, la demanda total de la ciudad de viajes en transporte colectivo al momento de la planificación no son los 387.000, son más. Son los 500.000 algo así, no recuerdo ahí, son más de los 387.000. Qué decíamos, con este sistema, la captación va a ser 380.000, sin embargo 120.000 quedan en este remanente, en las otras rutas del sistema que quedaban en su momento. Cuando yo no quito rutas del sistema entonces la demanda se distribuye, unos usarán las rutas antiguas, y otros el nuevo sistema. Esa competencia que existe por estas rutas paralelas está en función de las frecuencias que pueda dar el otro sistema y de mi frecuencias, entonces tenemos varios corredores, por ejemplo, el corredor de Cali, el de la avenida tercera, teníamos una frecuencia del sistema MIO de buses cada 6 minutos, mientras que el transporte colectivo está pasando cada 30 segundos, entonces la probabilidad es esa. Cómo se distribuye, pues el que tiene más oferta tiene más demanda. Aquí en este caso pasa igual, según la oferta que tenga es mi probabilidad de captar usuarios y es la proporción en cuanto a la oferta. Si hablamos en términos de buses un factor relevante aquí. Si tengo (…)".*Agrega que Estaciones Metrolínea en comunicación de 10 de junio de 2011 sin número (Anexo 44 de la demanda, primer documento del tomo II de la versión virtual de ese documento), reconoció las causas de la baja demanda, al indicar: *"8.1. (…) Con lo anterior se concluye que los niveles de demanda están del orden del 15% de lo que se estimó por parte de Metrolínea. 8.2 Parte de la explicación de la extraordinariamente baja demanda del Sistema está dada por el hecho de que la autoridad de transporte, el Área Metropolitana de Bucaramanga, no ha adoptado en conjunto con los alcaldes de los Municipios que la conforman, las medidas policivas tendientes a evitar fenómenos totalmente ilegales tales como el mototaxismo, el taxi colectivo, el fenómeno conocido como 'urbaneo' consistente en que los vehículos de transporte intermunicipal prestan sus servicios como transporte colectivo y, por último, la piratería. (…) 8.4. Dados los niveles de demanda del Sistema respecto de lo estimado por todos los partícipes del Sistema y por Ente Gestor y sus consultores, los actuales niveles constituyen ciertamente un hecho absolutamente extraordinario que el Concesionario no está obligado a soportar y, en tal medida, se le deberá restablecer el equilibrio económico del Contrato de Concesión"*

(c) El dictamen se basó en documentos CONPES posteriores al proceso de planeación, contratación y firma del Contrato para medir el impacto de la demanda, en particular el Documento 3552, como expresa sus respuestas 4.2.5 y 4.2.6.[261]

[261] ***"Preguntado:** En el numeral 4.2.2 del dictamen, página 21 del dictamen, no sé qué número de folio, estará dice "para revisar el impacto de las deficiencias en la implantación del nuevo sistema cabe recordar que en el documento Conpes 3552 de 01 de diciembre 2008**,** Sistema Integrado de Transporte Masivo para Bucaramanga, seguimiento y modificación en el numeral A" y sigue una explicación de los datos de los pasajeros, ¿Cierto? **Contestó:** Si señor. **Pregunta apoderado de la parte convocada:** A su vez en el 4.2.3 nuevamente se refiere a las proyecciones de demanda realizadas en el documento Conpes 3552, asume un plan de implantación y de operación eficiente del nuevo sistema, de nuevo en el 4.2.4 se refiere a que en el documento Conpes, pagina 07, se definió la captación del sistema Metrolínea en el año 2009, pero se definió que la captación del sistema Metrolínea en el año 2009 sería de 387.446 pasajeros por día, y luego el siguiente párrafo nuevamente se refiere al documento Conpes y en el 4.2.5 nuevamente dice las deficiencias en la implantación de la fase uno del sistema Metrolínea derivaron en menor captación de demanda respecto a la prevista en los pliegos de condiciones y estudios relacionados que sirvieron de base para la estructuración del proyecto, pero luego a renglón seguido dice: "en el año 2013 la demanda a medida, solo representó aproximadamente el 35% de la demanda estimada que captaría el Sistema Metrolínea, según los datos del documento de estructuración financiera del proyecto y el documento conpes 3552, entonces yo quisiera que usted me explicara **¿cómo puedo yo afirmar que existe una deficiencia en el plan de implantación de acuerdo con la demanda prevista en los pliegos de condiciones, pero tomó como base para hacer mi comparación un documento que es posterior a los pliegos de condiciones? Contestó**: Digamos en el proceso de planificación de los Sistemas Integrados de Transporte parte de una base, de unos estudios técnicos que están reflejados en el pliego Conpes de 2004, esa fue la base para toda la comunicación del sistema, a partir de ahí se definen las infraestructura, las inversiones en flota y se hace la proyección de rutas, y del sistema en general para transformación de la ciudad, cuando avanzaron el proceso y ahí definieron el primer plan de implantación, cuando arranca el sistema en unas etapas y hasta estar completo, a medida que avanza el sistema, cuando ya tenían los componentes andando hacen un nuevo Conpes, ese nuevo Conpes permite a ellos… normalmente esos Conpes se hacen para reprogramar implantación de obra e inversiones, pocos son los casos en que acuden a realizar demanda, en los Conpes de actualización, en este caso también revisaron la demanda, entonces había una demanda de la base inicial y ya ahí plantean un ajuste de demanda para esta otra fase, por eso tienen ellos una demanda del primer Conpes, y ya plantean otra demanda en el segundo Conpes. "*

(d) El perito se contradijo al indicar en la respuesta 4.2.6 la alta probabilidad de no cumplirse la captación de demanda por la deficiente implantación, y al expresar en su declaración que no puede asegurarla.[262]

Del mismo modo, precisa que el dictamen de Ikon partió de la premisa de una "*garantía de demanda mínima"* y se basó en la experticia de implantación, por lo cual, no es confiable, carece de eficacia probatoria y debe absolverse de cualquier condena a Metrolínea.

9. Tal como indica el dictamen de parte rendido por Movilidad Sostenible y reconoció el perito, la demanda puede afectarse por "*otros factores exógenos*", diferentes de la falta de implantación, *verbi gratia,* el transporte informal o "piratería", el moto-taxismo", el crecimiento económico, la "mala operación del transporte colectivo", etc. Es asímismo claro que el perito como dijo, en sus cálculos no consideró "*ese porcentaje de la demanda que capta el moto-taxismo y que no depende de los problemas de implantación del Sistema Metrolínea", en cuanto "eso es un estudio de movilidad integral".*

El riesgo de implantación conforme se acordó por las partes (cláusulas 2.73 y 24.1), comprende la contingencia del impacto en los costos, el costo de oportunidad y el retorno de la inversión, por *"factores internos o externos al Sistema Metrolínea, que dificulten, retrasen o dilaten el proceso de implantación o puesta en marcha del mismo*".

El transporte informal, la piratería, el "moto-taxismo", el "taxi colectivo", el "urbaneo", el cambio de hábitos de los usuarios, el crecimiento económico, pueden considerarse como factores "*internos o externos*" al Sistema Metrolínea.

---

[262] ***"Preguntado:*** *Entonces definitivamente la demanda del transporte masivo depende del cumplimiento de las estructuras y planificación de los viajes y rutas, etcétera, pero en alguna medida también depende de factores externos al sistema de transporte masivo como los gustos de las personas o las otras alternativas de transporte, ¿es correcta mi entendimiento?* ***Contestó:*** *Si, digamos hay una, digamos los modos de transporte no tienen un contrato de fidelidad con los usuarios, eso hay que tener claro, o sea yo no puedo obligar a un usuario que es que este va en bus porque le puse el bus, eso no funciona así, usted va en taxi porque es qué lo obligo en taxi, no funciona así, funciona con una competencia por la demanda, un servicio que uno ofrece, esas variables son las que definen como capto mis usuarios, como traigo gente para este sistema y lo que la gente quiere es servicio, lo que cualquier persona quiere es servicio y servicio es lo que cada usuario interpreta de un costo realizado, que es como decía antes, es el tiempo de espera, el tiempo de viaje, la velocidad, con la que vaya lo más rápido posible, el confort o sea en buses cómodos, razonables, nuevos, y la tarifa, digamos es lo que hace a una persona tomar la decisión de que ese es el modo que me conviene.*

El peritazgo establece el "promedio de pasajeros por día de la semana" validado en el sistema de recaudo con datos reales (Tabla 6); la equivalencia en días sábados y domingos (Tabla 7), determina los datos reales de demanda con el registro diario del sistema de recaudos, su captación mes a mes entre 2009 a junio de 2014 (figura 7, Tabla 8), y la compara con la proyectada en "el documento de estructuración financiera del proyecto (UIS Unión Temporal Equity Invesment SAIP)", estableciendo la captación considerada en la estructuración financiera (Tabla 9), corrige la del año 2009 considerando los meses de noviembre y diciembre de 2009 (Tabla 10), haciéndola compatible con el inicio de la remuneración; reseña los registros históricos del DANE año a año desde 2005 y la tendencia a la disminución en el Area Metropolitana de Bucaramanga, procediendo a incluir un "factor de ajuste tomando en cuenta los registros históricos del DANE" que considera la disminución de demanda registrada por el DANE, para "estimar la demanda no captada por deficiencias en la implantación del sistema" según la "captación proyectada ajustada menos la demanda real medida por el sistema de recaudo" (Tabla 11) durante 2009, 2010, 2011 y 2012; indica que las "estimaciones de la UIS para el año 2013 (Comunicación M-DPL-1085-040612-7023) afirman que una vez corregidos los datos de pronósticos de estudios anteriores, se llegaría a una captación de demanda de aproximadamente 300,000 pasajeros por día hábil en el sistema Metrolínea. En los registros de demanda real se encontró que este valor fue de 134,648 pasajeros por día hábil, es decir, aproximadamente el 55% menos de lo pronosticado. La explicación de esta diferencia se demuestra porque el sistema no ha sido implantado como estaba previsto"; compara la demanda del DANE y las proyecciones del modelo financiero para Metrolínea (Figura 9), concluye la implantación incompleta, y analiza las fallas presentadas y su impacto.

No obstante señala el perito en su experticia que "*La demanda no captada por el sistema Metrolínea se atribuye a las deficiencias en la implantación prevista",* y que ante su deficiencia *"las metas de captación de demanda tienen alta probabilidad de no cumplirse", "las estimaciones de demanda que se pronostican tienen alta probabilidad de no cumplirse"*. En su declaración indicó que la presencia de las variables definitorias de la implantación no garantizan la demanda, precisamente por la existencia de otros factores exógenos que podrían afectarla.

En suma el Tribunal encuentra probado que durante la vigencia del contrato se concretó el riesgo de implantación y que Metrolínea incumplió su obligación de hacerla en la totalidad, en el tiempo y forma convenidos, al ser evidente que la puesta en marcha del sistema, ni siquiera en la fecha se ha realizado. Está igualmente demostrado que las proyecciones de demanda, cubrimientos del servicio durante las Fases, Etapas y Subetapas contenidas en los pliegos de licitación no se observaron porque el sistema no se implantó en las fechas estimadas.

El cálculo de la reducción de la demanda como consecuencia de la deficiente o falta de implantación total del sistema Metrolínea en la experticia de Movilidad Sostenible, según lo advierte, se muestra como probable, parte de los valores de referencia de captación señalados en el numeral 1.4.7 de los Pliegos de Condiciones conforme al cubrimiento del servicio, las proyecciones de la estructuración financiera para los años 2009, 2010, 2011 y 2012, el documento Conpes 3552 del 1 de diciembre de 2008, "posterior a la firma del contrato de Estaciones Metrolínea Ltda. del 18 de noviembre de 2008" e "incluye un factor de ajuste tomando en cuenta los registros históricos del DANE" que "considera la disminución general de la demanda de transporte público colectivo que ha registrado el DANE año a año (por ejemplo, Factor 2010 = Pas 2009/Pas2010) en la ciudad de Bucaramanga. El factor corrige las estimaciones realizadas considerando la pérdida de demanda por usuarios que decidieron tomar otros modos para sus viajes", y es la base de la experticia de IKON, pero no permite establecer con grado de certeza el monto preciso del verdadero impacto económico que se reclama, al no existir certeza de la exacta y verdadera reducción de la demanda originada en la deficiente implantación. Es un dato probable, más no exacto que no ofrece al Tribunal la certeza suficiente sobre el impacto en los costos, el costo de oportunidad y el retorno de la inversión, ni satisface la exigencia de que el perjuicio debe ser cierto y preciso, determinado o determinable, requisitos que no se encuentran satisfechos en el proceso.

Por esto, al basarse el dictamen financiero de Ikon Banca de Inversión S.A.S. en los cálculos del peritaje técnico de implantación para el Escenario A, en éste y en la comunicación de Metrolínea M-DPL-1085-04061270-23 de Junio 4 de 2012 (*"Usuarios por día"),* para el Escenario B, no se ofrece la certeza suficiente para determinar el impacto económico real a consecuencia de la falta de implantación del sistema.

La comunicación M-DPL-1085-04061270-23 de Junio 4 de 2012 de Metrolínea S.A, utilizada por IKON Banca de Inversión S.A.S. en los cálculos de usuarios día y también considerada en su experticia por Movilidad Sostenible (4.2.6.), como antes se dijo al reseñar las comunicaciones cruzadas entre las partes, confirma la falta de implantación total del sistema en la forma y oportunidad contemplada en los pliegos, estima "el incremento de pasajeros" con la implantación de la "Fase II" – que en rigor corresponden a las distintas etapas y subetapas de la Fase I,- informa el "*plan de implementación total del Sistemas Metrolínea, fases próximas a entrada en operación de portales"* bajo el esquema operacional propuesto, "*incrementando los usuarios en una cifra cercana a 43.000 usuarios día adicionales",* en el tercer trimestre "*se podrá* implementar la prestación del servicio al municipio de Girón y la totalidad de la ciudadela Real de Minas, donde *se espera* un incremento de usuarios cercano a los 55.000 usuarios día adicionales ", "*el crecimiento proyectado en lo que resta del año 2012, y años siguientes hasta llegar a la implementación total del sistema" para un total de 150.000 usuarios", que "conforme la información previa señalada, a la implementación final del sistema se proyecta una cifra de usuarios cercana a los 250,000. Esta implementación total del sistema se tiene proyectada aproximadamente a finales de 2013",* indica la demanda real de pasajeros con corte a Abril 30 de 2012, ingresos, kilométros y egresos, y frente al interrogante del funcionamiento del sistema y cambios aplicar *"para que la demanda llegue a los valores proyectados en el CONPES 3552 y estructuración inicial", considera "importante precisar que frente a los estudios iniciales y de acuerdo a las últimas actualizaciones de los mimos adelantados por la UIS se encontró que por efectos del incremento del parque automotor (motos) las expectativas de viajes han disminuido de cerca de 50.000 viajes día a cerca de 460.000 viajes día lo que afectó la proyección de viajes día al pasar de 380.000 usuarios día a 300.000 usuarios día"* y, la eventual incorporación del 34% de rutas convencionales al sistema para una cobertura del 100%. Como se observa la comunicación no brinda una información consistente (p.ej, discordancia de las Fases I y II contempladas en los pliegos, datos 250.000 y 300.000 pasajeros días para el año 2013), con el grado de certeza necesaria al respecto. Entiéndese que el Tribunal frente a la carencia de un dato que le suministre la suficiente certeza, no le es factible imponer una reparación con datos que se "esperan" y no son consistentes.

En resumen verifica el Tribunal que el peritaje financiero, basado en el de Movilidad, realiza sus cálculos sobre la base de la demanda estimada, lo que resulta impropio,

pues esa demanda no estaba garantizada ni comprometía a la licitante, y así lo aceptó la proponente. Lo que cubre el riesgo de implantación es el impacto en los costos, en el costo de oportunidad y en el retorno de la inversión, y no la diferencia entre la demanda estimada, esperada y real, sino el efecto que tengan específica y concretamente en dichos rubros.

El perito de Movilidad admitió, pese a su renuencia a contestar claramente algunas preguntas formuladas por la convocada, que además del factor de implantación, existen otros exógeneos que inciden en la demanda del servicio del SISTEMA Integrado de Transporte Masivo, sin que hubiera cuantificado el procentaje en el que cada factor hubiera incidido en la baja demanda del servicio por parte de los usuarios. Admitio también el perito que, asumió una informacion del DANE para sus cálculos y tasar la influencia de otros fctores en la baja demanda, y los utilizó como inferencias, sin base real (vid. upra folio 214.) Las bases sobre las cuales se determinaron los montos de ingresos supuestamente perdidos por efecto de la baja demanda y la inadecuado implantación del sistema no son adecuadas para llegar a las conclusiones presentadas por los expertos, pues de una parte, las cifras estimadas de pasajeros contenidas en los pliegos y documentos CONPES son estimadas, proyectadas y no es posible tenerlas como base cierta que permita llegar a cifras ciertas, tanto más cuanto el propio perito afirma que "***asumimos que todavía ese descenso de la proyección de demanda se debió a otros factores que no podemos explica, ."***

Aunque en los pliegos de Condiciones y en el Contrato M-LP-001-2008 no se garantizaba un número determinado de usuarios, lo cierto es que el desfase entre lo proyectado y la realidad fue muy considerable, dada el bajísimo número de usuarios que realmente captó el sistema durante el tiempo de la etapa uno y hasta la terminación del contrato frente a las cifras que con desenfrenado optimismo se asumió tanto en los documentos, CONPES, como Metrolínea S.A, con la participación de la Universidad Industrial de Santander, a la que hubo de llamarse para efectuar un recálculo y reajuste de las proyecciones en el año 2008. A ello se sumó que tanto en los pliegos de condiciones para la licitación que culminó en la suscripción del Contrato M-LP-001-2008, se le advirtió a los proponentes, y estos aceptaron, que las proyecciones y cálculo del número de eventuales usuarios eran sólo proyecciones y no se garantizaba

por la entidad estatal que ellas se cumplieran, como en efecto ocurrió. Además, con la información contenida en los documentos era posible advertir que las proyecciones y estimados de los usuarios del Sistema de Transporte Masivo podían disminuir por los fenómenos como el crecimiento del uso del automóvil particular, el mototaxismo, la persistencia del sistema tradicional de transporte colectivo y los demás factores mencionados en esos documentos que eran de público conocimiento y de acceso abierto.

En este contexto, en cuanto respecta al riesgo de implantación, prosperan las pretensiones vigésima segunda y vigesima tercera de la demanda arbitral reformada, más no las pretensiones vigésima quinta, vigésima sexta, vigésima séptima, vigésima octava y vigésima novena, pues los elementos probatorios no ofrecen el grado de certeza para determinar las implicaciones del riesgo de implantación, esto es, el impacto real en los costos, en el costo de oportunidad y retorno de la inversión antes de la implantación, ni prueban la realización de conductas contrarias a su deber de actuar proactivamente o que lo hayan agravado; tampoco, prospera la pretensión subsidiaria de la pretensión vigésima séptima; y no prospera la excepción de "Inexistencia de incumplimiento de la obligación de asumir los riesgos de implementación y de variación de la tarifa".

Por las anteriores razones el Tribunal declarará que el riesgo de implantación se realizó, pero al no existir una base cierta que permita estructurar el quantum del efecto económico proveniente de la ocurrencia del siniestro, en los costos, el costo de oportunidad y el retorno de la inversión, conforme se ha verificado, no habrá lugar a la imposición de la condena solicitada (Pretensión Vigésima Novena).

10. Se ocupa en seguida el Tribunal de las pretensiones referentes a la ocurrencia del Riego de Variación de la Tarifa por Orden de Autoridad Competente planteada por la Concesionaria y a la cual se opuso la Concedente.

Según el Contrato M-LP-001-2008, otro de los riegos asumido por la Concedente fue el de la Variación de las Tarifas por Orden de la Autoridad Competente, y que produjere

detrimento en los ingresos del Sistema Metrolínea, originada en una variación de la tarifa cobrada al usuario, por debajo de la tarifa técnica (cláusula 2.76, Fl. 260 y ss.)

Con relación a este riesgo, la Contratista pone de presente que en virtud de Convenio Administrativo celebrado ente la Concedente y el Area Metropolitana, suscrito el 1º de junio de 2007, en el cual se le otorga a ésta última la facultad de fijar la tarifa por la prestación del Servicio Público de Transporte Masivo Metropolitano (cláusula 6ª, "Aspectos Tarifarios"), y de forma consecuente con esa realidad la actora sostiene que la asunción de ese riesgo por parte de METROLÍNEA S.A., no se alteraría por el hecho de que ESTACIONES METROLINEA., LTDA., hubiera conocido el hecho de la celebración del aludido acuerdo, mencionado en el propio contrato de concesión.

En varias comunicaciones que la demanda precisa, Estaciones Metrolínea Ltda., dirigió reclamaciones a Metrolínea S.A., por los diferentes incumplimiento imputables a ésta, la ruptura del equilibrio financiero del contrato de concesión, y menciona específicamente la EM-CE-954 del 18 de febrero de 2010 (por error fechada como si fuera del 2009), la sin número del 10 de junio de 2011 (Fl. 0457), contestada por oficio M-OAJ3968-19-10-11, de fecha 12 de octubre de 2011, radicada en ESTACIONES METROLINEA ., LTDA., el 20 de octubre de 2011, reclamación en relación con la cual se remitió posteriormente el oficio EM-CE-2057-11 del 2 de noviembre de 2011 (Cud…Fl. 0516 y ss.), la EM-CE-2063-11 del 17 de noviembre de 2011, de ESTACIONES METROLINEA., LTDA., (Cuad…Fl. 0519 y ss.) y el oficio EM-CE-2635-14 el 4 de abril de 2014 (F. 0797 y ss.), contestado fuera del término contractual por la Contratante, (cfr. oficio 10-22.1.1.,Cuad. Fol ..el 5 de junio de 2014).

En la contestación de la demanda, expresa la Convocada que se opone a la PRETENSIÓN VIGESIMA CUARTA por que no se dan los elementos previsto en la Cláusula 24.2, del Contrato M-LP-001-2008 para considerar que ocurrió el riesgo de variación de tarifas por orden de la autoridad competente. Si se aceptara que pudieron existir eventos en los cuales la tarifa al usuario fuera inferior a la tarifa técnica, cuya prueba incumbiría a Estaciones Metrolínea Ltda., considera que las mismas no generaron efectos perjudiciales en el pago de la contraprestación por la construcción de obra a cargo de la Convocante, pues con ocasión de la terminación anticipada del

Contrato surgió para la Concedente el deber de reconocer al Contratista, a precio de mercado, el valor de las obras ejecutadas, junto con los costos administrativos necesarios para su ejecución, sin incluír los costos de financiación, la utilidad esperada, ni cualquier otro factor financiero reclamado, valores de los cuales debería descontarse el monto pagado por Metrolínea S.A., como remuneración durante la ejecución del contrato, y arguye que tal riesgo se encuentra mitigado por el Area Metropolitana de Bucaramanga, en virtud del convenio interadministrativo de operación suscrito con Metrolínea.

Respecto del riesgo de variación de las tarifas por orden de autoridad competente denunciado por la Concesionaria, y que lo hace consistir en que Metrolínea S.A., asume que la tarifa técnica sería para la vigencia de noviembre de 2012 de $ 1819.00, Metrolínea S.A., propuso a la autoridad encargada de fijarla la suma de $1. 700, para igualarla con la del transporte tradicional; en la réplica se afirma que de ser cierto que hubiera ocurrido el riesgo, en todo caso, este queda mitigado en virtud del compromiso de indemnización contenido en el Convenio Interadministrativo de Operación, según el cual el Area Metropolitana de Bucaramanga indemnizará a Metrolínea S.A,, e indirectamente al Concesionario.

En ese mismo escrito (Oficio de 10 de junio de 2011) reclamaba la Concesionaria por la falta de cumplimiento de la obligación de Metrolínea S.A., de asumir las consecuencias de la ocurrencia del riesgo de la Variación de la Tarifa, por cuanto el Area Metropolitana de Bucaramanga no había actualizado la tarifa al usuario en la forma pactada en el contrato. En el mismo oficio le endilgaba responsabilidad por no haber actualizado la Tarifa al Usuario en la forma dispuesta en los contratos de concesión del Sistema, de forma que se reflejara en todo momento los egresos básicos del mismo, por lo cual Metrolínea S.A., sostiene la Concesionaria, debía asumir los efectos económicos adversos a sus ingresos.

Posteriormente, en comunicación EM-CE-2635-14, de fecha 4 de abril de 2014, la Concesionaria se dirige nuevamente a la Concedente para formular reclamos por la ocurrencia de los riegos de implementación y el Riesgo de Variación de las Tarifas por orden de autoridad competente; le atribuye a Metrolínea S.A., no haberse hecho cargo

de sus implicaciones patrimoniales en la economía del Contrato de Concesión, restableciendo el equilibrio económico turbado como consecuencia del desbalance de pagos que el Contratista experimentó al ver reducidos sus ingresos por la remuneración que le debía ingresar en el escenario de un Sistema debidamente implantado con unas tarifas técnicamente establecidas.

Como deducción de lo planteado, la Concedente estima que el Tribunal de Arbitramento debe liquidar los valores que surgen del mutuo acuerdo de las partes al poner fin al contrato, esto es, el valor de la parte del precio lo correspondiente a los trabajos o prestaciones que se hubieren cumplido.

El reconocimiento de valores con fundamento en la concreción del riesgo, considera la accionada, superaría el valor del contenido de la liquidación, y además se daría un exceso en relación con el concepto de reparación integral, según lo previsto en el artículo 16 de la ley 446 de 1998.

En materia probatoria, no aparece establecida la ocurrencia del riesgo que sirve de base a las pretensiones relacionadas con su ocurrencia, ni el monto exacto, cierto y preciso del perjuicio que se hubiera derivado de la ocurrencia del riesgo mencionado, ni se halla demostrada la base que sirviera de cálculo para ese ejercicio. El perito financiero efectuó un cálculo del monto de las sumas que le corresponderían a Estaciones Metrolínea S.A., por la ocurrencia del riesgo de implantación; calcula el valor de los ingresos no recibidos como resultado de una implantación del sistema, diferente de la prevista en el momento de suscribir el contrato de Concesión, efectuando una resta de lo realmente percibido y los ingresos previstos contemplados en los pliegos de condiciones y en el Contrato, tomando dos referencias: una, la prueba pericial del experto de Movilidad, y dos, los datos ajustados por la UNIVERSIDAD INDUSTRIAL de Santander.

Con base en el primer escenario, obtiene que los ingresos dejados de percibir por Estaciones Metrolínea Ltda, actualizados a 14 de agosto de 2014, fecha de presentación de la demanda arbitral, ascienden a $53.765198.073; con base en los estudios de la Universidad Industrial de Santander, a la misma fecha, obtuvo la cifra de

$35.018.127.585. En punto al cargo de que el Area Metropolitana de Bucaramanga no habría actualizado la tarifa al usuario en la forma pactada en el contrato, se echa de menos la demostración probatoria de tal ocurrencia. Sobre el hecho de que la empresa estatal tenía responsabilidad por no haber actualizado la tarifa en la forma dispuesta en los contratos de concesión del Sistema, que reflejara los egresos básicos del mismo, y que por tanto la Concedente debía asumir los efectos económicos adversos en los ingresos de la demandante, no se aportó la prueba de tal ocurrencia, ni el monto al cual las tarifas hubieran debido actualizarse, ni los períodos durante los cuales hubieran debido regir, para que el experto pudiera calcular los impactos económicos precisos y concretos de la situación que denuncia la demanda. No aparece, entonces, establecido financieramente el monto de los perjuicios que se hubieran derivado de la ocurrencia del riesgo de Variación de la Tarifa por Orden de Autoridad Competente, ni la ocurrencia misma de este riegos en las condiciones arriba indicadas.

Lo anterior implica que deban denegarse, en lo que a esta precisa causa de indemnización se refieren, esto el riesgo de variación de tarifas por orden de autoridad competente, las PRETENSIONES VIGESIMA CUARTA, VIGESIMA QUINTA, VIGESIMA SEPTIMA, VIGESIMA NOVENA; y las subsidiarias de la demanda reformada por ESTACIONES METROLINEA.LTDA.

7. **Pretensiones relacionadas con la remuneración durante el período de suspensión del contrato, y el desbalance de pagos.**

En las pretensiones Vigésima y Vigésima Primera solicita la demanda declarar que tenía derecho a percibir la remuneración estipulada en la Cláusula 51 durante el período de la suspensión del contrato, y que la concedente lo incumplió al negarse a reconocerlo y pagarlo en ese período. En consecuencia, solicita condenarla a pagar en la suma de $1.774.045.760

Igualmente, en las pretensiones Trigésima a Trigésima segunda, solicita:

> **TRIGÉSIMA.-** Que se declare que las sumas recibidas y que se reciban por ESTACIONES METROLÍNEA LTDA., por el 11.75% de la tarifa, correspondiente a ingresos causados a partir del 15 de julio de 2012 y hasta la liquidación del Contrato de Concesión, así como los causados durante el período

de la primera suspensión del Contrato de Concesión, entre el 16 de enero de 2012 y el 14 de julio de 2012, le fueron reconocidas por METROLÍNEA S.A. a ESTACIONES METROLÍNEA LTDA., como consta en el Acta de Terminación del CONTRATO DE CONCESIÓN M-LP-001-2008 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2008, como desbalance de pagos, que afectó al Concesionario, teniendo en cuenta para el efecto la aclaración de dicha Acta de Terminación adoptada por las partes el 18 de octubre de 2012.

TRIGÉSIMA PRIMERA.- Que se declare que el desbalance de pagos que afectó a ESTACIONES METROLÍNEA LTDA. fue consecuencia directa de los menores ingresos que por remuneración obtuvo a raíz de la disminución del flujo de pasajeros esperados en el Sistema Metrolínea como consecuencia de la no implantación del mismo como fue previsto en el pliego de condiciones de la licitación pública M-LP-001-2008 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2008 y en el CONTRATO DE CONCESIÓN M-LP-001-2008 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2008.

TRIGÉSIMA SEGUNDA.- Que se ordene que el valor correspondiente a las sumas recibidas a título de desbalance de pagos sean descontadas del valor de la liquidación del mismo, tal y como se acordó en el Acta de Terminación del mencionado contrato, y que en tal efecto se deben contabilizar como parte del pago que deberá realizar METROLÍNEA S.A. a ESTACIONES METROLÍNEA LTDA.

Asimismo, en subsidio de la pretensión vigésima novena, solicita:

"PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA PRETENSION VIGÉSIMA NOVENA.- Que se condene a METROLÍNEA S.A. a reconocerle a ESTACIONES METROLÍNEA LTDA. el desbalance de pagos provocado por la ocurrencia del Riesgo de Implantación y del Riesgo de Variación de las Tarifas por Orden de la Autoridad Competente, conforme a lo probado en el proceso, valor que según las experticias que se acompañan a la demanda asciende, a 31 de julio de 2014, a un total de CINCUENTA Y TRES MIL SETENCIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES CIENTO NOVENTA Y OCHO MIL SETENTA Y TRES PESOS ($53.766.198.073), actualizado a 15 de agosto de 2014.

Sustenta el *petitum* en el derecho a percibir la remuneración durante la suspensión como se acordó en el acta de supension, y la negativa de la entidad concedente a su reconocimiento y pago, según *comunicación* M-GER-1854-200912 del 20 de septiembre de 2012, por cuanto *"durante este lapso y en razón a la suspensión total del mismo, no existió soporte legal para reconocer la remuneración al Concesionario"*, desconociendo que dicho soporte estaba en el propio Contrato de Concesión, cláusula 51. Igualmente, en el reconocimiento del desbalance de pagos en el acta de terminación anticipada del 12 de octubre de 2012.

Metrolínea S.A. se opuso a estas pretensiones, interpuso la excepción nominada "Inexistencia de la obligación de pago a Estaciones Metrolínea de la remuneración pactada durante el plazo de la suspensión", indicó que no hay lugar a percibir la remuneración durante la suspensión del contrato, "*se suspendió la totalidad del Contrato, de manera pura y simple"* y se convino que la *"obligación única que no se suspende"* era el pago del arrendamiento del patio taller provisional. *En ese orden de ideas, no cabe duda de que durante el plazo de la suspensión, no existía obligación de pago por parte de Metrolínea, pues el Contrato, incluyendo dicha obligación, estaba*

suspendido.". Relativamente al desbalance y al riesgo de implantación y variación de tarifas, expuso la argumentación indicada al tratar de éstos últimos.

Consideraciones del Tribunal.

1. Pertinente para el estudio del *thema decidendi* en esta parte del laudo es la previsión contemplada en el artículo 85 del CONTRATO DE CONCESION M-LP-001-2008 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2008, a cuyas voces sobre renuncia a derechos, previó que "*Ninguna omisión, demora o acción de cualquiera de las partes en el ejercicio de cualquier derecho, facultad o recurso bajo este contrato podrá ser considerado como una renuncia al mismo, ni el ejercicio particular o parcial de cualquiera de dichos derechos, facultades o recursos impedirá el ulterior ejercicio del mismo o de cualquier otro derecho, facultad o recurso. La renuncia por escrito de cualquiera de las partes con respecto a cualquier derecho, facultad o recurso no será considerada una renuncia de ningún derecho, facultad o recurso que la parte pueda tener en el futuro, sino expresamente sobre el tema objeto de la renuncia".*

En Acta de ocho (8) de enero de dos mil diez (2010), las partes acordaron una suspensión del contrato de CONCESION M-LP-001-2008, la cual se extendería del 8 de enero de 2010 hasta el 21 de febrero de 2010. En el numeral 20 del acta citada se hizo constar que la suspensión parcial y temporal del Contrato de Concesión CONCESION M-LP-001-2008 era un riego atribuíble al Concesionario.

La causa de la suspensión fué la imposibilidad de construír los tanques de almacenamiento de combustible y las islas de los surtidores en los sitios determinados en los diseños arquitectónicos del proyecto, conforme con la petición formulada por el proveedor de combustible, quien fuera seleccionado a finales de noviembre de 2009,y por ese motivo se solicita una suspensión parcial y temporal de la ejecución del contrato de Concesión, por un lapso de dos (2) meses, debido a que se formularon reservas sobre la ubicación de las islas en relación con los tanques de almacenamiento permite que el tendido de las tuberías de conducción genere pérdidas por succión y atraviesa elementos estructurales de la cimentación , sin perjuicio de continuar ejecutándose las

obras referentes al Patio Taller Provisional y el suministro y la colocación de las redes hidrosanitarias.

Se afirmó en el Acta suscrita por las partes en mención que la suspensión parcial y temporal del Contrato era un riesgo atribuíble al Concesionario y que era claro para aquellas que la contratista renunciaba a cualquier reclamación judicial o extra judicial por mayor permanencia en obra y ecuación contractual, con motivo de la suspensión de que se trataba. En el mismo documento se informa que la etapa de pre-construcción, se inició el día 28 de abril de 2009, pero por efecto de la Modificación No. 03 del Contrato el período de pre-construcción se cerró el dieciocho (18) de agosto de dos mil nueve (2009). Con acta de 21 de febrero de 2010, se da por terminada la suspensión, reanuda la etapa de construcción, y fija como fecha de su terminación el 11 de enero de 2011.

En comunicación EM—CE- 1186-10 del 28 de abril de 2010 Estaciones Metrolínea Ltda., solicitó al Consorcio Florida CEAS-INCOPLAN, interventor del CONTRATO DE CONCESION M-LP-001-2008 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2008 la ampliación del tiempo estimado de la etapa de construcción por término de 10 meses y 45 días contados a partir del 27 de enero de 2011, a lo cual el Interventor manifestó a la Concedente que el mayor plazo solicitado para la ejecución de la totalidad de las obras obedecía a inconsistencias imputables al Concesionario, al incumplimiento de la entrega del REDISEÑO ESTRUCTURAL, por lo que el retraso en el cumplimiento del programa de ejecución del proyecto era imputable únicamente al Concesionario, no obstante lo cual por razones de interés público era procedente acceder a la solicitud de la prórroga.

En consecuencia Metrolínea S.A., en documento suscrito el 31 de agosto de 2010, concedió a Estaciones Metrolínea., Ltda., un plazo adicional de 14 meses contados a partir del 11 de enero de 2011, hasta el 11 de marzo de 2012, para la construcción de la Estación de Cabecera y los patios de operación y talleres de Floridablanca., ampliación del plazo que no generaba valor alguna para la Metrolínea S.A., ni se reconocería por ésta valor alguno por las inversiones que hiciera Estaciones Metrolínea., Ltda., durante el lapso de la prórroga, diferente de la establecida en el contrato de concesión mencionado antes. A su turno el Concesionario manifestaba que renunciaba a cualquier reclamación judicial, o extrajudicial, o administrativa, por mayor permanencia en la ejecución del

contrato y que el plazo adicional compensaba cualquier factor que pudiera afectar el plazo inicial.

En el Acta de dieciséis (16) de enero de dos mil doce (2012), se suspende el contrato entre el 16 de enero de 2012 y el 15 de mayo de 2012 y conviene que durante el tiempo de suspensión, el Concesionario se hacía responsable de continuar con el pago del arriendo del Patio Taller Provisional, única obligación que no se suspendía. Además, pactaron las partes que la remuneración causada durante el término de suspensión del contrato, sería depositada en el Fondo General del Patrimonio Autónomo Fideicomiso TISA, encargado del recaudo y control del Sistema con la Fiduciaria Corficolombiana y estaría bajo custodia de la entidad concedente; finalizado el término de suspensión, las partes acordarían el mecanismo para la restitución de los dineros a favor del concesionario. Con Acta del 14 de mayo de 2012, se amplió la suspensión por dos meses contados desde el 14 de mayo de 2012, hasta el catorce (14) de julio de dos mil doce (2012), pues para el día de vencimiento de la suspensión inicial no habían desaparecido las causas y los hechos que dieron lugar a dicha suspensión.

En el Acta suscrita el 12 de octubre de 2012, las partes convinieron que los recursos que con cargo a la tarifa equivalentes al 11.75% de ésta, causados desde el 15 de julio de 20109, hasta la liquidación definitiva del contrato de Concesión, se entregarían al concesionario por concepto del desbalance de pagos que ha presentado el Contrato, y en tal efecto se contabilizarán como parte del pago realizado por la entidad al concesionario.

2. En el acta de suspensión suscrita el 16 de enero de 2012 se acordó que la única obligación que no se suspende es la de continuar con el pago del arriendo del Patio Taller Provisional en forma que no se afecte la operación del sistema y asegure la continuidad del servicio; que la remuneración "*causada*" dentro del término de suspensión entre el 16 de enero de 2012 y el 15 de mayo de 2012 se depositará en el fondo general del patrimonio autónomo, *"estará bajo custodia de la entidad concedente*" y al finalizar la suspensión, *"las partes acordarán el mecanismo para la restitución de los dineros a favor del concesionario*", quien *"renuncia a cualquier reclamación judicial o*

extrajudicial por mayor permanencia en obra o por cualquier otra clase de perjuicio derivado de la suspensión del contrato".

El Acta suscrita el 14 de mayo de 2012 prorrogó el término de suspensión por 2 meses desde el 15 de mayo al 14 de julio de 2012.

En el Acta de Terminación Anticipada suscrita el 12 de octubre de 2012, las partes acordaron:

> "7. Los recursos que se causaron con cargo a la tarifa a favor del Concesionario durante el término de suspensión del Contrato, es decir, entre el quince (15) de mayo de 2012 y el 14 de julio de 2012, y que se encuentran depositados en el Fondo General del Patrimonio Autónomo Fideicomiso TISA constituido por el Concesionario de reacaudo y control del Sistema Metrolínea con la Fiduciaria Corficolombiana, serán entregados al Concesionario por el desbalance de pagos que ha presentado el Contrato.
>
> "8. Los recursos con cargo a la tarifa equivalentes al 11.75% de ésta, que se han causado desde el 15 de julio de 2012 y se causen hasta la liquidación definitiva del contrato de concesión, se entregarán al concesionario en razón del desbalance de pagos que ha presentado el contrato; en tal efecto se contabilizarán como parte del pago realizado por la entidad al concesionario". (se subraya).

Con acta aclaratoria suscrita por las partes el día 18 de octubre de 2012, precisan el numeral 7º del acta anterior, así.

> "Los recursos que se causaron con cargo a la tarifa a favor del Concesionario durante el término de suspensión del Contrato, es decir, entre el dieciséis (16) de Enero de 2012 y el 14 de julio de 2012, y que se encuentran depositados en el Fondo General del Patrimonio Autónomo fideicomiso TISA constituido por el Concesionario de recaudo y control del Sistema Metrolínea con la Fiduciaria Corficolombiana, serán entregados al Concesionario por causa del desbalance de pagos que ha presentado en el Contrato." (se subraya)

En la comunicación MGER-1854-200912 del 20 de septiembre de 2012 dirigida por el entonces Gerente de Metrolínea JAIME RODRIGUEZ, dice lo siguiente:

> "2). Manifiesta usted que: 'Comparando los ingresos estimados y los ingresos reales de la Concesión para la Construcción de la Estación de Cabecera y los Patios de Operación y Talleres de Floridablanca, según lo estimado por la UIS y por el Ente Gestor en la Estructuración del sistema, Estaciones Metrolínea Ltda. ha recibido el 13.67% del ingreso esperado y estimado'. Y solicita asimismo que: 'Basados en estos argumentos reiteramos nuestra solicitud de la liberación de los recursos retenidos desde el 15 de enero de 2012 hasta la fecha, dado que dicho valor está lejos de ser un valor significativo'…"
>
> "Al respecto, se precisa señalar que conforme a los asuntos revisados dentro del proceso de formalización del documento que pone fin al vínculo contractual entre las partes, en relación con el tema hemos manifestado lo siguiente: 'Para Metrolínea S.A., es una realidad el desbalance de pagos existente en el Contrato de Concesión con Estaciones Metrolínea Ltda., dado que, verificado el valor efectivamente pagado corresponde a un porcentaje inferior al 15% de la proyección de pagos conforme al Estudio realizado con la UIS. En consecuencia, teniendo en cuenta que el porcentaje del 11.75% de la tarifa recaudada ha sido destinada para cubrir este concepto, la entidad procederá a cuantificar los dineros depositados en la fiducia durante el lapso de suspensión del contrato y hasta la fecha de

protocolización de la suspensión y los entregará como parte del pago por concepto del desbalance existente. Estos recursos seguirán destinados al cumplimiento de la obligación contraída con el concesionario, hasta cumplir con la cuantía señalada por el Componedor técnico designado por las partes" [263]

La Representante Legal de la Convocante en su interrogatorio de parte, expresó:

> *"*Preguntado: Con todo gusto, sírvase manifestar ¿cómo es cierto, sí o no? que durante la negociación de la liquidación del contrato MLP 001 de 2008 se acordó que Estaciones Metrolínea había recibido parte de los valores a reconocer a través del pago quincenal del porcentaje del valor de la tarifa recaudada. Contestó: No es cierto doctor, porque lo que usted me pregunta que es si eso se acordó durante la etapa de liquidación y no fue así, el tema viene del acta de liquidación del contrato en el cual el último numeral dice que se reconoce posteriormente a la terminación a título de desbalance de pagos el once setenta y cinco por ciento de la tarifa, el precedente es que Metrolínea reconoce que hay un desbalance y pues que a la razón de ese desbalance tenemos el derecho a recibir unas indemnizaciones, entonces cuando se firmó el acta de terminación le dije al doctor Rodríguez, no firmemos el acta, como vamos a liquidar y nos vamos a dar un tiempo, ayúdeme para poder tener un flujo que me permita atender los costos financieros de la emisión, entonces para todos el entendimiento era que el desbalance de pagos si bien es cierto sí se iba a restar del valor de liquidación, también se estaba dando porque Metrolínea reconocía que habíamos generado unos prejuicios por la no implementación del sistema y que íbamos a recibir una indemnización, luego eso se iba abonar, pero eso se trató fue en el acta de terminación y no en las reuniones de liquidación*".*

Para el Tribunal es evidente que lo pactado por las partes en el Acta de Terminación Anticipada, "*por el desbalance de pagos que ha presentado el Contrato",* es conforme a la comunicación MGER-1854-200912 del 20 de septiembre de 2012 dirigida por el entonces Gerente de Metrolínea JAIME RODRIGUEZ, las comunicaciones que contesta, y el interrogatorio de parte rendido por la Representante Legal de Estaciones Metrolínea que confirma el reconocimiento por la concedente como una *"realidad"* inobjetable del *"desbalance de pagos existente en el Contrato de Concesión con Estaciones Metrolínea Ltda"* entre los ingresos estimados (15%) y los ingresos recibidos (13.67%) conforme a la proyección de pagos contenida en el estudio de la UIS y que el *"porcentaje del 11.75% de la tarifa recaudada ha sido destinada para cubrir este concepto"*, y *"seguirán destinados al cumplimiento de la obligación contraída con el concesionario, hasta cumplir con la cuantía señalada por el Componedor técnico designado por las partes".*

Durante la suspensión del contrato las partes no acordaron el pago de la remuneración contemplada en la cláusula 51 del Contrato, y por lo tanto, no hay lugar a ésta, si bien en el Acta de supensión del 16 de mayo de 2012, en la de Terminación Anticipada del 12 de octubre de 2012 y su aclaratoria del 18 de octubre de 2012, se estipuló la entrega al concesionario de los recursos "con cargo a la tarifa equivalentes al 11.75% de ésta" causados entre

[263] Esta comunicación contradice lo expresado por el señor Jaime Rodriguez en su testimonio al desconocer los hechos contenidos en la misma.

el 16 de enero de 2012 y el 14 de julio de 2014, y desde el 15 de julio de 2012, por causa del desbalance de pagos, no está demostrado su monto o cuantía, y el riesgo de implantación cubre sólo el impacto en los costos, en el costo de oportunidad y en el retorno de la inversión.

Entiende el Tribunal que en el Acta de Terminación se reconoció el desbalance de pagos, que conforme a la comunicación MGER-1854-200912 del 20 de septiembre de 2012 de Metrolínea es una "realidad", y que en esa fecha, Estaciones Metrolínea Ltda reconoce *"que ha recibido el 13.67% del ingreso esperado y estimado",* que Metrolínea S.A. ha "*verificado el valor efectivamente pagado corresponde a un porcentaje inferior al 15% de la proyección de pagos conforme al Estudio realizado con la UIS", y que en tal virtud,* acordaron entregar al concesionario los recursos causados entre el 16 de enero de 2012 y el 14 de julio de 2012 depositados en el fondo del Patrimonio Autónomo, y los que se causen hasta la liquidación definitiva del contrato para cubrir el monto total del desbalance. Del mismo modo, está probado que para el 20 de septiembre de 2012, el sistema no se había implantado en la forma y tiempo contemplado en los pliegos de licitación, y la concedente al asumir el riesgo de implantación debía compensar al concesionario el impacto en sus costos, costo de oportunidad y retorno de inversión a causa de la falta de implantación total. Sin embargo, como se dijo antes, el valor de este impacto no está demostrado con bases que ofrezcan la necesaria certidumbre al Tribunal para reconocerlo y conforme a la comunicación MGER-1854-200912 del 20 de septiembre de 2012 dirigida por el entonces Gerente de Metrolínea JAIME RODRIGUEZ, su cuantía sería señalada "<u>por el Componedor técnico designado por las partes".</u>

Por lo anterior, en la forma como se formulan no prosperan las pretensiones Vigésima y Vigésima Primera, Trigésima y Trigésima Primera de la demanda arbitral principal reformada, tampoco la pretensión subsidiaria de la pretensión principal Vigésima Cuarta, pues las implicaciones del riesgo de implantación y variación de tarifas en los costos, costo de oportunidad y retorno de la inversión no se estableció con elementos probativos que ofrezcan grado de certeza. Prospera la Pretensión Trigésima Segunda en el sentido que el valor de las sumas entregadas al concesionario por el desbalance de pago deben descontarse del valor de la liquidación y contabilizarse como parte del

pago que en virtud de ésta debe realizar la concedente, y también procede la excepción de "Inexistencia de la obligación de pago a Estaciones Metrolínea de la remuneración pactada durante el plazo de la suspensión".

8. Pretensiones relacionadas con el incumplimiento de la obligación de liquidar el contrato, intereses y costos pagados por la financiación obtenida con la emisión de los bonos

Solicita METROLINEA:

> **"TRIGÉSIMA NOVENA.-** Que se declare que METROLÍNEA S.A. incumplió su obligación de actuar con la diligencia que le es exigible a un contratista de buena fe para adelantar la liquidación del CONTRATO DE CONCESIÓN M-LP-001-2008 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2008, dentro del término contractual de cuatro meses siguientes a la terminación del mencionado contrato, y que con su conducta causó y sigue causando perjuicios a ESTACIONES METROLÍNEA LTDA. al privarlo de la posibilidad de obtener los recursos a que tiene derecho por la liquidación de dicho contrato.
> **PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA PRETENSION TRIGÉSIMA NOVENA.-** Que se declare que METROLÍNEA S.A. abusó del derecho al no adelantar la liquidación del CONTRATO DE CONCESIÓN M-LP-001-2008 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2008, dentro del término contractual de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del mencionado contrato, y que con su conducta causó y sigue causando perjuicios a ESTACIONES METROLÍNEA LTDA. al privarlo de la posibilidad de obtener los recursos a que tiene derecho por la liquidación de dicho contrato.
> **CUADRAGÉSIMA.-** Que como consecuencia de la prosperidad de la pretensión trigésima novena o de la prosperidad de la pretensión subsidiaria de la pretensión trigésima novena se condene a pagar a METROLÍNEA S.A., los intereses y demás costos de la emisión que ESTACIONES METROLÍNEA LTDA. ha debido pagar por la financiación obtenida por la emisión de los Bonos Metrolínea después de los cuatro meses siguientes a la terminación del CONTRATO DE CONCESIÓN M-LP-001-2008 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2008 y los que deba seguir pagando hasta que quede ejecutoriado el laudo arbitral que se profiera dentro del presente proceso, de acuerdo con la certificación expedida por Fiduciaria Colmena como administradora que es del Patrimonio Autónomo Estaciones Metrolínea Ltda., en cuanto los intereses de plazo o de mora que se reconozcan conforme a la pretensión trigésima séptima no se liquiden sobre una base de capital que sea por lo menos igual al capital de los bonos emitidos por el patrimonio autónomo Estaciones Metrolínea Ltda.
> **CUADRAGÉSIMA PRIMERA.-** Que como consecuencia de la prosperidad de la pretensión trigésima novena o de la prosperidad de la pretensión subsidiaria de la pretensión trigésima novena se condene a pagar a METROLÍNEA S.A., el costo de oportunidad del capital o recursos propios puestos por el concesionario para la ejecución de las obligaciones bajo el CONTRATO DE CONCESIÓN M-LP-001-2008 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2008, causado después de los cuatro meses siguientes a la terminación del CONTRATO DE CONCESIÓN M-LP-001-2008 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2008 y los que se sigan causando hasta que quede ejecutoriado el laudo arbitral que se profiera dentro del presente proceso, de acuerdo con la certificación expedida por Fiduciaria Colmena como administradora que es del Patrimonio Autónomo Estaciones Metrolínea Ltda., en cuanto los intereses de plazo o de mora que se reconozcan conforme a la pretensión trigésima séptima no se liquiden sobre una base de capital que sea por lo menos igual al capital de los bonos emitidos por el patrimonio autónomo Estaciones Metrolínea Ltda. (a que se refiere la pretensión anterior), más el valor de los recursos de capital o recursos propios puestos por ESTACIONES METROLÍNEA LTDA".

En la reforma de la demanda la actora se enlistan los siguientes hechos relacionados con las pretensiones anteriores, que les sirven, en su óptica, de soporte a aquellas.

Bajo el Acápite VI de la demanda reformada se encuentran los fundamentos de hecho de las pretensiones de la sociedad Estaciones Metrolínea Ltda, para soportar sus pedimentos. En lo que atañe a las pretensiones que se transcribieron anteriormente, en el numeral 6. 6 del Acápite que se menciona, la Convocante manifiesta que, por tratarse de un contrato de Concesión, una de las obligaciones y actividades a su cargo consistía en obtener la financiación requerida, con recursos propios o del crédito, (Cláusula 29.18 del CONTRATO DE CONCESION M-LP-001-2008 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2008), para llevar adelante el Proyecto de construcción de las Estación de Cabecera, y los patios y talleres de Floridablanca del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Bucaramanga, respecto de lo cual la Concedente se reservaba el derecho de revisar y aprobar los documentos correspondientes al cierre financiero, (Cláusula 2.19, 18.1, numeral 4, letra numeral d., 20, ordinal 5º y 29.18). Atendida la circunstancia de que para financiar el proyecto se emitieron bonos que colocaron en el mercado público de valores y se confiaron a la Administración de Fiduciaria Colmena, advenida la terminación anticipada del CONTRATO DE CONCESION M-LP-001-2008 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2008 el 12 de octubre de 2012, la Concesionaria informó a Metrolínea,S.A, que se había hecho cesión de los derechos económicos del Contrato al Fideicomiso emisor de los bonos. (La demanda indica al respecto el oficio EM-CE-2377-14- de 320 de 14 de mayo de 2014, según se afirma en el Acápite VI, 6.1, numeral 16 de los hechos de la demanda, En el acápite 6.3 de los hechos de la demanda, relacionados con las implicaciones de la Terminación Anticipada del CONTRATO DE CONCESION M-LP-001-2008 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2008, relacionados con los valores que le debían reconocerse a la Concesionaria y la conducta observada por la Concedente, según Estaciones Metrolínea ., Ltda., el Tribunal destaca lo expresado en el hecho 74 en el sentido de que para llegar a la determinación y liquidación de las sumas a favor de la Convocante, se había acordado iniciar unas mesas de trabajo.

El 7 de noviembre en comunicación EM-CE-2233-12, Estaciones Metrolínea Ltda., le expresó a Metrolínea. S.A., que tenía interés en avanzar en la liquidación del Contrato de Concesión en el marco del acuerdo directo y se hizo hincapié, dice la demanda, en la posibilidad de lograr un acuerdo en el valor de liquidación a reconocer por la terminación con base en la fórmula que establecía la Cláusula 64.2, visto el interés de la constructora en la búsqueda de una fórmula de acuerdo con los tenedores de bonos

de la emisión que por $75.000.000.000.00, se hizo con el fin de obtener los recursos para financiar la ejecución del proyecto adjudicado en el marco del CONTRATO DE CONCESION M-LP-001-2008 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2008, y se le informo cuál sería el corte de valores a reconocer a la Convocante a 31 de julio de 2012 por ese concepto , con base en la información disponible. No obstante, dice la demanda, tener METROLÍNEA S.A., a su disposición información a su alcance en relación con los valores invertidos en las actividades adelantadas por ESTACIONES METROLINEA LTDA., no procedió a verificarla argumentando que los valores de la liquidación superaban lo meramente técnico, que no existían criterios objetivos que contribuyeran a identificar la fórmula para realizar el reconocimiento pecuniario de lo ejecutado, por no haberse señalado precios unitarios para pagar el trabajo parcial realizado.

Con base en la comunicación de Metrolínea M-GER-2340-201112, del 20 de noviembre de 2012, Estaciones Metrolínea sostuvo que en ella se reconocía y se hacía referencia a la cláusula 64.2, para efectuar la liquidación y definición de los valores que le correspondían, y que ello era así con vista en el contrato y el Acta de Terminación Unilateral del mismo, de fecha 12 de octubre de 2012. La Convocante en oficio de 7 de diciembre de 2012, No. EM-CE-224912, insistió ante Metrolínea. S.A., en el mecanismo del arreglo directo ya que la fórmula contractual citada permitía identificar los elementos objetivo a tener en cuenta para el efecto de la liquidación y que las actividades constructivas estuvieron bajo el escrutinio de la Interventoría y debidamente registrados y sustentados documentalmente; además la accionante manifestó que la actividad cumplida en el frente de la financiación de la obra, contaba con elementos suficientes y fácilmente comprobables. En el numeral 87 de los hechos de la reforma de la demanda, Estaciones Metrolínea Ltda, afirma que la Concedente se negó a realizar la actuación que le competía para efectuar los reconocimientos que debía realizar con arreglo a la Cláusula 64.2, del Contrato de Concesión, y además incumplió lo previsto en el Acta de Terminación Anticipada del Contrato al no realizar, dentro del plazo estipulado, las actuaciones que permitieran cumplir la obligación de reconocimiento y pago del valor de liquidación, causándole perjuicios patrimoniales a la constructora.

Metrolínea S. A., se opuso a esta pretensión arguyendo que la obligación de liquidar el contrato no se agota con el vencimiento del plazo de seis meses previsto en el numeral

3 de los acuerdos del Acta de Terminación Anticipada del Contrato, pues las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, prevén, dice la replicante, que tal obligación subsiste allende el plazo convencional. Infirma que en la materia la Concedente hubiera procedido negligentemente pues prueba de ello es que, en aplicación del principio de la buena fe, llevó a cabo todas las conductas para determinar con certeza los valores sobre los cuales se pudiera liquidar el contrato, incluyendo la contratación de un asesor externo y un peritazgo técnico para ese efecto, lo que no permite afirmar que fuera poco diligente para hacer la liquidación.

El carácter bilateral de la liquidación implica que ella no dependía exclusivamente de la Concedente y que, si se consideraba excesivo el tiempo para el trámite de la liquidación para realizarla, la Concesionaria tenía a su disposición los mecanismos procesales para lograrla, lo que sí dependía exclusivamente de su querer.

Frente a la Pretensión Cuadragésima la accionada reitera los anteriores argumentos y agrega que, en todo caso, se previó en la misma Acta de Terminación Anticipada del Contrato que se seguiría pagando a la Concesionaria la tarifa del 11.75% sobre los recaudos provenientes del pago de los usuarios del sistema por concepto del valor del transporte, lo que le permitía contar con recursos para pagar el crédito asumido con la financiación y las obligaciones derivadas del acta mencionada; reconocer los reclamos de la Concesionaria, implicaría, sostiene la demandada, un doble pago a Estaciones Metrolínea Ltda.

Metrolínea S.A., insiste en los anteriores argumentos para oponerse a la Pretensión Cuadragésima Primera y destaca como con relación a la precedente pretensión, que lo que se busca es trasladar a la Concedente los costos de financiación del proyecto, no obstante haber Estaciones Metrolínea Ltda, asumido el riesgo de financiación y haber asumido un esquema de financiación que resultara al final muy costoso.

La oposición a la prosperidad de la pretensión subsidiaria de la Trigésima Novena, se funda en que como lo dijo al replicar la pretensión Trigésima Novena, el vencimiento del plazo acordado bilateralmente para liquidar el contrato no agota la facultad de realizarla con posterioridad a la caducidad del plazo convencional En este aspecto la parte

accionada pone de presente que fue la variante posición de Estaciones Metrolínea. Ltda., la causa de que no pudiera llegarse a una liquidación bilateral del contrato, dentro de lo cual precisa que luego de haber acordado una forma de liquidación del contrato, la Concesionaria se retractó, lo que evidencia una intención real de no tramitar una liquidación bilateral del contrato, lo que se demuestra, además, con el desconocimiento del propio peritazgo que se contrató para cuantificar el valor de las obras desarrolladas. Afirma la accionada no incumplió sus obligaciones en esta materia, pues no dependía de su sola voluntad la realización de la liquidación bilateral, porque, además, el no estar de acuerdo con la Concesionaria en la forma de liquidar no es un incumplimiento de la obligación. Y reitera los argumentos dados con ocasión de la oposición a las pretensiones de que se ocupa el Tribunal en este apartado del Laudo.

En el alegato de conclusión de la Concesionaria sobre la pretensión relativa a la declaración de que Metrolínea S.A., incumplió la obligación de desarrollar una actividad que facilitara la liquidación del contrato, según lo acordado en el Acta de Terminación anticipada del mismo, Estaciones Metrolínea Ltda controvierte las razones de la defensa sobre ese tópico, propuesta a manera de excepción por la accionada en la contestación de la demanda reformada, y pone de presente la Concedente que en la referida acta se acordó la necesidad de establecer los valores a reconocer por la terminación anticipada del contrato, dentro de un término establecido para el efecto. Insiste en que, con base en lo dispuesto por el artículo 50 de la ley 80 de 1993, la parte demandada debe responder a la actora por la abstención en el cumplimiento de su obligación de desarrollar una conducta proactiva y acorde con la buena fé exigible para la liquidación del Contrato y la determinación del valor a que tiene derecho Estaciones Metrolínea Ltda, monto que en el escrito de bien probado se identifica con la obligación de continuar pagando los intereses de los bonos emitidos para la financiación del proyecto, los cuales no se han podido pagar, agrega la Convocante, porque la Concedente se ha negado, aduciendo razones inválidas, a cumplir lo que le ordena la ley. De la declaración de la Jefe de la Oficina Jurídica de Metrolínea S.A., destaca que, en la percepción del actor, se se dejó pasar un tiempo irrazonablemente largo para proceder a la contratación del perito que determinara los valores a pagar.

Respecto de la razón dada por la accionada fundada en que no se podía proceder a liquidar el contrato por no contar con los recursos para solucionar la obligación que se estableciera, la demandante expresa que no puede supeditarse el pago de las obligaciones a la consecución de los recursos, ni puede confundirse el requisito de la apropiación presupuestal para la celebración de un contrato, que se va a pagar con recursos de la contratante, con el escenario que se genera en el caso de un contrato de concesión que terminó anticipadamente y surgió para la entidad concedente, la obligación de pagar el valor de las actividades realizadas. La demandante no acepta los argumentos de Metrolínea S.A., para justificar su conducta en este tema, pues considera que no era menester determinar los precios unitarios, dada la naturaleza del contrato, para determinar elvalor de la liquidación y tal proceder podía haberse previsto al momento en que se acordó el cronograma de actuaciones subsiguiente a la Terminación Anticipada del Contrato.

En su escrito de conclusiones en lo referente a las pretensiones de que se viene tratando, la Concedente manifestó que no se halla obligada al pago de la remuneración causada durante las etapas de suspensión del Contrato de Concesión M-LP-001-2008, por cuanto la Contratista no tenía derecho a reclamar ese pago, pues la suspensión del contrato es ante todo, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, la suspensión de sus efectos y de las obligaciones convenidas por lo que no pueden ser exigibles, y la accionada torna a argüír que dadala naturalea condiconal de las obligaciones de recibir no se halla incumplida, en la medida en que no se ha producido la condición de efectuar la liquidación del Contrato, aspecto sobre el cual el Tribunal ya ha discurrido en este Laudo. En el alegato se expresa que la única obligación que persistió fue la de pagar el arriendo del Patio Taller Provisional y no las demás, como la del pago de la remuneración durante la suspensión, y que dado el carácter transaccional de las actas de suspensión no hay lugar a reclamación de los perjuicios derivados de aquella, al no haberse señalado reparos o reservas a lo acordado en las actas de suspensión. Tampoco acepta que hubiera habido incumplimiento en la recepción del predio donde funciona el Patio Taller Provisional y la de liquidar el Contrato, de parte de Metrolínea., S.A., por la anotada circunstancia de que las obligaciones aludidas pendían del cumplimiento de una condición, la cual no se ha realizado y, por ende, sus consecuencias tampoco. Tampoco considera sucedida la obligación de liquidar el

contrato, pues en aras del principio de la buena fé y para evitar el litigo que ahora de ahora se ocupa el Tribunal, en lugar de imponer unilateralmente su voluntad decidió seguir en conversaciones con la contraparte para llegar a un consenso y proceder a la liquidación de común acuerdo, prueba de lo cual es la contratación del asesor jurídico externo y de los peritos técnicos que se han mencionado a lo largo de este Laudo. Pone de presente que la liquidación bilateral exige el consenso entre las dos partes, contratante y contratista, por lo cual, en la medida en que Estaciones Metrolínea Ltda, no se avino a un acuerdo sobre el contenido la liquidación y rehusó acoger la fórmula inicialmente propuesta al efecto, es la culpable de que la liquidación no se hubiera efectuado. Finalmente, pretexta la accionada que no podía proceder a la recepción de las obras ejecutadas, dada la modalidad de contratación utilizada que implicaba la carencia de precios unitarios y de la prueba del monto de lo ejecutado.

Consideraciones del Tribunal

1. La cláusula 66 del CONTRATO DE CONCESION M-LP-001-2008 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2008, estableció:

> "Cláusula 66. Liquidación por Mutuo Acuerdo
> Este contrato será liquidado en un plazo máximo de cuatro (4) meses, contados a partir del vencimiento del plazo del mismo, o a partir de la expedición del acto administrativo que ordena la terminación del mismo, o a partir de la fecha del acuerdo de terminación celebrado entre las parte.
> La liquidación se llevará a cabo mediante la suscripción de un acta por parte de los contratantes en la que se establecerán las sumas u obligaciones que puedan resultarse a deber entre sí, incorporando de manera detallada la liquidación que arroje los saldos correspondientes, o, en caso de que no existan deudas u obligaciones, la declaración de encontrarse a paz y salvo entre sí por todo concepto.
> Si por cualquier motivo, al liquidarse el presente contrato existieran sumas pendientes entre las partes, los contratantes convendrán el plazo y la forma de hacer el pago así como cualquier otro asunto relacionado con el mismo."

De su parte, la cláusula 67, previó:

> "Cláusula 67. Liquidación Unilateral
> Si el Concesionario no se presenta a la liquidación previa notificación o convocatoria que haga Metrolínea S.A., o las partes no llegan a un acuerdo sobre el contenido de la misma, ésta será practicada directa y unilateralmente por Metrolínea S.A., mediante acto administrativo, conforme a la ley."

En el Acta de Terminación Anticipada del Contrato M-LP-001-2008 suscrita el 12 de octubre de 2012, por las consideraciones y antecedentes 1 a 19, en lo pertinente, las partes:

"**ACUERDAN**:

> 1. Acordar que la terminación del Contrato de Concesión tendrá lugar a partir del día 12 de octubre de 2012".
>
> 2. Para determinar las sumas a favor y a cargo de las partes por virtud de lo dispuesto por la Cláusula 64.2. del Contrato de Concesión, ***y así proceder a la liquidación*** del Contrato de Concesión, las Partes han resuelto iniciar unas mesas de trabajo a partir de la fecha, las cuales se deberán reunir así: (…) ***En caso de no lograrse acuerdos***, y tal como dispone el Contrato de Concesión***, las partes podrán***, según se trate, (i) acudir a un amigable componedor técnico que defina el valor de las actividades realizadas por el Concesionario para efectos de la aplicación de la fórmula prevista en el numeral 64.2 del Contrato de Concesión, y (ii) convocar un Tribunal de Arbitramento que defina los derechos de cada una de las partes y los efectos económicos de la terminación. Los plazos de pago de las sumas de dinero, serán los previstos en el Contrato de Concesión".
>
> "3. A partir de la fecha de terminación, cesan para el Concesionario las obligaciones relacionadas con la construcción de la Estación de cabecera, patios de operación y talleres de Floridablanca del SITM, en tanto subsisten en su titularidad las relacionadas con la disposición del patio taller provisional, el PMA y el PMT de la zona de influencia de la obra, así como la custodia del predio y almacén de inventarios integrados a la construcción respectiva, hasta tanto se proceda a la liquidación definitiva del contrato ya sea por acuerdo entre las partes, decisión de un amigable componedor técnico o de un Tribunal de Arbitarmento**, tiempo que no será superior a seis meses.** (…) (subrayas ajenas al texto). [264]

De conformidad con las cláusula 66 transcrita, la liquidación del contrato por mutuo acuerdo debía realizarse dentro de los cuatro meses siguientes a la terminación anticipada el 12 de octubre de 2012, y por lo tanto, el plazo vencía el 12 de febrero de 2013.

En la Cláusula 67 del Contrato de Concesión se estipuló que en caso de que el concesionario no se presentara a la liquidación, previa notificación o convocatoria que hiciera la concedente o las partes no llegaran a ningún acuerdo sobre el contenido de la misma, ésta sería practicada directa y unilateralmente por Metrolínea S.A., mediante acto administrativo, conforme a la ley, que consagra un plazo de dos meses al efecto, y de no hacerse dentro de éste, podrá realizarse de mutuo acuerdo o unilateralmente en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento de ese término.

En el Acta de Terminación Anticipada las partes acordaron iniciar unas mesas de trabajo para proceder a la liquidación del contrato, y en la hipótesis, de "no lograrse los acuerdos", se estipuló que las partes podían acudir a un amigable componedor o a un Tribunal de Arbitramento para que defina los derechos de cada parte y los efectos económicos de la terminación.Dentro de los cuatro meses siguientes a la terminación del contrato (12 de octubre de 2012), las partes podían acordar la liquidación bilateral del

264 Cuaderno Principal No. 3, folios 683.

contrato (12 de febrero de 2013), a su vencimiento la entidad concedente disponía de dos meses más (12 de abril de 2013, Ley 1150 de 2007, art. 11, inc. 2º.) para hacerla unilateralmente, lo que no ocurrió, y en todo caso, dentro de los dos años siguientes (12 de abril de 2013, Ley 1150 de 2007, art. 11, inc. 2º.) podía realizarse unilateralmente o por mutuo acuerdo. Sin embargo, antes de su vencimiento la concesionaria, presentó la demanda arbitral el 15 de agosto de 2014. [265]

En consecuencia, si bien la liquidación por mutuo acuerdo debía efectuarse dentro de los cuatro meses a la terminación del contrato, no es menos cierto es que para que se produjera la liquidación bilateral contemplada en la Cláusula 66 del contrato de Concesión, se requería el mutuo acuerdo de las partes sobre las sumas a favor y a cargo de ellas, (numeral 2., del Acuerdo contenido en el Acta de Terminación bilateral del Contrato), condición que no se produjo, por ello las partes podían acudir para dirimir sus diferencias al amigable componedor o al Tribunal de Arbitramento, según lo

[265] El artículo 60 de la Ley 80 de 1993, -derogado parcialmente por el artículo 32 de 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', publicada en el Diario Oficial No. 46.691 de 16 de julio de 2007, que empezó a regir seis (6) meses después de su promulgación según su artículo 33,- preceptuaba: "ARTÍCULO 60. DE SU OCURRENCIA Y CONTENIDO. Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga. También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar. En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo. Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato". El artículo 217 del Decreto 19 de 2012, publicado en el Diario Oficial No. 48.308 de 10 de enero de 2012, modificó el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, así: "ARTÍCULO 60. DE SU OCURRENCIA Y CONTENIDO. Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación. También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar. En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo. Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato". El artículo 61 de la Ley 80 de 1993, derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, establecía: "ARTÍCULO 61. Si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdo sobre el contenido de la misma, será practicada directa y unilateralmente por la entidad y se adoptará por acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición". El artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, dispone: "ARTÍCULO 11. DEL PLAZO PARA LA LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS. La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga. En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A. Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A.

convenido en el numeral 2 de la parte del Acuerdo del Acta de Terminación Anticipada del contrato.

Las actuaciones de Metrolínea S.A., al adelantar conversaciones sobre la determinación de las cantidades reclamadas por Estaciones Metrolínea Ltda, demuestran que estuvo activa y diligente en lograr acuerdos para efectuar la liquidación que había quedado sometida la condición de que se obtuvieran.

Por lo anterior, no es factible acceder a la primera parte de la Pretensión Trigésima Novena, y, de contera tampoco la consecuente de ésta, contenida en la segunda parte de la mencionada pretensión.

3. En lo que respecta a la pretensión subsidiaria sobre un abuso de derecho al no adelantar la liquidación dentro del término contractual de los cuatro meses siguientes a la terminación del contrato, pertinente memorar que el ejercicio de todo derecho por su titular debe ajustarse a los cánones de su reconocimiento, estructura y función. Cuando se rompen, desconocen, afectan o alteran y causa un daño a otros derechos reconocidos y protegidos debe repararse los daños causados, por cuanto de conformidad con el numeral 1º del artículo 95 de la Constitución Política de 1991, todas las personas y todos los ciudadanos deben *"[R]espetar los derechos ajenos y no abusar de los propios", y* según el articulo 830 del Código de Comercio "*el que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause"*.[266] La admisibilidad y desarrollo de la teoría del abuso del derecho, sus fundamentos, presupuestos, razón de ser, ámbito, expresiones, extensión y efectos antes de su expresa consagración normativa, es fruto del notable esfuerzo de la Corte Suprema de Justicia durante la segunda mitad de los años treinta del siglo pasado "*por actualizar el derecho civil a las nuevas realidades*" merced al influjo de la tradición jurídica de entonces y al desarrollo de los *principios generales del derecho.*[267] En efecto, en sentencia de 21 de febrero de 1938 (XLVI, 61), la

[266] Entre otras, arts. 333 Constitución Política; 72, 98. E.O.S.F; 131,132, 133 y ss; arts. 45 [5], 46, 50, Decreto 2153 de 1992; Ley 142 de 1994; 12, Ley 795 de 2003 ; 43, Ley 1258 de 2008; 11, Ley 1328 de 2009; 38,42,43, Ley 1480 de 2011.

[267] La Corte suprema de Justicia, en cas.civ. sentencia de 30 de agosto de 2010, exp. 11001-3103-008-1998-00081-01, reiteró: Los Principios generales del derecho "constituyen prenotados, reglas o directrices primarias, universales, abstractas e irradiantes de todo el sistema jurídico, y por consiguiente, de la actividad de los jueces en su función prístina de administrar justicia. En este sentido, sirven al propósito de crear, integrar, interpretar y adaptar todo el ordenamiento jurídico. En el ordenamiento patrio, explica autorizado comentarista, "fue singularmente significativa la intervención de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de la segunda mitad de los años 30, que modernizó la concepción, la interpretación y la

Corte Suprema de Justicia, partiendo del carácter relativo de los derechos "*dados para la sociedad, a la cual sirven, más que al individuo",* postuló la directriz cardinal de ejercerlos "*dentro del plano de la respectiva institución, conforme al espíritu que los inspira…*" y "*abusivo todo acto que, por sus móviles y por su fin, es opuesto a la destinación, a la función del derecho en ejercicio*", pues "*cada derecho tiene su espíritu, su objeto y su finalidad, quien quiera que pretenda desviarlo de su misión social, comete (…) un abuso del derecho, susceptible de comprometer con este motivo su responsabilidad".*[268]

En consonancia con las profundas transformaciones sociales, económicas, culturales y los avances del desarrollo científico consolidó la doctrina del abuso del derecho, su noción, presupuestos, efectos y la admitió no solo en el ámbito extracontractual sino contractual. En las relaciones contractuales el abuso del derecho, ha dicho la Corte Suprema de Justicia[269], podrá presentarse en cualquiera de sus fases o etapas, durante el período formativo, en su celebración, ejecución, terminación y después de ésta[270], sea por acción u omisión.[271]

En torno a los criterios de imputación se ha señalado que puede sustentarse en un factor subjetivo (intención de dañar, *animus nocendi*, dolo, error de conducta, culpa)[272], ora

---

aplicación del derecho, en esfuerzo simultáneo con las demás ramas del Estado. Así, con mentalidad abierta, introdujo el espíritu de 'jurisprudencia creadora', y con ella, los principios de la buena fe-apariencia, simulación, fraude a la ley, abuso del derecho, responsabilidad civil, imprevisión, móvil determinante, error de derecho, enriquecimiento injusto", a punto que, "[l]os principios generales del derecho han adquirido un valor 'integrador' del ordenamiento, concepciones, sentimientos, anhelos, contenidos, que pueden expresarse con fluidez, sin la virulencia de lo reprimido, de manera de agilizar la acomodación del derecho a la 'modernidad', no por afán de modo, sino por exigencia de actualidad, coherencia, justicia. En este sentido pudiera hablarse de ellos como 'derecho flexible'." (Fernando Hinestrosa, Des Principes Généraux du droit aux principes généraux des contrats, Uniform Law studies etudes de droit uniforme, Unidroit, ns. Vol. III, 1998-2/3; De los principios generales del derecho a los principios generales del contrato, en Revista de Derecho Privado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, enero/junio 2000, num. 5, p.13). […] ".

[268] Corte Suprema de Justicia, cas. civ. sentencias de 27 de octubre de 1914, G. J. XXIV, p. 260; 7 de marzo de 1934, G. J. LVII, p. 74; 5 de agosto de 1937, XLV, p. 418.

[269] Desde la sentencia de 6 de diciembre de 1899 (G. J. XV, 8), la Corte Suprema de Justicia, estimó probable la ocurrencia de abuso del derecho en las convenciones, y la ha decantado en sentencias de 6 julio de 1955, LXXX, 656; 19 de octubre de 1994, CCXXXI, p.709; 2; 31 de octubre de 1995, Exp. 4701; 2 de febrero de 2001, exp. 5670; 13 de febrero de 2002, exp. 6462; 22 de abril de 2009, Exp. 11001-31-03-026-2000-00624-01; 30 de agosto de 2011, Exp.11001-3103-012-1999-01957-01; 8 de septiembre de 2011, Exp.11001-3103-026-2000-04366-01; 14 de diciembre de 2011, Exp. 2001-01489-01; 15 de noviembre de 2013, Exp. 11001-3103-036-2003-00919-01

[270] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 16 de septiembre de 2010, expediente No. 11001-3103-027-2005-00590-01: "en '…materia contractual tiene cabida el abuso del derecho', el que puede '…presentarse en la formación del contrato, en su ejecución, en su disolución y aún en el periodo post-contractual' (G. J., t. LXXX, pag. 656), (…) pues en esos casos puede ocurrir el comportamiento de uno de los pactantes que, aunque pareciera respaldado por el derecho que en verdad le asiste, actúe '…con detrimento del equilibrio económico de la contratación…' (G. J., t. CCXXXI, pag. 746); de esta manera, la jurisprudencia también vino a señalar cómo es posible que por este aspecto fuese dable fijar límites a la autonomía de la voluntad en materia negocial."

[271] Corte Suprema de Justicia, Cas. sentencia de 24 de marzo de 1939, XLVII, 743.

[272] Corte Suprema de Justicia, Cas. sentencia 21 de febrero de 1938, XLVI, 61.

objetivo[273], la noción, estructura, utilidad, función, cauces, cargas y límites del derecho o los de la autonomía privada o libertad contractual, la anormalidad o contrariedad de sus principios axiológicos,[274] los deberes imperantes en la vida de relación, la buena fe, probidad, corrección, lealtad, confianza y previsión, su titularidad, reconocimiento, protección y ejercicio[275], el respeto e integridad de los derechos ajenos, la tutela de determinados sujetos o intereses, bien en asimetrías de los candidatos a partes o sujetos contratantes, la manipulación, o aprovechamiento de la información[276], el abuso de la posición dominante en el mercado, el abuso de la posición dominante contractual, la imposición de cláusulas abusivas[277], y en general, la evitación de conductas lesivas, y el ejercicio disfuncional.[278] A falta de definición *legis* se advierte la inexactitud de un criterio excluyente para explicar sus hipótesis, su apreciación por el juzgador en el marco de circunstancias fáctico concreto[279], y en la época contemporánea, se estima como fuente

---

[273] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 16 de septiembre de 2010, expediente No. 11001-3103-027-2005-00590-01: "La Corte, interpretando aquel sentimiento, lo asumió y expuso, en sentencia de 19 de octubre de 1994, que 'esa ilicitud originada por el 'abuso' puede manifestarse de manera subjetiva -cuando existe en el agente la definida intención de agraviar un interés ajeno, o no le asiste un fin serio y legítimo en su proceder- o bajo forma objetiva cuando la lesión proviene del exceso o anormalidad en el ejercicio de determinada facultad, vista la finalidad para la cual fue esta última incorporada y reconocida en el ordenamiento positivo' (exp. #3972). Idem; Cas. sentencia 19 de octubre de 1994, , CCXXXI, segundo semestre, 709 a 777.

[274] Corte Suprema de Justicia, Cas. sentencia 9 de abril de 1942, LIII, 302,

[275] Ernesto RENFIGO GARCIA, Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante, [2ª. Ed], Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004

[276] Corte Suprema de Justicia, Cas. sentencias de abril de 1942, Gaceta Judicial, Tomo LIII, pp. 302; 23 de octubre de 1942, Tomo 54, pp. 204-209; 7 de marzo de 1944, Tomo LVI, pp. 74-80; 6 de julio de 1955, Tomo 80, pp. 646-662; I 11 de octubre de 1973, CXLVII-81-82; 19 de octubre de 1994, Ref.: 3972; 2 de agosto de 1995; 31 de octubre de 1995; 17 de septiembre de 1998, Expediente N.° 5096; 27 de noviembre de 1998; 23 de junio de 2000, Referencia: Expediente N.° 5464; 7 de noviembre de 2000; 25 de febrero de 2002. Expediente N.° 5925; 1 de abril de 2003, Exp. 6499; 24 de enero de 2005, Expediente 2000131100011994-2131-01; 25 de marzo de 2008, Ref.: Expediente N.°. 52001-22-13-000-2008-00004-01; 1 de julio de 2008, Expediente 11001-3103-033-2001-06291-01; 1 de julio de 2008, Expediente 11001-3103-040-20001-00803-01; 11 de junio de 2010, Expediente 1100131030322003-00683-01; 31 de mayo de 2010, Expediente 25269-3103-001-2005-05178-01; 28 de abril de 2011, entre otras.

[277] Corte Suprema de Justicia, Cas. Sentencias del 19 de octubre de 1994, CCXXXI, segundo semestre, 709 a 777; 19 de octubre de 2011: sentencias de 2 de febrero de 2001, Exp. No 5670; 13 de diciembre de 2002, 8 de septiembre de 2011, Exp.11001-3103-026-2000-04366-01; 14 de diciembre de 2011, Exp.2001-01489-01; 14 de julio de 2013; 24 de febrero de 2015, Exp. 85001-3189-001-2000-00108-01.

[278] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 30 de agosto de 2011, Exp.11001-3103-012-1999-01957-01: "[…] El abuso del derecho, y en particular, la buena fe, son parámetros limitativos y correctores de la libertad contractual, y por ende, ostentan particular relevancia en estos aspectos. […] La lealtad, corrección, probidad, buena fe y el abuso del derecho, son parámetros restrictivos y correctores de la autonomía privada. La buena fe y la proscripción de abuso, constituyen constantes en la formación, celebración, desarrollo, ejecución e interpretación del acto, (…) El abuso, conducta disfuncional en beneficio exclusivo del titular y sacrificio desproporcionado de la contraparte, altera la función objetiva y esquema estructural del derecho. El juzgador, debe actuar para impedir la consecución o conservación de la asimétrica ventaja, a la luz de los principios constitucionales, legales, función social, la ausencia de derechos absolutos, correlación del poder conferido, ejercicio y su función".

[279] Corte Suprema de Justicia, Cas. sentencia 19 de octubre de 1994, , CCXXXI, segundo semestre, 709 a 777; " (…) se tiene por admitido que aquellos criterios no son excluyentes (…) y que en sistemas como el colombiano donde no se cuenta con una definición legal del "abuso", su existencia debe ser apreciada por los jueces en cada caso, en función de los objetivos de la regla de derecho frente a la cual esa figura adquiere relevancia. (…) es en verdad imposible diseñar una fórmula única aplicable a cualquier clase de derechos que permita definir el "abuso" en su ejercicio,) los tribunales sabrán en cada caso hacer uso del saludable poder moderador que consigo lleva la sanción de los actos abusivos en los términos de notable amplitud en que la consagran preceptos como el tantas veces citado artículo 830 del Código de Comercio, tomando en consideración que esa ilicitud originada por el "abuso" puede manifestarse de manera subjetiva —cuando existe en el agente la definida intención de agraviar un interés ajeno o no le asiste un fin serio y legítimo en su proceder— o bajo forma

autonoma de responsabilidad.[280] Se considera abusivo el ejercicio de un derecho cuando es disfuncional por descarrío, exceso, desviación, anormalidad, irrazonabilidad, arbitrariedad, contrariedad a su reconocimiento, función y utilidad, bien por su utilización con fines incompatibles a los previstos en los preceptos legales y el tráfico jurídico.[281]

Admitido el abuso del derecho en todas las etapas del contrato, la Corte Suprema de Justicia, a propósito del "acto ilícito abusivo", señaló:

> "(…) sobre la posibilidad de que exista abuso en ese tipo de actividades regentadas, normalmente, por una relación contractual, la Corte, ciertamente, precisó que *"el acto ilícito abusivo… tiene su fisonomía jurídica propia y en buena medida autónoma, por lo que no siempre implica de suyo un supuesto de responsabilidad extracontractual o aquiliana; también puede justificar la reparación pecuniaria de daños conforme a las reglas de la responsabilidad contractual"*, para luego señalar que *"tratándose de la autonomía de la voluntad privada y el conjunto de facultades con que en virtud de ellas cuentan las personas, facultades que se condensan en la de celebrar un determinado negocio jurídico o dejar de hacerlo, en la de elegir con quien realizarlo y en la de estipular las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse conductas abusivas que en cuanto ocasionen agravio a intereses legítimos no amparados por una prerrogativa específica distinta, dan lugar a que el damnificado, aún encontrándose vinculado por el negocio y por fuerza precisamente de las consecuencias que para él acarrea la eficacia que de este último es propia, puede exigir la correspondiente indemnización…"*, de donde concluyó que *"las entidades de crédito cuando incurren… en las que suelen denominarse 'malas prácticas bancarias' que lesionan la normatividad vigente, la buena fe o el esmero profesional con que dichas instituciones siempre deben operar en beneficio de sus clientes, puede ser fuente de abuso dada la amplia capacidad de dominio en la negociación con que cuentan, abuso que debidamente comprobado y de acuerdo con el principio general enunciado líneas atrás, le suministra base suficiente a las pretensiones resarcitorias que invocando esta modalidad de ilicitud civil, sean entabladas para obtener la reparación de los perjuicios causados".*
>
> "Igualmente, allí también se anotó que *"esa ilicitud originada por el 'abuso' puede manifestarse de manera subjetiva -cuando existe en el agente la definida intención de agraviar un interés ajeno, o no le asiste un fin serio y legítimo en su proceder- o bajo forma objetiva cuando la lesión proviene del exceso o anormalidad en el ejercicio de determinada facultad, vista la finalidad para la cual fue esta última incorporada y reconocida en el ordenamiento positivo"* (Sent. Cas. Civ. de 19 de octubre de 1994, Exp. No. 3972)."[282]

Con relación a la "*ilicitud"*[283], anota:

---

objetiva cuando la lesión proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio de determinada facultad, vista la finalidad para la cual fue esta última incorporada y reconocida en el ordenamiento positivo".

[280] Ernesto RENFIGO GARCIA, "El abuso del derecho como fuente autónoma de obligaciones", en Estudios de Derecho Civil, Libro homenaje a Fernando Hinestrosa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, T. III, 2003, p. 103, 113 y 115 y ss. "

[281] Corte Constitucional, sentencia C-258 de 2013,: "(…) En términos generales, comete abuso del derecho: **(i)** aquél que ha adquirido el derecho en forma legítima, pero que lo utiliza para fines no queridos por el ordenamiento jurídico; **(ii)** quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico; **(iii)** el titular de un derecho que hace un uso inapropiado e irrazonable de él a la luz de su contenido esencial y de sus fines; y **(iv)** aquél que invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue". Vid.. sentencias T-511 de 1993, T-411 de 1999, T-1014 de 1999; C-802 de 2002; C-159 de 2003; T-1215 de 2003, T-184 de 2005, C-1194 de 2008; C-252 de 2010; C-186 de 2011; T-507 de 2011; T-169 de 2011; C-156 de 2011.

[282] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Cas. sentencia de 22 de abril de 2009, Exp. No. 11001-31-03-026-2000-00624-01.

[283] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 1 de noviembre de 2013, Exp. 08001-3103-008-1994-26630-01: "(…) es pertinente concluir que el ejercicio adecuado de los derechos, esto es, el que se ajusta a los propósitos y límites que su propia naturaleza les impone, teniendo en cuenta para ello los parámetros que el ordenamiento jurídico vigente, con la Constitución Política a la cabeza, establezca, no es, ni puede ser, objeto de reproche, así otras personas

"(…) al haberse señalado que la parte demandada "incurrió en hecho ilícito y/o abuso del derecho" en la ejecución de una relación obligacional, ambos supuestos comportan calificar de alguna manera el comportamiento imputado, bien para determinar si fue intencionado, *animus nocendi*, o negligente, o si se presentó el ejercicio excesivo o anormal de una prerrogativa.

"2.1. La ilicitud, en materia de responsabilidad civil, implica que la conducta del sujeto contradice el ordenamiento jurídico, en la medida en que con sus acciones u omisiones se incumplen deberes jurídicos genéricos o específicos, con lo que, además, por contera, se vulneran prerrogativas o intereses legítimos de otros sujetos de derecho –los damnificados-. Por otra parte, como lo tiene señalado la Sala, en el análisis enderezado a determinar si se puede hacer una declaración de esa naturaleza, se debe establecer, adicionalmente, que la obligación indemnizatoria se puede radicar en el demandado porque existe un criterio o factor que permite imputarle a él la responsabilidad, en la generalidad de los casos en virtud de un juicio de reproche a su comportamiento, al encontrarse que actuó con culpa o con dolo, sin que se descarte que en supuestos excepcionales la atribución de la responsabilidad pueda efectuarse con base en criterios objetivos (cfr. Sent. de 16 de septiembre de 2011, exp. 2005-00058-01; Cas. Civ. de 6 de diciembre de 2011, exp. 2003-00113-01; Cas. Civ. de 9 de marzo de 2012, exp. 2006-00308-01; Cas. Civ. de 30 de octubre de 2012, exp. 2006-00372-01 y Cas. Civ. de 21 de enero de 2013, exp. 2002-00358-01). En contraste, en el abuso del derecho, una conducta, formal y aparentemente ajustada a la normatividad aplicable, entra en el terreno de lo ilícito cuando el ejercicio de la respectiva prerrogativa se realiza en forma contraria a su propia finalidad, teniendo en cuenta los principios y valores que inspiran el ordenamiento jurídico en el momento de hacer la respectiva evaluación. Lo expuesto en precedencia no escapa al ejercicio de las facultades que se reconocen a las personas en el campo de la autonomía privada, pues los comportamientos desviados, excesivos o anormales también pueden presentarse en la celebración, desarrollo o extinción de los negocios jurídicos. Como tiene explicado la Sala, el "abuso del derecho" no sólo se presenta en la esfera particular del derecho de dominio o de otros derechos reales o personales, sino también "*en la formación del contrato, en su ejecución, en su disolución y aún en el periodo post-contractual*"[284].En todo caso, es importante destacar que en el abuso del derecho la existencia de un "móvil dañino", según la Corte[285], no puede excluirse, *per se,* como tampoco otras variantes de la figura. Como se señaló en la sentencia de 19 de octubre de 1994 ya citada, la *"ilicitud originada por el 'abuso' puede manifestarse de manera subjetiva -cuando existe en el agente la definida intención de agraviar un interés ajeno, o no le asiste un fin serio y legítimo en su proceder- o bajo forma objetiva cuando la lesión proviene del exceso o anormalidad en el ejercicio de determinada facultad, vista la finalidad para la cual fue esta última incorporada y reconocida en el ordenamiento positivo*", planteamiento reiterado en la sentencia de casación de 16 de septiembre de 2010 (expediente No. 11001-3103-027-2005-00590-01).

"2.2.Frente a lo anterior, resulta desacertado afirmar, de manera general, según se sostiene en el cargo, que en el abuso del derecho en materia contractual, sea en el campo civil o en el mercantil, no tiene aplicación el criterio subjetivo de imputación, puesto que todo depende de establecer cuándo las circunstancias concretas de ejecución de una facultad o prerrogativa, lícita en principio, hacen que su ejercicio se transforme en arbitrario o desviado (…)"[286]

En torno a los supuestos de abuso, indica la Corte Suprema de Justicia:

"(...), tratándose de la autonomía de la voluntad privada y el conjunto de facultades con que en virtud de ella cuentan las personas, facultades que se condensan en la de celebrar un determinado negocio jurídico o dejar de hacerlo, en la de elegir con quién realizarlo y en la de estipular las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse conductas abusivas que en cuanto ocasionen agravio a intereses legítimos no amparados por una prerrogativa específica distinta, dan lugar a que el damnificado, aun encontrándose vinculado por el negocio y por fuerza precisamente de las consecuencias que para él acarrea la eficacia que de este último es propia, pueda exigir la

---

resulten afectadas -ejercicio legítimo del derecho-, razón por la cual la responsabilidad civil por abuso del derecho surge, como se ha reseñado, por el contrario, de los daños que su extralimitación, desviación o desbordamiento ocasione a otras personas".

[284] "Sentencia de 16 de septiembre de 2010, que reiteró doctrina anterior (LXXX-656)."

[285] "Sentencia de 21 de febrero de 1938, XLVI-61"

[286] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 15 de noviembre de 2013, Exp.11001-3103-036-2003-00919-01.

> correspondiente indemnización. Y un ejemplo sin duda persuasivo de esa clase de comportamientos irregulares, lo suministra el ejercicio del llamado "poder de negociación" por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación." [287]

El Tribunal no encuentra que la entidad concedente haya incurrido en abuso del derecho al no acordar la liquidación por mutuo acuerdo dentro de los cuatro meses siguientes al 12 de octubre de 2012 fecha de la terminación anticipada del Contrato, ni durante las reuniones sostenidas en las mesas de trabajo realizadas para definir los valores y prestaciones recíprocas de las partes, las cuales podían o no desembocar en los acuerdos, se adelantaron dentro del marco pactado, y se acordó que de no lograrse, las partes podían acudir a un amigable componedor o a un Tribunal de Arbitramento, al que acudió la concesionaria el 15 de agosto de 2014 con la presentación de su demanda, transcurridos los dos meses siguientes, y antes de los dos años posteriores.

Por lo anterior, no procede la pretensión subsidiaria de la pretensión principal trigésima novena, y al no prosperar una y otra, tampoco las pretensiones consecuenciales de condena.

Empero, los costos financieros hacen parte del valor de las actividades realizadas por el concesionario durante la construcción al tenor de la cláusula 64.2 del Contrato. De este modo, al tratarse de una actividad realizada durante la construcción su valor debe cuantificarse en la liquidación definitiva del contrato y reconocerse al concesionario, no como consecuencia de las pretensiones trigésima novena, su subsidiaria, cuadragésima y cuadragésima primera, al no presentarse el incumplimiento o abuso pretendidos, sino en virtud de la aplicación de la cláusula 64.2 que refiere al valor de todas las actividades realizadas durante la construcción, dentro del cual, se comprenden y cuyo monto debe establecerse en la fecha de liquidación.

9. Pretensiones de condena.

[287] Corte Suprema de Justicia, Cas. sentencia 19 de octubre de 1994, CCXXXI, segundo semestre, 709 y ss. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, auto de 29 de enero de 2014, Radicación 18001233100020100001610 1.

La Convocante solicita condenar a la Convocada a pagarle:

Consideraciones del Tribunal

1. De conformidad con las pretensiones declarativas que prosperan señaladas en el acápite anterior, proceden las siguientes condenas:

(a) El valor de los reconocimentos económicos resultantes de aplicar la Cláusula 64.2. como se acordó en el numeral 2 del Acta de Terminación Anticipada[288], que contiene al tenor de la Cláusula 65 del Contrato de Concesión [289] el mutuo acuerdo de las partes sobre la terminación del contrato "a partir del día 12 de octubre de 2012" respecto de las obligaciones relacionadas con la construcción, y en término no superior a seis meses en lo relativo a las obligaciones que subsistieron, [290] por la causal contemplada en el numeral 6 de la Cláusula 63 (Pretensión Duodécima)[291]

La Convocante solicita condenar a la Convocada en $140.149.668.545 en pesos de octubre de 2012 el valor resultante de la Cláusula 64.2. que comprende el Costo Directo de la Obra, los Costos Administrativos, el Costo Financiero y el Costo de Oportunidad del Capital Aportado, tal como se valoró en las experticias de Cal y Mayor y Asociados S.C., cuyo valor es inferior a la del Consorcio AnalistasTécnicos 2014, presentada por

---

[288]Acta de Terminación Anticipada del 12 de octubre de 2012: "ACUERDAN: (…) 2. Para determinar las sumas a favor y a cargo de las partes por virtud de lo dispuesto por la Cláusula 64.2. del Contrato de Concesión, y así proceder a la liquidación del Contrato de Concesión, las Partes han resuelto iniciar unas mesas de trabajo a partir de la fecha, las cuales se deberán reunir así: (…)"

[289] Acta de Terminación Anticipada del 12 de octubre de 2012, considerandos, 16, 17 y 18: "*18. Que en tratándose de una terminación anticipada fundamentada en el numeral sexto del artículo 63 del documento contractual, estipula la cláusula 65 del Contrato lo siguiente:* "La terminación anticipada del presente contrato en los casos contemplados en los numerales 5, 6, 7, 8 y 9 de la cláusula 63, se someterá al siguiente procedimiento: a) Cuando una de las partes tenga la intención de dar por terminada de manera anticipada el contrato por considerar que se ha presentado alguna de las causales mencionadas en el párrafo precedente, manifestará lo correspondiente mediante documento escrito al otro contratante, quien tendrá un termino de treinta días hábiles para manifestar su aceptación, caso en el cual se suscribirá un documento en el que se dé por terminado el presente contrato, y serán las partes, en este caso, quienes establezcan las condiciones para que se concrete dicha terminación. (...)"

[290]Acta de Terminación Anticipada del 12 de octubre de 2012: "ACUERDAN: 1. Acordar que la terminación del Contrato de Concesión tendrá lugar a partir del día 12 de octubre de 2012".

[291]"Cláusula 63. Terminación Anticipada del Contrato. El contrato de concesión terminará de manera ordinaria por el vencimiento de la vigencia del contrato y de manera anticipada en cualquiera de los siguientes eventos: (…) 6. Cuando se haya solicitado la terminación anticipada del contrato por cualquiera de las partes, por haber ocurrido la suspensión de la ejecución del contrato durante un término continúo de más de dos (2) meses. En este caso, la parte que solicita la terminación anticipada deberá notificar por escrito a la contraparte con no menos de diez (10) días de anticipación a la fecha en que se pretenda la terminación anticipada. Si la contraparte no accede a la terminación, la parte que la pretenda podrá acudir a los medios de solución de conflictos del contrato"

METROLÍNEA, la contable de JEGA Accounting House Ltda, y la de IKON Banca de Inversión S.A.S., así

Concepto	Valor Nominal	Ajuste IPC a Oct/12	Ajuste ICCP a Oct/12	Intereses Adicionales a Oct/12	Ajuste Costo Oportunidad a Oct/12	Total a Oct/12
Valor Interventoría	3,717,916,928	254,791,741	-	-	-	3,972,708,669
Costo Directo Obra	79,453,635,387	-	8,401,219,178	-	-	87,854,854,565
Costos Administrativos	11,320,573,161	782,762,700	-	-	-	12,103,335,861
Costo Financiero	28,923,176,472	-	-	-	-	28,923,176,472
Costo Oportunidad Capital Aportado	7,295,592,978	-	-	-	-	7,295,592,978
TOTAL	130,710,894,926	1,037,554,441	8,179,255,672	-	-	140,149,668,545

Tabla 2. Resumen Valores Actualizados a Octubre 2012

Este valor se actualizó en COP$167.802.419.859, así:

Concepto	Total a Oct/12	Ajuste IPC a Agto/14	Ajuste ICCP a Agto/14	Intereses Adicionales a Agto/14	Ajuste Costo Oportunidad a Agto/14	Total a Agto/14
Valor Interventoría	3,972,708,669	192,398,859	-	-	-	4,165,107,528
Costo Directo Obra	87,854,854,565	-	3,710,052,079	-	-	91,564,906,643
Costos Administrativos	12,103,335,861	586,166,316	-	-	-	12,689,502,177
Costo Financiero	28,923,176,472	-	-	14,263,886,069	-	43,187,062,541
Costo Oportunidad Capital Aportado	7,295,592,978	-	-	-	8,900,247,992	16,195,840,970
TOTAL	140,149,668,545	778,565,175	3,710,052,079	14,263,886,069	8,900,247,992	167,802,419,859

Tabla 3. Resumen Valores Actualizados a Agosto 31 de 2014

El perito indica que *"la suma que debe reconocerse al Concesionario debe reconocer los costos totales, indexados a la fecha en que se realice el pago, para que el Concesionario se encuentre en un punto de no perdida. Cualquier valor inferior al monto anteriormente indicado implicaría que el concesionario se encontraría en un punto de perdida", así:*

"La suma que debería ser reconocida al Concesionario, debe considerar los costos incurridos por Estaciones Metrolínea Ltda. desde el inicio del contrato, 18 de noviembre de 2008 hasta el 12 de octubre de 2012. En la siguiente tabla se presentan los costos en los cuales Estaciones Metrolínea incurrió. (Valores actualizados a Agosto de 2014).

Tabla 4. Costos Incurridos Estaciones Metrolínea Ltda.

	Hasta Agosto de 2014
Valor Interventoría	COP$ 4,165,107,528
Costo Directo Obra	COP$ 91,564,906,643
Gastos Administrativos	COP$ 12,689,502,177
Costo de Financiación	COP$ 43,187,062,541
Costo Oportunidad Capital[292]:	COP$ 16,195,840,970
Total	COP$ 167,802,419,859

Luego la suma que debe reconocerse al Concesionario debe reconocer los costos totales, indexados a la fecha en que se realice el pago, para que el Concesionario se encuentre en un punto de no perdida. Cualquier valor inferior al monto anteriormente indicado implicaría que el concesionario se encontraría en un punto de perdida."

292 "Calculo según metodología CAPM (mayor explicación en pregunta # 2), sobre un capital aportado de $18,812,618,710 certificado por Fiduciaria Colmena, 21 de agosto de 2014. Folder 35, folio 1-112, caja 4A."

Consideraciones del Tribunal

De conformidad con la expresada Cláusula 64.2 *"el valor de liquidación del contrato durante la etapa de construcción"* ("ValLiq"), resulta del "*valor que haya cancelado el Concesionario a la interventoría"* ("ValInt") más "*el valor de actividades que haya realizado el Concesionario durante la etapa de construcción"* ("InvCons"), menos el valor actualizado insoluto con intereses moratorios de las multas en firme impuestas hasta la caducidad ("Multas") y *el "valor de la cláusula penal que se imponga, si existiere, de acuerdo con la cláusula 58".*

Como quedó sentado en otro aparte de este laudo, para el Tribunal el "*valor de las actividades que haya realizado el Concesionario durante la etapa de construcción" ("InvCons),* es su valor total, que comprende la totalidad de los costos directos e indirectos, los costos financieros, administrativos y de construcción de la obra. El valor de las actividades realizadas por el Concesionario durante la etapa de construcción se establece al momento de la liquidación. De acuerdo con la cláusula 64.2, basta que la actividad haya sido realizada durante la construcción, y su valor debe cuantificarse en la fecha de la liquidación definitiva del contrato. Asimismo de conformidad con lo estipulado en la clausula quinta del contrato y cincuenta y uno punto 1 del mismo.

Adicionalmente, con arreglo al numeral 3 del Acta de Terminación Anticipada del 12 de octubre de 2012, *"[L]as partes reconocen que los costos en que incurra el Concesionario por las actividades relacionadas con la disposición del patio taller provisional, el PMA y el PMT de la zona de influencia de la obra, así como la custodia del predio y almacén de inventarios integrados a la construcción respectiva, harán parte y serán sumadas a las actividades realizadas por el concesionario para efectos de la aplicación de la fórmula prevista en el numeral 64.2. del Contrato de Concesión".*

En el valor resultante, además, "*se entienden incluidas las indemnizaciones mutuas por concepto de todo perjuicio derivado de la terminación anticipada del presente contrato, incluyendo pero sin limitarse a daño emergente, lucro cesante, perjuicios directos e indirectos, presentes y futuros, pérdidas o interrupciones en los negocios y otros similares."*

Bajo estos parámetros, analiza el Tribunal los diferentes conceptos pretendidos por las partes para efectos de la liquidación solicitada:

i) Valor del costo directo de las actividades realizadas durante la construcción, relativas a las obras y al inventario.

1) Este concepto procede, al concernir al valor de las actividades realizadas.

Para el Tribunal, se incluye el valor de todas las obras ejecutadas y todos los costos inherentes a las mismas, sin distinguir su carácter adicional o complementario, pues así lo acordaron los contratantes y el contrato celebrado es de concesión. La cuantificación se realiza en la fecha de la liquidación del contrato por tratarse de una actividad realizada durante la construcción, cuyo valor se establece al instante de la liquidación definitiva.

2) El del costo directo en el peritazgo elaborado por CONSORCIO ANALISTAS TECNICOS 2014, presentado por la entidad pública, asciende a $84.240.516.114,00; discriminado en la suma de $74.413.205.967 por obra ejecutada y de $9.827.310.147 por inventario. Este peritazgo valora igualmente el costo de PMA en $16.900.620,00, el costo de mantenimiento PMT en $9.616.972,64, los costos de sostenimiento generados entre octubre de 2012 a 30 de julio de 2014 en $1.919.802.834,00; consolida los gastos promedio mensuales proyectados hasta septiembre de 2014 en $104,255.837,21 mensuales; los posteriores en $162.255.837,21 y consolida en $167.558.072,92 la proyección mensual posterior a una eventual liquidación; el valor pagado a la interventoría a 11 de octubre de 2011 (entre 28 de abril de 2009 y 12 de diciembre de 2010, 19 meses, 15 días) en $2.499.978.624, valor adición de diez meses (diez meses) por $1.282.040.320 para un total cancelado de $3.782.018.944; el valor descontado a título de pago de sanciones por $1.342.412.501.

El valor del costo directo en el peritazgo elaborado por Cal y Mayor y Asociados S.C. “informe Pericial y Evaluación de Cantidades de Obra, Balance Económico y Calidad de Obra para el Proyecto Patio Portal Metrolínea, localizado en Floridablanca – Santander”

presentado por Estaciones Metrolínea Ltda., es de $79.453.635.386.64 discriminado en la suma de $69.607.679.632,15 por el valor total de la obra ejecutada y de $9.845.955.754.49 por el inventario.

Según el dictamen de Jega Accounting House Ltda, la contabilidad de la concesionaria que los soporta, se lleva de conformidad con las normas legales.

El dictamen financiero elaborado por IKON Banca de Inversión S.A.S., actualiza el valor de $79.453.635.386.64 expresado en pesos de octubre de 2012 con el IPC certificado por el DANE en $87.854.854.565,00, y a agosto de 2014 en $91.564.906.643.

En consideración a la coincidencia de las partes, al menor valor que arroja, y a lo expuesto por la entidad estatal, tomará el costo directo (valor total de la obra ejecutada e inventario), del peritazgo de Cal y Mayor Asociados S.C.[293], con las precisiones que se exponen a continuación.

3) El Tribunal ha examinado las experticias del CONSORCIO ANALISTAS TECNICOS 2014, Cal y Mayor y Asociados S.C., Jega Accounting House Ltda y la emitida por IKON Banca de Inversión S.A.S., y, en general, encuentra en sus afirmaciones respaldo técnico y metodológico, en cuanto a las distintas obras cuantificadas in situ y comprobadas de visu, en la medida en que esto era posible, dado que estaban a nivel del lote donde se ejecutaron, con apoyo en las memorias de cálculo, planos detallados, verificaciones topográficas utilizadas por el perito, a las cuales se les debe otorgar su valor probatorio. Los análisis, estudios y conclusiones de los dictámenes técnicos de parte, son coincidentes y comparables en la generalidad de las obras, *items,* cantidades y, el cálculo realizado por los expertos en algunos *items* no coincide, por la metodología y valoración utilizada,

[293]Dice en el alegato de conclusión Metrolínea S.A.: "De acuerdo con las pruebas obtenidas dentro del proceso, la determinación de los anteriores valores - *Costos directos de construcción:* con base en el dictamen realizado por Cal y Mayor, aportado por Estaciones Metrolínea, el valor de las obras o los costos directos –incluyendo el inventario de materiales– asciende a la suma de COP$ 79.453.635.386,64, a precios históricos".

Los peritazgos mencionados coinciden, salvo en algunos rubros en cuanto a cantidades de obra y, por consiguiente, a sus precios, y han manifestado las razones de tales divergencias.

Por lo que a las magnitudes de obras ejecutadas en el Patio Taller Provisional concierne, el CONSORCIO ANALISTAS TECNICOS S.A.S., asume los datos suministrados con la consideración de que fue un hito aprobado por la Interventoría, si bien ambos peritajes advierten que ésta contratista no llevó un informe detallado de cantidades de materiales ni de otra ejecutada, por virtud de la forma como se realizó la contratación, y de la manera de retribuírsele al Contratista el monto de la inversión para ejecutar el objeto del contrato M-L-P-001-2008.

Los procedimientos para establecer los precios unitarios y las cantidades actas de obra realizadas fueron similares en ambos peritajes, sin que pueda encontrarse una exactitud matemática en ellos, dadas, de una parte, la circunstancia que muchas de las obras ejecutadas se encuentran bajo tierra y, de otra, las fuentes consultadas para verificarlos y las zonas territoriales de donde se origina los datos pertinentes, como lo aceptan los peritos en sus versiones en audiencia sobre el alcance y contenido de sus dictámenes.

A la primera dificultad acude a superarla el uso de las técnicas de cálculo y experiencia de la ingeniería utilizadas por los expertos; y, en la medida en que el peritaje contable con apoyo en facturas y soportes de esa clase estableció unos valores y, por otro aspecto, tales cifras y cantidades no adolecen de soportes físicos que los respalden, a tales cantidades, con la precisión que delante se puntualiza en cuanto aparezcan falencias en la determinación de cuantías de cantidades que no le den al fallador plena convicción para acoger las conclusiones de las pericias, serán asumidos como pruebas idóneas, máxime teniendo en cuenta que ni el procedimiento utilizado por los peritos, ni las cantidades derivadas de sus pesquisas fueron objetadas, el Tribunal las tendrá como demostrativas de los hechos a que se refieren.

No sucede lo mismo, como se acaba de anunciar, en cuanto a las bases y asunciones de factores utilizados para establecer las cantidades y valores de los concretos ejecutados en el Patio Taller Provisional. Así, la asunción de un ancho de cimiento de

0,40 mts, (vid. Pericia, pág. 9) para las cimentaciones no tiene explicación que permita al Tribunal aceptarla como elemento pleno de validez de sus conclusiones que lo lleve a la convicción de que los valores determinados en los ítems del el Patio Taller provisional mencionados en la página 10 de la experticia de CAL Y MAYOR S.C., correspondan exactamente a la obra ejecutada y a su valor preciso. Eso es así, tanto más, si se tiene presente que los documentos fuentes fueron planos estructurales sin detalles. Y se encuentra contradicción entre lo expresado en el dictamen con lo dicho por el experto en su declaración en audiencia, en el sentido de que los cálculos hechos son más teóricos que reales, como se ha expuesto antes, y que la Interventoría no indicó precisiones al respecto de la aprobación del hito aludido en la comunicación de 19 de noviembre de 2012. Los ítem 3, cimentaciones y estructuras (pág. 10 de la pericia) fueron, según se lee en la página 10 del documento, como todas las cimentaciones medidas, calculadas asumiendo un ancho de cimentación de 0.40 mts. También se dice en el peritaje que en las vías y andenes, ante la imposibilidad de medir los espesores de las capas de pavimento, para lo cual se requería romper el pavimento en varios sitios, se procedió a medir las áreas y la cantidad así obtenida se dividió por el volumen ejecutado, **para obtener unos espesores teóricos**. (destaca el Tribunal). No puede tampoco aceptarse como debidamente establecido el espesor del concreto asfáltico con solas consideración de la imprimación pagada; el cálculo de realidades físicas requiere para su aceptación, una verificación real y no simplemente teórica o de inferencia indirecta para determinarlas.

Como en el sub lite es indudable que los valores de los concretos no tienen un cálculo básico real, como se desprende del informe perical en la materia, a la luz de la lógica no puede acogerse en el fallo unas cantidades sin verificación material de las dimensiones del espesor de los concretos que tiene incidencia considerable en la cuantificación de sus costos, y sobre tal deficiencia no es dable al juez formular condena alguna con base en asunciones no explicadas y precisas en lo referente a tales cantidades. Igual sucede con el método utilizado para calcular la sub base granular donde se “asumió” su colocación bajo el Concreto MR- 14. En consecuencia, el cálculo de los volúmenes y valores de los ítems inadecuadamente “asumidos” por el perito no será acogido por el Tribunal. Los datos consignados en el documento pericial, página 9 y siguientes, en lo que se refiere al cálculo de concretos en los items citados en la pericia, en cuanto se

toman para el Patio Taller Provisional, no adquieren valor demostrativo en la medida en que se basaron en espesores del concreto sin indicar la razón de esa consideración, ni la demostración de la adecuada comprobación de tal elección. Respecto del ítem No. 3, cimentaciones y estructuras, las cifras que no aparecen debidamente establecidas por la deficiencia de la base de su cálculo asuma la cantidad de $ 67.476.444.00 Respecto del ítem No. 12, VIAS Y ANDENES 3, respecto del ítem No. 12.2, PAVIMENTACION ASFALTICA, las cifras que no aparecen debidamente establecidas por la deficiencia de la base de su cálculo se asignó en la cantidad de $ 583.363.666.30. En el item 12.1 Imprimación, del patio taller provisional se adoptó en el peritaje técnico la suma de $ 31.813.818.96. En cuanto al ítem 12.3, base granular, las cifras obtenidas a partir de los cálculos teóricos y asumidas con base en la imprimación pagada más el área donde se halló pavimento rígido MR.-41, se calculó en $ 200. 612.484.00. El ítem 12.4, Sub-Base granular, calculada con fundamento en los planos y asumiendo colocació de la misma bajo el concreto MR-41, se le asignó un valor de $ 30.509.052.00. El ítem 12.5, Concreto MR-41, con observación del pavimento rígido, se obtuvo un espesor de 0.19 mts., y se le estableció precio de $315.858.143.75.

En la medida en que el precio de las cantidades de obra calculadas con base en el rango de espesor que el perito asumió, al igual que el recto de los materiales y mano de obra, como lo dice a folio 10 en su dictamen CAL Y MAYOR, fueron traídas a valor presente por el experto financiero hasta el 31 de agosto de 2014, procede la detracción de la suma de los ítems que adolecen de esa deficiencia, actualizadas por el experto financiero sobre aquella base y una vez traídas a valor presente a la fecha del Laudo con el mismo modelo que se utilizó para determinarlas todas en su conjunto, y el resultado se restarán del valor actualizado por el experto financiero del sobre el ítem y el monto correspondientes y en los cuales se incluyeron.

En la página 40 del Dictamen, sobre el conjunto de obras en el Patio Taller Provisional, CONSORCIO ANALISTAS TECNICOS., S.A. S., expresaron que el item cimentación de que se venía tratando para toda la obra, se había cuantificado en el año 2012, y no tuvo variaciones, por cuanto esta obra fue avalada y recibida por la Interventoría y puesta en funcionamiento por Metrolínea S. A. Eso es así, tanto más, si se tiene presente que los documentos fuentes fueron planos estructurales sin detalles y sin que

uno de los factores del cálculo, el espesor del concreto, se aplicó sin verificar en la realidad tal valor, y se asumió uno sin que el perito explicara satisfactoriamente razones satisfactorias para la elección de ese espesor. Y aparece una contradicción entre lo expresado en el dictamen con lo dicho por el experto en el sentido de que los cálculos hechos son más teóricos que reales, como se ha expuesto antes, y que la interventoría no indicó precisiones al respecto de la aprobación del hito aludido en la comunicación de 19 de noviembre de 2012.

La prueba contable tiene las limitaciones propias de su naturaleza, pues ella sólo se refiere a la exactitud de las facturas y soportes de los gastos, y su adecuada inclusión en los libros correspondientes. La determinación precisa de los valores asumidos por el perito contable, en caso necesario o cuando se evidencien inadecuados los cálculos de las obras materialmente realizadas, deben ser ratificados con las indagaciones in situ y real de las obras ejecutadas; de donde se sigue que sólo la conformación y adecuación de la prueba contable con la pericia técnica debida y plenamente ejecutada, en las hipótesis enunciadas, le permiten al juez acoger las conclusiones coincidentes de ambas.

Como en el sub lite es indudable que los valores de los concretos no tienen un sustento básico real, a la luz de la evaluación de la prueba y de la lógica mediada por la apreciación racional de los elementos de convicción, no puede acogerse en el fallo unas cantidades sin verificación exacta de las dimensiones del espesor de los concretos que tiene incidencia considerable en la cuantificación de sus costos, y sobre tal deficiencia no le es dable al juez formular condena alguna en lo referente a tales cantidades.

El cálculo de los volúmenes y valores de los ítems inadecuadamente “asumidos” por el perito no será acogido por el Tribunal, por los motivos expuestos. El ítem 3, cimentaciones y estructuras (pág. 10 de la pericia) fueron, según se lee en la página 10 del documento, como todas las cimentaciones medidas, calculadas asumiendo un ancho de cimentación de 0.40 mts. También se dice en el peritaje que en las vías y andenes, ítem 12 ibídem), ante la imposibilidad de medir los espesores de las capas de pavimento, para lo cual se requería romper el pavimento en varios sitios, se procedió a medir las áreas y la cantidad así obtenida se dividió por el volumen ejecutado, PARA

OBTENER UNOS ESPESORES TEORICOS. (destaca el Tribunal.) No puede tampoco aceptarse como debidamente probado el espesor del concreto asfáltico –item 12.1-con sola la consideración de la imprimación pagada; el cálculo de realidades físicas requiere para su aceptación, una verificación real y no simplemente teórica o una inferencia sin soporte razonable, para determinarlas si éstas no satisfacen las exigencias lógicas y materiales del caso. Ocurre lo mismo en relación con el ítem 12.2, pavimentación asfalto MDC2 ^{M3} Igual sucede con el método utilizado para calcular la base granular –item 12.3- donde se "asumió" su colocación bajo el Concreto MR- 14 El ítem 12.4, sub base granular en metros cúbicos, queda, igualmente, afectado de la deficiencia mencionada, no obstante haber utilizado planos para su cálculo, que, como se dijo en la controversia del testimonio por el perito, no tenían detalles precisos. Los datos y método asumidos para calcular el área de los muros en Dry Wall y cielo rasos. (ítem 13.01.02.03.04.y 05) permiten su aceptación, dada la situación y naturaleza de estos ítems. Según el presupuesto de la obra ejecutada (Anexos a la pericia) se establecen los montos asignados a las actividades relacionadas con los ítems precitados.

Concepto	Valor
Pisos en concreto	67.476.444.00
Imprimación	31.813.818.96
Pavimentación asfáltica	583.363.666.30
Base granular	200.612.484.00
Sub base granular	30.509.052.00
Concreto MR-41	315.858.143.75
Total ítems asumidos	$ 1.229.633.609.01

En consecuencia del valor determinado por Cal y Mayor S.C a la obra ejecutada, o sea, $ 69.607.679.632.15 se deducirá la suma de $1.229.633.609.01 que para el Tribunal no tienen soporte preciso, lo que arroja un valor de $68.378.046,023,14 y se adicionará el de los inventarios de almacén por $9.845.955.754.49, para un costo directo total de $78.224.001,777, 63.

El valor se actualizará aplicando el ICCP, índice de costos de la construcción pesada, a 31 de diciembre de 2015, última información disponible, según el DANE, y con el modelo de actualización utilizado por el experto, así:

Concepto	Valor nominal	Valor Actualizado a Octubre/2012	Valor actualizado a Dic/2015-En-2016	Valor total Actualizado a Dic/2015-En-2016
Costo directo de la obtra	78.224.001.78	86.495.202.720	16.980.480.002	95.204.481.780
Total reconocido				95.204.481.780

ii) Valor de los costos de administración de las actividades realizadas por el concesionario.

La cuantificación debe efectuarse en la fecha de la liquidación del contrato por tratarse de una actividad realizada durante la construcción, cuyo valor se establece al instante de la liquidación definitiva. Los costos administrativos que se hayan causado con posterioridad a la fecha de corte del dictamen de los expertos y los que se causen hasta la fecha de liquidación definitiva del contrato, deben incluirse en el valor de la liquidación definitiva y serán reconocidos y pagados por Metrolínea S.A a Estaciones Metrolínea Ltda, debidamente actualizados con el IPC y así se dispondrá al decidir sobre la pretensión de liquidación del contrato.

El dictamen contable de Jega Accounting House Ltda., precisa que los "*costos administrativos del proyecto para la construcción de la Estación Cabecera y los Patios de Operación y Talleres de Floridablanca del Sistema Integrado de Transporte Masivo del Área de Bucaramanga ascienden a la suma de $11.320.573.161"* hasta el 12 de octubre de 2012, *"conformados por **$4.319.977.899** del **Consorcio EM** y **$7.000.595.262** de **Estaciones Metrolínea Ltda",*** **así:**

RESUMEN COSTOS ADMINISTRATIVOS DEL CONCESIONARIO	2.009	2.010	2.011	1 de Enero al 12 de Octubre 2.012	TOTAL
TOTAL CONSORCIO EM	251.716.165	2.906.097.631	1.003.996.860	158.167.243	4.319.977.899
TOTAL ESTACIONES METROLÍNEA LTDA	3.024.880.247	1.722.293.465	785.047.635	1.468.373.915	7.000.595.262
TOTAL COSTOS ADMINISTRATIVOS DEL CONCESIONARIO	3.276.596.412	4.628.391.096	1.789.044.495	1.626.541.158	11.320.573.161

El dictamen de IKON Banca de Inversión S.A.S., actualiza en pesos de octubre de 2012 con el IPC certificado por el DANE este valor en $12.103.335.861, y en $12.689.502,177 a agosto de 2014.

Los costos administrativos cuantificados por CONSORCIO ANALISTAS TÉCNICOS 2014, son mayores a los de Jega Accounting House Ltda. El Tribunal toma los datos del dictamen contable.[294]

El valor será actualizado aplicando el IPC, a 31 de enero de 2016, última información disponible, según el DANE, siguiendo el modelo de actualización utilizado por el experto, así:

Concepto	Valor nominal	Valor Actualizado a Octubre/2012	Valor actualización a Dic/2015-En-2016	Valor total Actualizado a Dic/2015-En-2016
Costos Administrativos	11.320.573.161	12.103.335.861	16.980.480.002	13.819.282.420
Total reconocido				13.819.282.420

iii) Valor de la interventoria de las actividades realizadas por el concesionario.

El dictamen contable de Jega Accounting House Ltda., precisa que "*el valor pagado al Interventor del Contrato de Concesión ascendió a la suma de $ 3.717.916.928, conformados por $1.794.856.448 pagados directamente por Estaciones Metrolínea Ltda y $ 1.923.060.480 pagados por el Patrimonio Autónomo - Fideicomiso Estaciones Metrolínea bajo las instrucciones y por cuenta de Estaciones Metrolínea Ltda",* en valores históricos de cada mes desde junio de 2009 a octubre de 2011, así:

Estaciones Metrolínea Ltda.

NOMBRE	2009	2010	2011	TOTAL
CONSORCIO PATIOS FLORIDA CEAS	897.428.224	512.816.128	384.612.096	1.794.856.448

Patrimonio Autónomo – Fideicomiso Estaciones Metrolínea

NOMBRE	2009	2010	2011	TOTAL
CONSORCIO PATIOS FLORIDA CEAS		1.025.632.256	897.428.224	1.923.060.480

El dictamen financiero elaborado por IKON Banca de Inversión S.A.S.actualiza en pesos de octubre de 2012 con el IPC certificado por el DANE este valor en $3.972.708.669, y a agosto de 2014 en $4.165.107,528. CONSORCIO ANALISTAS

[294] Dice en el alegato de conclusión Metrolínea S.A *:"Costos de administración:* con base en los dictámenes contable de Jega Accounting Ltda., y financiero de Ikon, los costos administrativos ascienden a la suma COP$ 11.320.573.161, mientras que el valor pagado a la Interventoría asciende a COP$ 3.717.916.928, para un total de COP$ 15.038.490.089, a precios históricos"

TECNICOS 2014, cuantificó este valor en $3.782.018.944. El Tribunal toma los datos del dictamen contable.

Los "*costos administrativos*" y de la interventoría proceden, y entiende el Tribunal que deben tomarse en su totalidad como coinciden ambas partes, en tanto la fórmula refiere al valor total de las actividades realizadas por el concesionario.

El valor será actualizado aplicando el IPC, a 31 de enero de 2016, última información disponible, según el DANE, siguiendo el modelo de actualización utilizado por el experto, así:

Concepto	Valor nominal	Valor Actualizado a Octubre/2012	Valor actualización a Dic/2015-En-2016	Valor total Actualizado a Dic/2015-En-2016
Costos Administrativos	3.717.916.928	3.972.708.669	818.021.238	4.535.938.166
Total reconocido				4.535.938.166

iv) Valor de los costos financieros de las actividades realizadas por el concesionario

Este concepto igualmente procede al estar comprendido en el valor de las actividades realizadas por el concesionario durante la construcción. La estipulación es clara, el contrato celebrado es de concesión y el esquema financiero

El dictamen contable de Jega Accounting House Ltda., establece los costos financieros de las actividades realizadas por el Concesionario en $28.923.176.472,99 hasta octubre de 2012, y en $14.263.886.068,24 los posteriores a este mes, para un total de $43.187.062.541,22 a septiembre 30 de 2014. En respuesta a la pregunta No. 3, contesta:

"De conformidad con las evaluaciones y verificaciones efectuadas por el Perito a la información, documentación y soportes suministrados por la Fiduciaria Colmena S.A., los costos financieros totales en que incurrió el Concesionario para el desarrollo del proyecto a septiembre 30 de 2014, ascendieron a la suma de **$43.187.062.541,22,** como se muestra a continuación:

DESCRIPCIÓN	VALOR		TOTAL
	HASTA OCTUBRE DE 2012	POSTERIOR A OCUBRE 2012	
INTERESES CRÉDITO SINDICADO	1.607.858.395,42		1.607.858.395,42

INTERESES DE EMISIÓN	19.916.636.557,96	14.263.886.068,24	34.180.522.626,20
COMISIONES	7.398.681.519,60		7.398.681.519,60
TOTAL	**28.923.176.472,99**	**14.263.886.068,24**	**43.187.062.541,22**

De otra parte, la Fiduciaria Colmena S.A. expidió una certificación de fecha 30 de octubre de 2014, de los costos financieros totales en que incurrió el Concesionario para el desarrollo del proyecto, que de conformidad con dicha certificación ascendieron a la suma de **$43.187.062.541,22** a septiembre 30 de 2014.
Fotocopia de dicha certificación se adjunta como **Anexo No. 2** (en papel)
A continuación se transcribe la certificación emitida por la Fiduciaria Colmena S.A.

"CERTIFICACIÓN

ANDRES FERNANDO PRIETO LEAL, mayor de edad, vecino de esta ciudad, identificado con cédula de ciudadanía número 80.413.603 expedida en Usaquén, actuando en mi calidad de Representante Legal de FIDUCIARIA COLMENA S.A., sociedad de servicios financieros constituida mediante escritura pública número 562 del 9 de abril de 1981, otorgada en la Notaría 12 del Círculo de Bogotá D.C., todo lo cual se acredita en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia, sociedad que para todos los efectos del presente documento actúa única y exclusivamente en su calidad de vocera del patrimonio autónomo denominado FIDEICOMISO ESTACIONES METROLÍNEA LTDA, constituido mediante el contrato de fiducia mercantil contenido en el documento privado de 2 de octubre de 2009, modificado mediante el Otrosí Integral No. 1 suscrito el 8 de enero de 2010 y el Otrosí Integral No. 2, del 30 de mayo de 2014, me permito indicar que los costos de financiación registrados en el patrimonio autónomo derivados del esquema de financiación que Estaciones Metrolínea Ltda estructuró con el fin dar cumplimiento al contrato de concesión M-LP-001-2008, son los siguientes:

ITEM	***VALOR A SEPTIEMBRE 30 DE 2014***		***TOTAL***
	A OCTUBRE DE 2012	***DESDE OCTUBRE 2012***	
INTERESES CREDITO SINDICADO	*$ 1.607.858.395,42*		*$ 1.607.858.395,42*
INTERESES EMISION	*$ 19.916.636.557,96*	*$ 14.263.886.068,24*	*$ 34.180.522.626,20*
COMISIONES (NOTA 1)	*$ 7.398.681.519,60*		*$ 7.398.681.519,60*
TOTAL	***$ 28.923.176.472,98***	***$ 14.263.886.068,24***	***$ 43.187.062.541,22***

NOTA 1:
Comisión pagada por colocación de los Bonos Estaciones Metrolínea Ltda., la cual se imputó al valor facial de los intereses de los bonos, y que se registró como diferido que se amortiza a lo largo de la vida de la emisión, de manera que el valor neto de los intereses pagados en cada período es el correspondiente a la tasa facial, menos la amortización gradual del valor de la comisión de colocación.
Bogotá. D.C., 30 de octubre de 2014
ANDRES FERNANDO PRIETO LEAL
Representante Legal
vocera del Fideicomiso Estaciones Metrolínea Ltda.
Archivo: 1460-18. 1/1477"

Para el Tribunal resulta claro, en armonía con lo anteriormente expuesto, que Metrolínea S. A., debe reconocer y pagar a Estaciones Metrolínea Ltda, las sumas que canceló por la financiación de las actividades realizadas durante la construcción, y las que debe cancelar hasta la fecha efectiva de la liquidación complementaria y definitiva ordenada en este laudo. En efecto, el costo de la financiación obtenida mediante la emisión de los bonos Metrolínea con sus intereses y demás costos de la emisión para realizar esas actividades durante la construcción, se incluye dentro dichas actividades y de su valor. En consecuencia, Metrolínea S.A debe reconocer y pagar a Estaciones Metrolínea Ltda, lo que ha pagado por concepto de intereses y demás costos de la emisión de los bonos, y lo que deba seguir pagando después del 30 de septiembre de 2014, fecha del corte de los dictámenes periciales, de acuerdo con la certificación expedida por Fiduciaria Colmena como administradora del Patrimonio Autónomo Estaciones Metrolínea Ltda., y hasta la fecha efectiva de la liquidación complementaria y definitiva ordenada en este laudo en la que han de incluirse, y así se dispondrá al decidir sobre la pretensión de liquidación del contrato.

El valor de estos costos conforme a los dictámenes de Jega Accounting House Ltda y de IKON Banca de Inversión S.A.S. que incluye todos los conceptos a 30 de septiembre de 2014 asciende a $43.187.062.541,22; a octubre de 2012 a 28,923,176,472 y después de ésta fecha hasta el 30 de septiembre de 2014 a 14,263,886,069.

v) Valor del costo de oportunidad del capital invertido en las actividades realizadas por el Concesionario.

El dictamen de IKON Banca de Inversión S.A.S., cuantifica en $ 7.295.592.978 el costo de oportunidad "sobre un capital aportado de $18,812,618,710 certificado por Fiduciaria Colmena, 21 de agosto de 2014. Folder 35, folio 1-112, caja 4A.", y lo actualiza a agosto de 2014 a $16.195.840.970.

Determina el "costo de oportunidad" con el método "CAPM", y explica:

> **"Capital Asset Pricing Model (CAPM)**: corresponde a la determinación del costo de capital o costo de oportunidad para el capital invertido en un proyecto. En esta metodología **se establece una tasa base correspondiente al retorno esperado de una inversión sin riesgo y se agregan diferentes primas de riesgo dependiendo del riesgo del sector económico y geográfico, entre otros, del proyecto.** Se utiliza únicamente para actualizar el costo de oportunidad del capital invertido, el cual consta de los recursos de accionistas o aquellos que son diferentes a endeudamiento financiero" (Página 8)
>
> "Las fuentes utilizadas para obtener los recursos por lo general son endeudamiento financiero y aportes de capital. Cada una de ellas tiene un costo asociado: en el caso de endeudamiento financiero el costo principal es la tasa de interés (junto con los costos de transacción relacionados) y en el caso del aporte de capital el costo principal es el que denominaremos el *costo de oportunidad de capital*, que corresponde a la remuneración mínima esperada por el aportante de capital." (Página 13)

En la asignación metodológica para costo, precisa:

- Costo de Financiación
  Como se mencionó previamente, el Costo de Financiación comprende el Costo de Endeudamiento y el Costo de Oportunidad de Capital, los cuales serán explicados a continuación.

- Costo de Endeudamiento
  Los Costos de Endeudamiento utilizados fueron los presentados por el Perito Contable incurridos en los intereses del Crédito Sindicado, Intereses de Emisión y Comisiones.

- Costo de Oportunidad de Capital
  La metodología utilizada para el cálculo del costo de oportunidad del capital fue la de CAPM (Capital Asset Pricing Model), en la cual se determina una tasa de retorno esperada por un inversionista en función al tipo de negocio a evaluar. Este análisis asume que un inversionista participa en un negocio financiero siempre y cuando la tasa esperada sea igual o superior a su costo de oportunidad, por lo cual, la mínima tasa de retorno esperada es aquella que remunera de manera adecuada el riesgo del negocio asumido por el inversionista.

El modelo CAPM permite precisamente una estimación de esta tasa de retorno del inversionista. El cálculo parte de una tasa base sin riesgo (Rfr), la cual se incrementa en función a indicadores que permiten determinar el riesgo del tipo de negocio en el que se ha realizado la inversión, como son el riesgo financiero del sector económico y el riesgo financiero del país, entre otros. Los datos utilizados para la tasa libre de riesgo (Rfr), riesgo del sector (Rs) y riesgo del país (Rp) se presentan en el Apéndice # 2 en el documento adjunto de Excel, indicando la fuente de donde fueron tomados.

Para la tasa libre sin riesgo se toma una inversión que arroje el mínimo riesgo del mercado, por lo general los bonos del tesoro de los Estados Unidos a 10 años. Para el riesgo del sector se utilizan datos del retorno de las acciones de empresas del sector económico, transadas en la Bolsa de Nueva York (que tiene la mayor base de datos disponible), ajustado por el coeficiente Beta que indica la correlación entre la variación de la inversión y la variación general del mercado, ajustado por factores propios del mercado como la tasa impositiva y factores propios de la inversión como la estructura de capital. Por último el riesgo país es medido con la variación entre bonos soberanos emitidos por países y bonos del tesoro americano. Dado que los datos son tomados a partir del comportamiento en el mercado de Estados Unidos, el anterior cálculo es ajustado por inflación y por la devaluación para obtener el costo de oportunidad del capital para el mercado colombiano" (páginas 14 y 15)

Más adelante, al contestar algunas alternativas, indica:

"En la siguiente tabla se puede observar el capital aportado por Estaciones Metrolínea durante el periodo de 2009 y el 2014, información obtenida por medio del perito contable y certificación emitida por Fiduciaria Colmena, el 21 de agosto de 2014, la cual establece que el total de aportes realizados por Estaciones Metrolínea es de COP$ 18,812,618,710 pesos (dieciocho mil ochocientos doce millones seiscientos dieciocho mil setecientos diez pesos colombianos m/cte.)

En el evento en que el Tribunal de Arbitramento decida reconocerle una suma equivalente al costo de oportunidad de los recursos propios, Estaciones Metrolínea Ltda. tendría un beneficio equivalente a pesos de Agosto de 2014, actualizados con el costo de capital, de COP$ 16,195,840,970 pesos (Diez y seis mil ciento noventa y cinco millones ochocientos cuarenta mil novecientos setenta pesos colombianos m/cte.). La tasa utilizada se encuentra en el Apéndice 2 del documento adjunto de Excel Anexo Perito Financiero.

Tabla 5. Capital Aportado por Estaciones Metrolínea Ltda.

	2009	2010	2011	2012	2013	2014	Total
Capital Aportado (COP)	4,741,000,000	10,000,679,394	3,300,100,982	770,838,334	-	-	18,812,618,710[295]
Costo de Oportunidad a Agosto 2014 (COP)	5,050,028,087	8,913,543,998	1,884,849,522	347,419,363	-	-	16,195,840,970

Teniendo en cuenta los valores obtenidos en la respuesta a la pregunta # 1, si el valor reconocido equivale únicamente al valor pagado por costo de oportunidad del capital, Estaciones Metrolínea no obtiene ningún beneficio ni enriquecimiento, por el contrario, no recupera los costos asumidos por obra, por administración y operación, y por financiación, ni tampoco el capital aportado" (Respuesta pregunat 10)

En el Anexo1-Procedimiento Pregunta 1, responde:

"Como se mencionó en la primera pregunta para el cálculo del costo de oportunidad del capital se ha utilizado la metodología de CAPM, en la cual se determina una tasa de retorno esperada por un inversionista en función al tipo de negocio a evaluar. Este análisis asume que un inversionista participa en un negocio financiero siempre y cuando la tasa esperada sea igual o superior a su costo de oportunidad, por lo cual, la mínima tasa de retorno esperada es aquella que remunera de manera adecuada el riesgo del negocio asumido por el inversionista. Luego para calcular esta tasa se utilizó la siguiente formula:

[295] "Valor total de los aportes realizados por Estaciones Metrolínea Ltda., certificado por Fiduciaria Colmena, Agosto 21 de 2014. Folder 25, folio 1-112, caja 4A. "

$$K_e = Tasa\ Libre\ de\ Riesgo\ (R_f) + \beta \times (Prima\ del\ Mercado_{EUU}) + (Riesgo\ Pais_{EUU})$$

Para aplicar la ecuación de la metodología de CAPM, se obtuvo la tasa libre de riesgo anual de los Estados Unidos de 2009 hasta 2012, información que se encuentra en la hoja *Apéndice 2 – Tasas del documento adjunto de Excel Anexo Perito Financiero,* fila 10. Luego, para calcular el beta apalancado se obtuvo el beta desapalancada del sector y se apalanco de acuerdo con la razón de endeudamiento, 79.95% deuda y 20.05% equity. Esta información se encuentra en la hoja *Apéndice 2 – Tasas del documento adjunto de Excel Anexo Perito Financiero*, fila 6 y 7 proporción deuda y equity, fila 11 beta desapalancada, y fila 13 beta apalancada. Finalmente, se obtuvo el riesgo país promedio según los bonos a 10 años de los Estados Unidos.

Con los datos descritos anteriormente, se aplicó la ecuación para encontrar la tasa de los inversionistas con la información del mercado de Estados Unidos para luego encontrar la tasa equivalente en pesos colombianos con la siguiente ecuación:

$$Ke_{COP} = (1 + K_e) \times \frac{(1 + Inflación)}{(1 + Devaluación)} - 1$$

En la hoja Apéndice 2 – Tasas del documento adjunto de Excel Anexo Perito Financiero en la fila 19 se calculó la tasa de los inversionistas anualizada, en la fila 20 se calculó la tasa de los inversionistas mensualizada y en la fila 21 se calculó la tasa de los inversionistas acumulada para realizar la actualización correspondiente a Octubre de 2012.

En el Anexo 2. Procedimiento, pregunta 2.:

"Como se mencionó en la primera pregunta y en el anexo de la pregunta No. 1 para el cálculo del costo de oportunidad del capital se ha utilizado la metodología de CAPM, en la cual se determina una tasa de retorno esperada por un inversionista en función al tipo de negocio a evaluar. Como el valor a actualizar es a Agosto de 2014 se debe realizar la misma metodología descrita en el Anexo Pregunta No. 1.

El Tribunal reconoce la importancia práctica del *Capital Asset Pricinp Model* (CAPM) como método de valoración del retorno de una inversión en función de un mercado eficiente, no obstante el disimil comportamiento de las variables macroecónomicas incidentes, los problemas econométricos del modelo (Roll, 1977; Seligman, 1983), diversidad del beta, y la exigencia de precaución, que han originado otros modelos como el Arbitrage Pricing Theory (APT). Es asimismo, frecuente el *coeficiente lineal de correlación de Pearson,* para corregir distorsiones.

El Tribunal considera que la fórmula empleada por el perito financiero para determinar el costo de oportunidad de los recursos propios del Concesionario para el financiamiento de la obra no corresponde a la realidad financiera del país, y por tanto no tendría aplicación en este asunto, al contemplar criterios financieros tales como el costo de oportunidad de los recursos y el riesgo país, entre otros, los cuales integran un modelo económico y financiero que refleja la rentabilidad de un proyecto real de inversión y la tasa de interés para compensar al inversionista, y estima que carece de poder demostrativo para la

procedencia de su aplicación, pues se ignora cuáles fueron los factores y la magnitud de bajo de alto riesgo que sirvieron para establecer las tasas de retorno de la inversión, además de la terminación anticipada del contrato. De otro lado, el Contrato no contiene una Tasa Interna de Retorno –TIR- garantizada, y por el contrario, el concesionario asumió el riesgo de retorno de inversión, o sea, "la contingencia que consiste en la eventual imposibilidad de recuperar todo o parte de la inversión efectuada por parte del Concesionario en el tiempo estimado y la eventualidad del éxito o fracaso del negocio", "los efectos, favorables o desfavorables, derivados de la contingencia que consiste en la eventual imposibilidad de recuperar todo o parte de la inversión efectuada por parte del Concesionario en el tiempo estimado y la eventualidad del éxito o fracaso del negocio" (Cláusulas 2.75 y 22.8)., y también contrajo el riesgo financiero.

Es claro para el Tribunal que para el caso de terminación anticipada durante la construcción, al tenor de lo pactado en el Acta suscrita el 12 de octubre de 2012 y la cláusula 64.2 del Contrato de Concesión, se procura la recuperación del valor de las actividades efectivamente realizadas durante la construcción, y en tal medida se amortigua el riesgo de retorno de inversión con la recuperación de las inversiones ("*InvCons*"), valor incurrido en esas actividades, y ese valor comprende el "*costo de oportunidad"*, como concluye el experto en su dictamen, precisando que es también diferente al riesgo financiero asociado a las fluctuaciones de las variables económicas del endeudamiento. El "*costo de oportunidad*", por otra parte, no equivale al perjuicio denominado "pérdida de una oportunidad" [296], sino al costo de los recursos propios invertidos. En situaciones análogas, la jurisprudencia ha reconocido a título de "costo de oportunidad" un rédito que hubiera generado el recurso como una compensación del costo de la inversión por falta del principal [297], y ha precisado que, *"Este reconocimiento por concepto de costo de oportunidad, no podrá ser superior al valor del interés legal*

[296] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias del 24 de junio de 2008, [S-055-2008], exp. 11001-3103-038-2000-01141-01, reiterada en sentencias de 9 de septiembre de 2010, exp. 17042-3103-001-2005-00103-01; 1º de noviembre de 2013, exp. 08001-3103-008-1994-26630-01 y 4 de agosto de 2014 [Sc-10261-2014], exp. 11001 31 03 003 1998 07770 01.

[297] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 21 de febrero de 2002, rad. 25000-23-26-000-1993-8674-01(14112); Sentencias de 14 de febrero de 2002 Radicación número: 13001-23-31-000-1991-7829-01; 26 de abril de 2001 Radicación número: 12917, 13 de julio de 2000. Radicación número: 12513, 15 de junio de 2000.Radicación número,1096; 22 de febrero de dos mil uno 2001, Radicación número: 13682;. 27 de julio de 2000, expediente 12168. 26 de febrero de 1996. Radicación número: 11.246,; 28 de mayo de 1998. Radicación número: 10539. y 20 de febrero de 1998. Radicación número: 11.101.

establecido por el Código Civil…"[298], esto es, al seis por ciento (6%)anual (art. 1617 C.C.), y como se reconocerá la actualización de las sumas correspondientes conforme a la ley, aplicará esta tasa para su reconocimiento. Del mismo modo, el costo de oportunidad del capital o recursos propios puestos por el concesionario para la ejecución de las obligaciones bajo el CONTRATO DE CONCESIÓN M-LP-001-2008 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2008, que se siga causando y hasta la fecha efectiva de la liquidacion complementaria y definitiva ordenada en este laudo debe reconocerse, e incluirse en la misma, y así se dispondrá al decidir sobre la pretensión de liquidación del contrato.

Por lo anterior, se aplicará lo señalado por la jurisprudencia, y se determina este rubro así:

El valor del capital invertido (*ValInv*) en las actividades realizadas durante la construcción se recupera por el concesionario mediante el reconocimiento del costo directo de la construcción y los demás conceptos. Por lo tanto, el costo de oportunidad se determina siguiendo el parámetro de la jurisprudencia en casos análogos, así:

Concepto	Valor total de los aportes	Total Costo de Oportunidad aplicando la Tasa del 6% anual hasta el 31 de enero de 2 016
Costo de Oportunidad del capital aportado	18.812.618.710	6.166.712.539

vi) Valor de los costos de las actividades realizadas por el Concesionario después de la terminación del Contrato de Concesión en desarrollo de sus obligaciones contractuales y legales, y de las actividades del patio taller, el PMA y el PMT de la zona de influencia de la obra, custodia del predio y almacén de inventarios (Pretensiones Décima Octava y Décima Novena).

Consideraciones del Tribunal

Según el numeral 3 del Acta de Terminación Anticipada del 12 de octubre de 2012, los costos del patio taller, el PMA y el PMT de la zona de influencia de la obra, custodia del

[298] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 21 de febrero de 2002, rad. 25000-23-26-000-1993-8674-01(14112) "Exposición de motivos Proyecto de Ley No. 149 de 1992 (Ley 80 de 1993). *Gaceta del Congreso* No. 75 del 23 de septiembre de 1992. Pag.15.

predio y almacén de inventarios hacen parte y se sumarán al de actividades realizadas para efectos de la aplicación de la cláusula 64.2.

El dictamen contable de Jega Accounting House Ltda., cuantifica los costos incurridos "con posterioridad a la firma del acta de terminación anticipada del Contrato, durante el periodo comprendido entre el 13 de octubre de 2012 y el 30 de septiembre de 2014, ascendieron a la suma de **$2.159.565.422,**", valor actualizado "al 15 de Agosto de 2014" en " COP$ 2,097,387,482" en el dictamen de IKON Banca de Inversión S.A.S.; los incurridos entre el 13 de octubre de 2012 y el 30 de septiembre de 2014, en $2.159.565.422; los costos de operación del "patrimonio autónomo para el manejo de los recursos de Estaciones Metrolínea Ltda., a septiembre 30 de 2014, ascendieron a la suma $2.507.689.479", discriminados hasta octubre de 2012 en $1,833.281.721 y posterior a 30 de septiembre de 2014 en $674.407.758.

El Tribunal reconocera el valor probado en el proceso de conformidad con la pretensión formulada . El valor será actualizado aplicando el IPC, a 31 de enero de 2016, última información disponible, según el DANE, siguiendo el modelo de actualización utilizado por el experto, así:

Concepto	Valor nominal	Valor Actualizado a 15 de agosto de 2014	Valor total Actualizado a Dic/2015-En-2016
Costos Administrativos	2159565422	2.217.202.995	2.414.606.494
Total reconocido			2.414.606.494

El valor de $2.507.689.479 relativos a los costos de operación no se actualizan por corresponder a costos que ya contienen esa actualización.

La suma total que se reconoce por este concepto CUATRO MIL NOVECIENTOS VEINTIDOS MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS SETENTA Y TRES PESOS ($ 4.922.295.973.00) M/cte.

En cuanto respecta a los costos administrativos, operacionales, del patio taller, el PMA y el PMT de la zona de influencia de la obra, custodia del predio y almacén de inventarios

integrados a la construcción respectiva, y con la renovación de las pólizas de seguro, conforme a los costos efectivamente incurridos, es claro que al tenor de lo acordado en el Acta de Terminación Anticipada han de serle reconocidos y pagados al Concesionario hasta la fecha efectiva en que METROLÍNEA S.A. se haga cargo y los asuma, y en consecuencia, así así se dispondrá al decidir sobre la pretensión de liquidación del contrato.

Por esto prosperan las pretensiones Décima Octava y Décima Novena.

b) El valor de la remuneración causada durante la época de la suspensión del contrato (Pretensión Vigésima Primera).

Consideraciones del Tribunal

El dictamen de IKON Banca de Inversión S.A.S., cuantifica en 1,678,806,087 pesos en precios históricos y "el valor actualizado a Agosto de 2014 de las sumas que fueron de la remuneración causada y pagada durante el periodo de suspensión del Contrato de Concesión es de COP$ 1,774,045,760 (mil setecientos setenta y cuatro millones cuarenta y cinco mil setecientos sesenta pesos colombianos m/cte)". Durante la suspensión acordada en el Acta suscrita 16 de enero de 2012 entre el 16 de enero de 2012 y el 15 de mayo de 2012, prorrogada con Acta del 14 de mayo de 2012 por 2 meses desde el 15 de mayo al 14 de julio de 2014, la única obligación que no se suspendía era continuar con el pago del arriendo del Patio Taller Provisional en forma que no se afectara la operación del sistema y asegurara la continuidad del servicio. Se pactó que la remuneración "causada" dentro del término de suspensión entre el 16 de enero de 2012 y el 15 de mayo de 2012 se depositará en el fondo general del patrimonio autónomo, "estará bajo custodia de la entidad concedente" y al finalizar la suspensión, "las partes acordarán el mecanismo para la restitución de los dineros a favor del concesionario", quien "renuncia a cualquier reclamación judicial o extrajudicial por mayor permanencia en obra o por cualquier otra clase de perjuicio derivado de la suspensión del contrato". En el Acta de Terminación del 12 de octubre de 2012, las partes pactaron que los costos de las actividades del patio taller, el PMA y el PMT de la zona de

influencia de la obra, custodia del predio y almacén de inventarios, serían reconocidos al concesionario, harían parte y se sumarían al valor de las actividades realizadas para efectos de la aplicación de la cláusula 64.2; que los recursos causados con cargo a la tarifa durante la suspensión entre el 15 de mayo de 2012 y el 14 de julio de 2012 entre el 16 de enero de 2012 y el 14 de julio de 2012 y los causados desde el 15 de julio de 2012, así como los que se causen hasta la liquidación definitiva del contrato, se entregarían al concesionario para cubrir el "desbalance de pagos"; y el el Acta aclaratoria del 18 de octubre de 2012 precisó que los recursos causados con cargo a la tarifa entre el 16 de enero de 2012 y el 14 de julio de 2012 depositados en el fondo del Patrimonio Autonómo," serán entregados al Concesionario por causa del desbalance de pagos que ha presentado en el Contrato." Durante la suspensión las partes no acordaron el pago de la remuneración y, por tanto, no procede el pago solicitado; estipularon suspender todas las obligaciones, salvo las del patio taller, conviniendo la entrega al concesionario de los recursos causados con la tarifa constitutiva del pago de la remuneración para cubrir el desbalance de pagos, y el concesionario, renunció expresamente a reclamar cualquier perjuicio derivado de la suspensión.

En consecuencia, esta pretensión, conforme a lo dicho anteriormente y reiterado en este aparte, no prospera.

(c) El valor de los efectos adversos del riesgo de implantación y de variación de tarifas por orden de autoridad competente (Pretensión Vigésima Novena).

Consideraciones del Tribunal

Con relación a este riesgo, el Tribunal concluyó su concreción durante la vigencia del Contrato, la inobservancia de las obligaciones contraídas por la concedente y el impacto que generó al concesionario. En torno a las condenas solicitadas por el riesgo de implantación, por las razones expresadas al decidir las pretensiones declarativas, no hay lugar a imponer condena, por estos riesgos.

(e) Todo perjuicio no comprendido en las restantes pretensiones de condena, resultante de la terminación anticipada por la situación originada en el incumplimiento de la

obligación de entregar un inmueble idóneo para construir el proyecto (Pretensión Trigésima Quinta).

Consideraciones del Tribunal

No existe en el proceso prueba de otro perjuicio procedente que no se haya reconocido de conformidad con las decisiones precedentes. Por lo tanto, esta pretensión no prospera.

(f) El ajuste monetario para mantener el poder adqusitivo del dinero (Pretensión Trigésima Sexta). (g) Intereses de plazo o de mora desde la exigibilidad, descontando en su caso el ajuste por inflación (Pretensión Trigésima Séptima). (h) Intereses de mora a la tasa más alta autorizada por la ley desde el día siguiente a la ejecutoria del laudo con arreglo al CPACA (Pretensión Trigésima Octava).

Consideraciones del Tribunal

El Tribunal concederá la actualización de las sumas resultantes de las condenas a la fecha del laudo arbitral, aplicando los índices de precios del DANE, conforme a la metodología del dictamen financiero[299], y así se ha reconocido al decidir las pretensiones de condena.

No se reconocerán los intereses moratorios pretendidos porque las sumas en que se concretan los valores respectivos, sólo se determinan en este laudo. A este respecto el Tribunal considera pertinente precisar que para que exista mora y, por consiguiente, el deber de pagar intereses de mora, es necesario que exista una obligación exigible e insoluta cuyo monto esté determinado o sea determinable. Así las cosas, cuando quiera que previamente a la sentencia judicial existe incertidumbre sobre la existencia misma de la obligación o su cuantía, no es posible concluir el derecho al pago de intereses moratorios, tanto cuanto más porque el monto líquido de la prestación es presupuesto

[299] R= Rh x If/ Ii, donde R es la suma a actualizar, If es el índice final de precios, mientras que Ii, es el índice inicial de precios.

estructural de la mora *(in illiquidis mora non fit)*, razón por la cual, en su ausencia, no proceden.

A este propósito, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 29 de septiembre de 1984, precisó: [300]:

> ***"****Como en el caso presente la obligación a cargo del Banco demandado y a favor de la sociedad demandante aparecía incierta en su existencia necesitó de reconocimiento o declaración judicial y justamente por ello se inició y tramitó este proceso de conocimiento, en cuya sentencia precisamente se ha impuesto la condena a pagarla. Luego, si para el 26 de Mayo de 1977 la obligación judicialmente aquí declarada a cargo del Banco de Colombia y a favor de Codi no era aún exigible, menos aún puede afirmarse con acierto que desde entonces su deudor esté en mora de pagarla, ya que en todo caso la mora debitoria presupone, como elemento esencial de su estructura, la exigibilidad de la obligación".*

Así mismo en sentencia del 10 de Junio de 1995, señaló:

> *"En este orden de ideas resulta claro que la mora, si la obligación es dineraria supone, necesariamente, que se encuentre plenamente determinada, es decir que con certeza se halle establecido cuál es su monto, asunto éste sobre el cual, desde antiguo tiene dicho la Corte que* ***'la mora en el pago sólo llega a producirse cuando exista en firme una suma liquida'*** *(Sentencia Casación 27 de Agosto de 1930, G.J. T.XXXVIII, pág. 128)" (Negrillas por fuera del texto original).*[301]

Por consiguiente, dicha jurisprudencia sólo se aplica en aquellos casos en los que previamente a la existencia del proceso no es posible afirmar la existencia de una obligación clara y líquida, pues ella solo puede establecerse a través del juicio. En tales casos sólo existirá mora a partir de la decisión judicial que la declara y reconoce, pues es a través de ella que se determina el monto de la obligación.

Criterio análogo es el de la Sección Tercera del Consejo de Estado que en sentencia del 27 de noviembre de 2002 [302], señaló:

> *"[…] En lo que tiene que ver con la condena al pago de intereses moratorios, cabe tener en cuenta que estos intereses proceden frente al incumplimiento o retardo en el cumplimiento en que incurre el DEUDOR."*
>
> *"(….)*
>
> *"Se tiene así que si la condena al pago de intereses moratorios tiene por objeto sancionar el incumplimiento o la mora del DEUDOR, es lógico que cuando la Administración por sentencia en firme adquiere la calidad de DEUDOR, en el caso como el que se estudia, sólo a partir del día siguiente de dicha firmeza, si es que la Administración no satisface al acreedor, estará obligada no sólo por el capital de la condena sino también por los intereses moratorios, sin exceder el límite de usura. Por ello mismo*

---

[300] Gaceta Judicial. Tomo 176 pág. 288
[301] Expediente 4540.
[302] Expediente 13.792. Ponente: Maria Elena Giraldo Gómez.

no tiene fundamento legal imponer intereses moratorios cuando no existe obligación previa ni exigibilidad de la misma, pues la sanción al deudor con intereses moratorios requiere de la existencia y de la exigibilidad de una obligación. ***Por lo tanto, la Sala modifica así las anteriores posturas y por eso concluye que la condena al pago de intereses moratorios en eventos como el presente, es decir cuando la calidad de deudor de la Administración aparece después de quedar en firme la sentencia condenatoria, SÓLO surge a partir del día siguiente a la firmeza de esa sentencia".****(Subrayas y negrillas ajenas al texto).*

Ahora, en la Cláusula 64.2 las partes acordaron lo siguiente:

> "En cualquier caso de pago directo el pagador del valor de liquidación, en virtud de la terminación anticipada del contrato, tendrá un plazo de diez y ocho (18) meses para pagar el cincuenta por ciento (50%) del monto pendiente de pago, y un (1) año adicional para el pago del saldo remanente. Durante estos periodos se reconocerán intereses al DTF más cinco (5) sobre los saldos adecuados, los cuales se pagarán con el respectivo capital."

Por lo tanto, en cuanto hace a los valores resultantes de la aplicación 64.2. se dispondrá el pago en la forma y dentro del plazo allí establecido contado a partir de la ejecutoria de este laudo, con los intereses de plazo pactados, y en caso de mora se pagarán los intereses moratorios conforme a la ley.

Prospera la Pretensión Trigésima Sexta, más no las pretensiones Trigésima Séptima y Trigésima Octava.

(j) Intereses y demás costos de la emisión que ha debido pagar por la financiación obtenida por la emisión de los Bonos Metrolínea después de los cuatro meses siguientes a la terminación del Contrato y los que deba pagar después según lo certificado por la administradora del Patrimonio Autónomo, si los intereses de plazo o mora reconocidos conforme a la pretensión trigésima séptima no se liquiden sobre una base de capital que sea por lo menos igual al capital de los bonos emitidos por el patrimonio autónomo Estaciones Metrolínea Ltda. (Pretensión Cuadragésima)

Consideraciones del Tribunal

Por lo ya expuesto, al no prosperar las pretensiones principales y subsidiarias asociadas al incumplimiento de la obligación de liquidar el contrato o, al abuso de derecho, tampoco prospera esta pretensión consecuencial de condena. El costo de la financiación de las actividades realizadas por el concesionario durante la construcción se ha reconocido conforme a las pautas de la cláusula 64.2, y el que se cause con posterioridad a la fecha

de corte de los dictámenes, habrá de incluirse, reconocerse y pagarse en la liquidación definitiva del contrato.

(k) El costo de oportunidad del capital o recursos propios puestos por el concesionario para la ejecución de las obligaciones bajo el Contrato causado después de los cuatro meses siguientes a su terminación, y los que se sigan causando hasta que quede ejecutoriado el laudo arbitral según lo certificado por la administradora del Patrimonio Autónomo, si los intereses de plazo o mora reconocidos conforme a la pretensión trigésima séptima no se liquidan sobre una base de capital que sea por lo menos igual al capital de los bonos emitidos por el patrimonio autónomo Estaciones Metrolínea Ltda. (a que se refiere la pretensión cuadragésima), más el valor de los recursos de capital o recursos propios puestos por ESTACIONES METROLÍNEA LTDA. (Pretensión Cuadragésima Primera)

Consideraciones del Tribunal

Esta pretensión por lo ya expuesto no prospera, precisándose que el costo de oportunidad del capital o recursos propios puestos por el concesionario para la ejecución de las obligaciones se reconoce al amparo de la Cláusula 64.2, y el que se cause con posterioridad a la fecha de corte de los dictámenes, habrá de incluirse, reconocerse y pagarse en la liquidación definitiva del contrato.

(l) En el alegato de conclusión pide declarar que, con arreglo a la Ley 1563 de 2012, METROLÍNEA S.A. está obligada a pagar a ESTACIONES METROLÍNEA LTDA. $1.420.854.625, valor de honorarios y gastos que pagó por ésta con intereses moratorios a la tasa más alta autorizada, esto es, una y media veces el interés bancario corriente, desde el vencimiento del plazo para consignar, que fue el día 18 de junio de 2015, día hábil siguiente al último que tenía METROLÍNEA S.A. para hacer la consignación que le correspondía.

Consideraciones del Tribunal

Al tenor del articulo 27, inciso 3º de la Ley 1563 de 2012 es pertinente ordenar lo solicitado.

(j) Solicita restar de las condenas las sumas recibidas por desbalance de pagos a partir de la fecha del acta de terminación, que según el dictamen de Jega Accounting House Ltda., "de conformidad con la certificación de la Fiduciaria Colmena S.A. de fecha 30 de octubre de 2014, los valores pagados por Metrolínea S.A. a Estaciones Metrolínea Ltda., ascienden a la suma de **$17.909.005.225** hasta el 26 de septiembre de 2014" (Pretensiones Trigésima Segunda y Cuadragésima Tercera).

Consideraciones del Tribunal

1. Según el dictamen de Jega Accounting House Ltda., los *"valores pagados por Metrolínea S.A. a Estaciones Metrolínea Ltda., a partir del acta de terminación del Contrato de Concesión, reconocidos por la primera a título de desbalance de pagos a favor de la segunda, fueron recibidos por el Patrimonio Autónomo , de acuerdo con la Cesión de Derechos firmada 30 de mayo de 2014, donde Estaciones Metrolíea Ltda., cede y transfiere de manera irrevocable, a el Fideicomiso Estaciones Metrolínea Ltda, cuyo vocero es la Fiduciaria Colmena S.A. los derechos", "*y de conformidad con la certificación de la Fiduciaria Colmena S.A. de fecha 30 de octubre de 2014, los valores pagados por Metrolínea S.A. a Estaciones Metrolínea Ltda ascienden a la suma de **$17.909.005.225** hasta el 26 de septiembre de 2014."

Conforme a la certificación expedida el 22 de julio de 2015 por la Fiduciaria Corficolombiana S.A. en su calidad de vocera y administradora del Fideicomiso Transportes Inteligente S.A. (folio 7237-7241), el valor recibido con cargo a la participación del 11.75% entre el 19 de marzo de 2010 y el 9 de julio de 2015, es de $30.998.163.481.

En la cuestión litigiosa se acreditó con el Acta de Terminación Anticipada del 12 de octubre de 2012 (numerales 7 y 8), aclarada con Acta del 18 de octubre de 2012, que estos recursos se entregaron al Concesionario en razón del "desbalance de pagos" como un pago anticipado, pero no se demostró el impacto económico en los costos, el costo de oportunidad y el retorno de la inversión para efectos de determinar las implicaciones económicas del riesgo de implantación.

Por otra parte, como se explica al decidir la excepción de compensación interpuesta por Metrolínea S.A., en esta providencia se determinan obligaciones pecuniarias a su cargo, por su monto, cuantía y líquidez, cuyo pago debe efectuarse al tenor de lo acordado en la mencionada acta de terminación anticipada y en la cláusula 64.2 en los plazos allí estipulados que sólo pueden contarse a partir de la ejecutoria del laudo, y por lo tanto, no son exigibles.

2. Para el Tribunal todas las sumas de dinero entregadas por Metrolínea S.A. a Estaciones Metrolínea Ltda con cargo a la tarifa del 11.75% deben deducirse o descontarse de los reconocimientos económicos a su favor, porque de no procederse así, se estarían reconociendo doblemente unos mismos conceptos, lo que ciertamente carece de justificación patrimonial, comportaría un enriquecimiento sin justa causa y un grave detrimento del patrimonio público.

Para la Convocante, el valor de la remuneración o retribución pagada al Concesionario durante la vigencia del contrato no se deduce del valor resultante de la terminación anticipada, por corresponder a la contraprestación causada, pagada e incorporada a su patrimonio durante la vigencia del contrato, la cláusula 64.2. no establece que deba descontarse, ni las partes así lo acordaron procediendo el descuento sólo de los recursos causados a partir de la mencionada terminación anticipada con cargo al desbalance de pagos. Lo anterior, porque, en su sentir, la contraprestación se causó durante la vigencia del contrato a título del pago de su remuneración, los conceptos expresados en la cláusula 64.2. surgen de la terminación anticipada del Contrato se causan en virtud de ésta.

Empero, por lo estipulado en el Acta de Terminación Anticipada del Contrato suscrita el 12 de octubre de 2012, y en aplicación de la Cláusula 64.2 *"el valor de liquidación del contrato durante la etapa de construcción"* ("ValLiq"), comprende "*el valor de actividades que haya realizado el Concesionario durante la etapa de construcción"* ("InvCons"), incluye todos los costos directos e indirectos, los costos financieros, administrativos y de construcción de la obra, y al tenor de la Cláusula 51, la remuneración del Concesionario corresponde a su tarifa del 11.75% multiplicada por el valor total recaudado, *"remunera íntegramente las obligaciones y riesgos asumidos por el Concesionario con ocasión del*

presente contrato y, por lo tanto, la totalidad de las obligaciones del mismo, sin que se requiera de ningún pago o compensación adicional por parte de Metrolínea S.A. a favor del concesionario", "su recaudo se entenderá como la suma suficiente y necesaria para remunerar las inversiones efectuadas por el Concesionario, así como los costos financieros y operativos y demás gastos en que hubiere incurrido el Concesionario para el desarrollo del proyecto".

En el mismo sentido, según la Cláusula Quinta del Contrato de Concesión, el valor efectivo del contrato se remite al ingreso bruto del Concesionario "y*, remunera todos los costos y gastos -directos e indirectos- de los trabajos necesarios para cumplir con el objeto del contrato, incluyendo los estudios, rediseños, diseños y ensayos que se considere necesario realizar para cumplir adecuadamente con el objeto del contrato, y todas las obligaciones que emana del mismo, así como los costos de financiación, el retorno del capital, las utilidades del Concesionario y los impuestos, tasa y contribuciones que resulten aplicables",* también *"todas las labores necesarias para el cumplimiento del objeto contractual",* incluídas entre otras*, "la obligación a cargo del Concesionario de realizar sus propios estudios y aceptar, elaborar o modificar los diseños existentes para las obras de construcción de la Estación de Cabecera y los Patios de Operación y Talleres de Floridablanca, el pago de la comisión de éxito, el pago de la interventoría y todas las obligaciones y actividades del Concesionario durante la etapa de preconstrucción, todas las obligaciones y actividades a cargo del Concesionario durante las etapas de construcción, reversión y remuneración, los gastos financieros y administrativos directos e indirectos y todos los demás que sean requeridos para la cabal ejecución del contrato."*, sin perjuicio del equilibrio económico, los cambios sobrevenidos, reembolso de reparaciones necesarias por fuerza mayor o caso fortuito, cuando quiera que estas correspondan a riesgos no asegurables" y de las obras complementarias.

De esta manera las sumas recibidas por el Concesionario con cargo a la tarifa del 11.75%, remuneran o retribuyen todas las actividades ejecutadas en su celebración, ejecución y terminación anticipada, incluídas las realizadas durante la construcción, y en tal virtud, deben descontarse o deducirse en su totalidad de las sumas resultantes en aplicación de la Cláusula 64.2. y tenerse como un pago anticipado.

De esta manera la pretensión prospera. Sin embargo, el Tribunal conforme a lo dicho al efectuar la liquidación del contrato, descontará o deducirá no sólo las sumas a qye refiere la pretensión, sino la totalidad recibida con cargo a la participación del 11,75% certificada en la suma de $30.998.163.481 por la Fiduciaria Corficolombiana S.A.. (folio 7237-7241), entre el 19 de marzo de 2010 y el 9 de julio de 2015, y ordenará que se deduzcan del monto final resultante a favor de ESTACIONES METROLINEA S.A. así las que haya recibido con posterioridad a esa fecha y hasta la fecha de liquidación.

En consecuencia, prosperan las pretensiones.

10. Recapitulación sobre las pretensiones y excepciones

Por lo expuesto, y de conformidad con las consideraciones motivas, fácticas, probatorias y normativas expresadas al analizar y decidir las pretensiones incoadas, en lo concerniente a las pretensiones y excepciones, el Tribunal se pronuncia así:

10.1. Sobre las pretensiones de la demanda arbitral principal reformada

Por lo expuesto, prosperan las pretensiones principales primera; segunda precisándose que a la terminación en esa fecha cesaron las obligaciones relativas a la construcción, y subsistieron las concernientes a la disposición del patio taller provisional, el PMA y el PMT de la zona de influencia de la obra, así como la custodia del predio y almacén de inventarios integrados a la construcción respectiva hasta la liquidación definitiva en un laspso no mayor a seis meses; tercera, cuarta; quinta; sexta; séptima; octava; novena; décima; undécima; duodécima, en la cuantía y por los conceptos expresados en este laudo; décima tercera; décima cuarta; décima quinta; décima sexta; décima septima; décima octava y décima novena, en la cuantía y por los conceptos expresados en este laudo; vigésima segunda; vigésima tercera; trigésima Segunda y Cuadragésima Tercera trigésima sexta, Cuadragésima Segunda y Cuadragésima Tercera, en la forma expuesta en el laudo. Sin perjuicio de lo anotado al decidirlas, no prosperan las restantes pretensiones principales, ni las subsidiarias de las pretensiones vigésima séptima,

vigésima novena y trigésima novena, sin lugar a ocuparse de las restantes subsidiarias de las pretensiones principales que prosperaron.

10.2. Sobre las excepciones perentorias interpuestas frente a la demanda arbitral principal

Por lo expuesto al decidir las respectivas pretensiones y excepciones, no prosperan las siguientes excepciones interpuestas frente a la demanda arbitral principal reformada; "Presunción de legalidad de los actos administrativos que negaron las reclamaciones presentadas por Estaciones Metrolínea; Imposibilidad de reclamar incumplimientos en aspectos no consignados expresamente en el Acta de Terminación; El Contrato M-LP-001-2008 tiene naturaleza de contrato de obra pública y no de concesión de obra pública; El Contrato M-LP-001-2008 terminó de común acuerdo por un hecho imprevisto y ajeno a las partes"; La obligación de reparación por parte de Metrolínea se limita a llevar a Estaciones Metrolínea a un punto de no pérdida respecto de los costos directos y los costos administrativos"; "Estaciones Metrolínea aceptó que en la liquidación del contrato solo debería pagarse los costos directos y los costos administrativos necesarios para la ejecución de las obras hasta un punto de no pérdida"; "Invalidez de la fórmula pactada en la cláusula 64.2 del Contrato M-LP-001-2008; "Inaplicabilidad de la fórmula pactada en la cláusula 64.2 del Contrato M-LP-001-2008. corresponde a un hecho de un tercero, circunstancia no prevista en la citada cláusula; "Incompatibilidad de la aplicación de la fórmula pactada en la cláusula 64.2 del Contrato M-LP-001-2008 con las indemnizaciones de perjuicios reclamadas";"Inexistencia de incumplimiento de la obligación de entrega del predio para la construcción de las obras".

En cuanto a las restantes excepciones, el Tribunal se pronuncia así:

(i) Compensación de los valores pagados a Estaciones Metrolínea durante la ejecución del Contrato M-LP-001-2008.

Esta excepción se encuentra sustentada por el apoderado de la convocada en el reconocimiento expreso que hace el apoderado de la convocante en la demanda y que se prueba con la certificación del área contable de Metrolínea, hasta la fecha de

presentación de esta contestación, que la Entidad convocada ha pagado a Estaciones Metrolínea el 11.75% del valor de la tarifa pagada por los usuarios del Sistema Metrolínea. Considera en consecuencia que, para evitar que dichos pagos se conviertan en un enriquecimiento sin justa causa a favor de Estaciones Metrolínea y con ello un desconocimiento del artículo 831 del Código de Comercio, respecto del valor de cualquier a pagar a favor del Contratista y a cargo de Metrolínea, deberá descontarse el valor total de las sumas de dinero pagadas por la Entidad durante la ejecución del Contrato, que ascienden a $30.998.163.481 según certificación expedida el 22 de julio de 2015 por Corficolombiana (folio 7237-7241).

Consideraciones del Tribunal.

La compensación es uno de los modos extintivos de las obligaciones por confusión objetiva, evita doble pago, asegura el equilibrio de las partes, simplifica sus relaciones, opera *per ministerium legis (legal) u ope exceptionis ("negocial"),* extingue las diferentes deudas hasta concurrencia de sus valores, *"cuando dos personas son deudoras una de otra"*. Puede ser legal, convencional o judicial. La legal, actúa por disposición legal aún sin el conocimiento de los partes pero debe invocarse, y presupone que las obligaciones sean de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad, líquidas, y actualmente exigibles. Las partes pueden compensar de consuno las distintas prestaciones de las que sean recíprocamente acreedores y deudores, y el juez debe declarar la compensación cuando se invoca en los casos legales.

En el presente asunto, y en la fecha del laudo se determinan obligaciones de pago a cargo de Metrolínea S.A., por su monto, cuantía y liquidez. No obstante la compensación legal no procede porque dentro de sus requisitos se encuentra el que las obligaciones objeto de la misma, "*sean actualmente exigibles"*(art. 1715 [3a.] c.c.), y como se indicó, el pago de las prestaciones resultantes a favor de la demandante a consecuencia de la terminación anticipada del contrato debe efectuarse conforme a lo pactado en la Cláusula 64.2. en los plazos allí estipulados, los cuales sólo pueden contarse a partir de la ejecutoria del laudo.

Sin embargo, para el Tribunal por las razones expuestas por el apoderado de METROLÍNEA S.A., no hay duda que la totalidad de los dineros recibidos con cargo a la tarifa del 11.75% deben deducirse o descontarse de los valores resultantes de los reconocimientos económicos a favor de Estaciones Metrolínea Ltda conforme a a lo analizado anteriormente al decidir las pretensiones Trigésima Segunda y Cuadragésima Tercera, y así se dispondrá al decidir la pretensión relacionada con la liquidación del contrato.

No prospera la excepción.

(ii) Inexistencia de incumplimiento de la obligación de recibir el predio donde funciona el patio taller provisional.

Se manifiesta en esta excepción que en el numeral 3 del Acta de Terminación quedó claro que hasta tanto no se produjera la liquidación del Contrato, Estaciones Metrolínea Ltda., seguía obligado a ejecutar las obligaciones contractuales relacionadas, entre otras, con el patio taller provisional, las cuales se encuentran estipuladas en el literal s) del numeral 4 de la cláusula 18.1 del Contrato. En ese orden de ideas, mientras no se produzca la liquidación del Contrato, no nace para Metrolínea S.A., la obligación de recibir el predio.

Consideraciones del Tribunal.

Esta excepción por lo expresado al decidir la pretensión respectiva no prospera.

(iii) Inexistencia de la obligación de pago a Estaciones Metrolínea de la remuneración pactada durante el plazo de la suspensión.

En esta excepción se alega por la convocada que Metrolínea S.A., no incurrió en incumplimiento de la obligación de pagar a Estaciones Metrolínea la remuneración prevista en la cláusula 51 del Contrato durante el plazo de la suspensión, porque el Contratista no tenía derecho a percibir ese pago. En efecto, en la suspensión jamás se dijo que lo único que se suspendía eran las obligaciones de cargo de Estaciones

Metrolínea Ltda., y no las que corresponden a Metrolínea, sino que se suspendió la totalidad del Contrato, de manera pura y simple.

Consideraciones del Tribunal.

La excepción prospera porque en efecto no hay lugar a la remuneración, pues nada se acordó al respecto, la concesionaria renunció expresamente a reclamar cualquier perjuicio derivado de la suspensión, y sólo se exceptúo la prestación relacionada con el patio taller.

(iv) Inexistencia de la obligación de reconocimiento y pago de obras complementarias ejecutadas en el patio taller provisional.

En ella se señala que en virtud de lo pactado en el literal s) del numeral 4 de la cláusula 18.1, Estaciones Metrolínea Ltda., se comprometió a poner a disposición de Metrolínea un terreno, debidamente adecuado y con las correspondientes construcciones, para servir de patio taller provisional. Es decir, que el Contratista debía poner a disposición de Metrolínea un Patio Taller Provisional que resultara funcional para la operación del servicio, funcionalidad que debía ser calificada y aprobada por Metrolínea y la Interventoría, quienes según la misma estipulación contractual, debían aprobar el diseño y las adecuaciones propuestas por Estaciones Metrolínea Ltda. De acuerdo con esas estipulaciones contractuales, contrario al parecer de Estaciones Metrolínea, la Entidad y la Interventoría no debían limitarse a aceptar lo propuesto por el Contratista, sino que podían solicitar los ajustes y mejoras en el diseño y en la construcción a ejecutar, de tal manera que el patio Taller Provisional cumpliera con la funcionalidad requerida. Coherente con lo anterior, el riesgo de construcción fue asumido por el Contratista (cláusulas 2.69 y 22.3), de tal manera que los mayores costos no pueden ser trasladados a la Entidad. Por ello es claro que Metrolínea no debe asumir valores adicionales como pago de obras relacionadas con el Patio Taller Provisional, toda vez que la cuantificación de las obras es un riesgo que debía prever el ofertante, máxime cuando el valor de la obra se estimó en la modalidad de precio global y se ha asumido el riesgo constructivo.

Consideraciones del Tribunal.

La cláusula 64.2 comprende el reconocimiento del valor de las actividades realizadas durante la construcción, y por lo tanto, el valor de las obras, sin distinción respecto de su naturaleza complementaria o adicional. Por esto, no prospera esta excepción.

(v) Inexistencia de incumplimiento de la obligación de asumir los riesgos de implementación y de variación de la tarifa.

Frente a esta excepción se señaló en el líbelo de la contestación de la demanda arbitral que, debía ser claro para Estaciones Metrolínea Ltda., que el número de pasajeros mencionado en el numeral 1.4 del Pliego de Condiciones debía entenderse como un valor simplemente estimado y no como una promesa o declaración de Metrolínea, de tal manera que la simple variación entre los previsto y lo realmente presentado no constituye título suficiente para considerar que ha ocurrido un riesgo contractual y que Metrolínea debe proceder a la reparación de perjuicios al Contratista.

Consideraciones del Tribunal.

Esta excepción no prospera por las razones expresadas al decidir las pretensiones relativas al riesgo de implantación, pues en efecto la obligación se pactó, el riesgo se concretó, la entidad estatal la incumplió, pero su impacto económico no se demostró en el proceso, por lo cual, no se impone condena por este concepto.

(vi) Inexistencia de incumplimiento de la obligación de Metrolínea de recibir los trabajos ejecutados por Estaciones Metrolínea Ltda.

Manifiesta el apoderado de la convocada que, de acuerdo con lo pactado en el numeral 4 del Acta de Terminación, la entrega de los trabajos ejecutados por Metrolínea estaba sometida a dos requisitos: (i) el cumplimiento de un plazo, el cual resultaba flexible porque su vencimiento dependía del acuerdo de las partes, el cual no se alcanzó y, por lo mismo, no nació la obligación de recibir las obra ejecutadas, y (ii) la verificación del estado de las obras, para lo cual, como se ha explicado en detalle, ante la falta de

acuerdo de las partes, Metrolínea celebró contrato de consultoría con el Consorcio Analistas Técnicos 2014, de tal manera que dicha verificación solo se pudo producir al recibo del peritazgo realizado por el citado Consorcio, el cual solo se conoció después de presentada la demanda.

Consideraciones del Tribunal.

Por lo expresado al decidir las pretensiones respectivas, esta excepción no prospera.

(vii) Inexistencia de la obligación de reconocimiento de intereses de plazo ni de intereses de mora.

Frente a esta excepción se sustentó que en cuanto a los intereses de plazo solicitados en la demanda, debe recordarse que la ley no establece una presunción de su causación, sino que se exige que exista una cláusula expresa de las partes en ese sentido. Así, en el Contrato, las partes no estipularon intereses de plazo, compensatorios o remuneratorios, por lo cual no procede su solicitud de reconocimiento. En relación con los intereses moratorios, su causación no se produce en el caso concreto porque ni a la fecha de suscripción del Acta de Terminación ni a la fecha de presentación de la demanda se tienen claros los valores que Metrolínea debe reconocer al Contratista, es decir, que no existe una suma líquida de dinero que constituya obligación pecuniaria a cargo de la entidad, circunstancia que genera, necesariamente, la imposibilidad de que se causen intereses de mora, en aplicación de la máxima in illiquidis *non fit mora.*

Consideraciones del Tribunal.

Por lo expresado al decidir las pretensiones de condena, esta excepción prospera. Con todo se aclara que, respecto de las sumas a cargo de Metrolínea S.A por concepto de los costos legales de este Tribunal y consignadas por Estaciones Metrolínea Ltda, proceden los intereses conforme al artículo 27 de la Ley 1563 de 2012, aspecto que no es objeto de la controversia.

10.3. Sobre las pretensiones de la demanda arbitral de Reconvención

No prosperan las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda de reconvención, por lo expuesto al analizarlas y decidirlas.

10.4. Sobre las excepciones perentorias interpuestas frente a la demanda de reconvención

Por lo dicho al decidir las pretensiones respectivas, prosperan las excepciones denominadas **"**El contrato debe ser cumplido según lo acordado o "Pacta Sunt Servanda". "El contrato debe ser cumplido según lo acordado en cuanto a la clase de contrato que fue celebrado*."*"El contrato debe ser cumplido según lo acordado en cuanto al reconocimiento integral de las causas que condujeron a su terminación anticipada y en cuanto a las consecuencias que de tal terminación se derivan, particularmente en lo que dice relación con la aplicación de la cláusula 64.2"."El contrato debe ser cumplido según lo acordado en cuanto a la aplicación íntegra de la cláusula 64.2 para determinar el valor de liquidación del mismo, respetando la fórmula en ella incluida "Carencia Absoluta de Derecho", las cuales infirman en su totalidad el *petitum* principal, subsidiario y consecuencial formulado, sin lugar por ello, a pronunciamiento respecto de las restantes excepciones denominadas "Actuación de buena fe de Estaciones Metrolínea." "Carácter vinculante de los actos propios de Metrolínea." [303]

11. Liquidación del contrato.

En la pretensión principal Cuadragésima Segunda se pide *"[q]ue se efectúe la liquidación del del CONTRATO DE CONCESIÓN M-LP-001-2008 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2008, en la forma que determine el Tribunal y con arreglo a la ley",* y en las pretensiones Trigésima Segunda y Cuadrágesima Tercera, se ordene descontar de la suma que por la liquidación deba pagar Metrolínea S.A. a Estaciones Metrolínea Ltda., "*las sumas que hasta la fecha en que se produzca dicha liquidación le hayan sido pagadas por aquella a esta, a título de desbalance de pagos, conforme a lo estipulado en el Acta de*

[303] El artículo 306 del C. de P.C. dispone:[…] Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, podrá abstenerse de examinar las restantes". En el mismo sentido, el art. 282 de la Ley 1564 de 2012, C.G.P. en lo pertinente: "Artículo 282. Resolución sobre excepciones. […] Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, debe abstenerse de examinar las restantes".

Terminación del mencionado contrato", y "*que en tal efecto se deben contabilizar como parte del pago que deberá realizar METROLÍNEA S.A. a ESTACIONES METROLÍNEA LTDA".*

Consideraciones del Tribunal.

1. La liquidación del contrato comporta un balance, corte de cuentas y "finiquito" de la relación jurídica contractual, presupone la terminación del contrato y es una etapa posterior a ésta.

La Corte Constitucional ha delineado el alcance de la liquidación en los siguientes términos:

> " *Liquidar significa hacer el ajuste formal de una cuenta; saldar, pagar enteramente una cuenta. En materia contractual, la liquidación tiene por objeto principal definir las cuentas y en qué estado quedan luego de la terminación del contrato, a fin de finiquitar la relación entre las partes del negocio jurídico. La liquidación se define como el balance financiero realizado al final de la ejecución de los contratos de tracto sucesivo, lo que permite determinar los créditos entre las partes…*"[304]

El Consejo de Estado, ha señalado al respecto:

> "La liquidación del contrato se ha definido, (…) como un corte de cuentas, es decir, la etapa final del negocio jurídico donde las partes hacen un balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado, y en virtud de ello el contratante y el contratista definen el estado en que queda el contrato después de su ejecución, o terminación por cualquier otra causa, o mejor, determinan la situación en que las partes están dispuestas a recibir y asumir el resultado de su ejecución.
>
> La liquidación supone, en el escenario normal y usual, que el contrato se ejecuta y a continuación las partes valoran su resultado, teniendo como epicentro del análisis el cumplimiento o incumplimiento de los derechos y las obligaciones que surgieron del negocio jurídico, pero también -en ocasiones- la ocurrencia de hechos o circunstancias ajenos a las partes, que afectan la ejecución normal del mismo, para determinar el estado en que quedan frente a éste.
>
> (…) En estos términos, liquidar supone un ajuste expreso y claro sobre las cuentas y el estado de cumplimiento de un contrato, de tal manera que conste el balance tanto técnico como económico de las obligaciones que estuvieron a cargo de las partes. En cuanto a lo primero, la liquidación debe incluir un análisis detallado de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios, y el balance económico dará cuenta del comportamiento financiero del negocio: recursos recibidos, pagos efectuados, estado del crédito o de la deuda de cada parte, entre otros detalles mínimos y necesarios para finiquitar una relación jurídica contractual"[305]

---

[304] Sentencia T – 481 de 2005,

[305] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 14 de mayo de 2014, Radicación 15001-23-31-000-1997-07016-01 (23.788); Sección Tercera, Sentencia del 10 de abril de 1997, Radicación 10608; sentencia del 6 de julio de 2005, radicación 25000-23-25-000-1995-01556-01 (14113), del 27 de marzo de 2014, Radicación 25000-23-26-000-1998-02814-01 (26939).

2. En el presente asunto no se ha producido la entrega y recepción definitiva de las obras ejecutadas comprendidas en el objeto de la concesión, ni la reversión de los bienes.

En el mismo sentido, algunos de los valores demandados por la convocante, se han seguido causando durante el transcurso del proceso abitral, sin existir elementos probatorios necesarios para determinar su valor exacto y definitivo, *verbi gratia,* los costos de las actividades realizadas después del 30 de septiembre de 2014 -fecha de corte de las experticias- y hasta la fecha en que Metrolínea S.A. se haga cargo de ellas, los costos por las actividades relacionadas con la disposición del patio taller provisional, PMA Y PMT de la zona de influencia de la obra, así como la custodia del predio y almacén de inventarios integrados a la construcción respectiva, y con la renovación de las pólizas de seguro, conforme a los costos efectivamente incurridos.

Igual sucede con el monto exacto de los costos financieros, operativos y administrativos causados después del 30 de septiembre de 2014, y los que se causen hasta la liquidación definitiva, incluidos dentro del valor de las actividades realizadas durante la construcción que han de cuantificarse.

Otro tanto acontece con los valores consignados en el patrimonio autónomo con cargo a la tarifa del 11.75% con posterioridad al 9 de julio de 2015 conforme a la certificación del 22 de julio de 2015 expedida por la Fiduciaria Corficolombiana S.A. en su calidad de vocera y administradora del Fideicomiso Transportes Inteligente S.A. y hasta la fecha de liquidación definitiva, que deben deducirse o descontarse de las sumas totales resultantes a favor de Estaciones Metrolínea Ltda.

En estas condiciones dado que se han continuado generando varios de los costos de las actividades realizadas por el concesionario durante la construcción, sumas que una vez liquidadas en forma correcta deben reconocerse y pagarse al concesionario, y así mismo, se han entregado después de la fecha certificada por la Fiduciaria, los recursos generados con la tarifa del 11.75%, sumas que deben deducirse, el Tribunal, sin embargo hará la liquidación del contrato y ordenará a las partes complementarla posteriormente con los aspectos que se señalan a continuación.

3. En el marco de las pretensiones formuladas, y en cuanto respecta a la pretensión consistente en *"que se efectúe la liquidación del CONTRATO DE CONCESIÓN M-LP-001-2008 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2008, en la forma que determine el Tribunal y con arreglo a la ley",* el Tribunal hará la liquidación del contrato con fecha de corte de esta laudo y, ordenará a las partes complementarla con arreglo a la ley, dentro de los dos meses siguientes a la fecha de ejecutoria de este laudo, en la siguiente "forma" que determina:

1. Liquidación del Contrato con corte a la fecha de este laudo:

   a) El Objeto, duración, obligaciones de las partes, riesgos, contraprestación, duración, valor, forma de pago, garantias, bienes y actividades comprendidas en la concesión, calidad, características y componentes de los bienes relativos a la reversión, acta de iniciación, suspensiones, terminación anticipada, consta en los documentos contractuales y habrá de reproducirse por las partes en la liquidación complementaria que harán después de ésta.
   b) El valor reconocido en el laudo a favor de Estaciones Metrolínea Ltda, causado y liquidado hasta las fechas de corte de los dictámenes periciales, asciende a la suma de CIENTO SESENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS DIECINUEVE PESOS CON 22/100 ($ 167.835.773.419.22) moneda legal colombiana, discriminado así:

I. Valor del costo directo de las actividades realizadas por el concesionario durante la construcción, relativas a las obras y al inventario

Concepto	Valor nominal	Valor Actualizado a Octubre/2012	Valor actualizado a Dic/2015-En-2016	Valor total Actualizado a Dic/2015-En-2016
Costo directo de la obtra	78.224.001.78	86.495.202.720	16.980.480.002	95.204.481.780
Total reconocido				95.204.481.780

II. Valor de los costos de administración de las actividades realizadas por el concesionario durante la construcción.

Concepto	Valor nominal	Valor Actualizado a Octubre/2012	Valor actualización a Dic/2015-En-2016	Valor total Actualizado a Dic/2015-En-2016
Costos Administrativos	11.320.573.161	12.103.335.861	16.980.480.002	13.819.282.420
Total reconocido				13.819.282.420

III. Valor de la interventoria de las actividades realizadas por el concesionario durante la construcción.

Concepto	Valor nominal	Valor Actualizado a Octubre/2012	Valor actualización a Dic/2015-En-2016	Valor total Actualizado a Dic/2015-En-2016
Costos Administrativos	3.717.916.928	3.972.708.669	818.021.238	4.535.938.166
Total reconocido				4.535.938.166

IV. Valor de los costos financieros de las actividades realizadas por el concesionario durante la construcción, causado y liquidado hasta el 30 de septiembre de 2014.

El valor de estos costos conforme a los dictámenes de Jega Accounting House Ltda y de IKON Banca de Inversión S.A.S. que incluye todos los conceptos a 30 de septiembre de 2014 asciende a $43.187.062.541,22.

V. Valor del costo de oportunidad del capital invertido en las actividades realizadas por el Concesionario, causado y liquidado hasta el 31 de enero de 2016

Concepto	Valor total de los aportes	Total Costo de Oportunidad aplicando la Tasa del 6% anual hasta el 31 de enero de 2 016
Costo de Oportunidad del capital aportado	18.812.618.710	6.166.712.539

VI. Valor de los costos de las actividades realizadas por el Concesionario después de la terminación del Contrato de Concesión en desarrollo de sus obligaciones contractuales y legales, causado y liquidado hasta el 30 de septiembre de 2014.

El Tribunal reconocera el valor probado en el proceso de conformidad con la pretensión formulada . El valor será actualizado aplicando el IPC, a 31 de enero de 2016, última información disponible, según el DANE, siguiendo el modelo de actualización utilizado por el experto, así:

Concepto	Valor nominal	Valor Actualizado a 15 de agosto de 2014	Valor total Actualizado a Dic/2015-En-2016
Costos Administrativos	2.159.565.422	2.217.202.995	2.414.606.494
Total reconocido			2.414.606.494

El valor de $2.507.689.479 relativos a los costos de operación no se actualizan por corresponder a costos que ya contienen esa actualización.

La suma total que se reconoce por este concepto CUATRO MIL NOVECIENTOS VEINTIDOS MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS SETENTA Y TRES PESOS ($ 4.922.295.973.00) M/cte.

El valor total de los recursos recibidos por el concesionario con cargo a la tarifa del 11.75% de conformidad con la certificación expedida el 22 de julio de 2015 por la Fiduciaria Corficolombiana S.A. en su calidad de vocera y administradora del Fideicomiso Transportes Inteligente S.A. (folio 7237-7241), el valor recibido con cargo a la participación del 11.75% entre el 19 de marzo de 2010 y el 9 de julio de 2015, es de $30.998.163.481.

Esta suma será actualizada aplicando los último índices disponible y pertinentes del DANE (IPC) a 31 de enero de 2016 y los índices iniciales de cada uno de los períodos de pago contenidos en la certificación anteriormente mencionada.

Concepto	Valor nominal	Valor total Actualizado a En-2016
Pagos recibidos	30.998.163.482	33.147.177.769
Total		33.147.177.769

EL SALDO NETO A PAGAR EN LA FECHA DE CORTE DE ESTE LAUDO POR METROLÍNEA S.A A ESTACIONES METROLINEA LTDA, asciende a la suma de

Total reconocido en el laudo:	$167.835.773.419.22
Total pagos anticipados:	$ 33.147.177.769,oo
Saldo:	$134.688.595.650.22

Este valor será pagado por METROLINEA S.A. a ESTACIONES METROLINEA LTDA dentros de los términos contemplados en la cláusula 64.2 contados a partir de la ejecutoria del laudo, como se dispone en la parte resolutiva.

2. Liquidación Complementaria del Contrato.

Dentro de los dos meses siguientes a la fecha de ejecutoria de este laudo, Metrolínea S.A. y Estaciones Metrolínea Ltda, suscribirán un acta complementaria de liquidación que contendrá además de los requisitos generales, los señalados a continuación:

a) Dentro del mes siguiente a la ejecutoria del laudo suscribirán el acta de entrega definitiva de los bienes comprendidos en la concesión y la reversión, así como el patio taller provisional, el predio y almacén de inventarios integrados a la construcción. A partir de esa fecha, Metrolínea S.A. asumirá todas las obligaciones relacionadas con la disposición del patio taller provisional, PMA Y PMT de la zona de influencia de la obra, así como la custodia del predio y almacén de inventarios integrados a la construcción respectiva.

b) Los costos efectivamente incurridos por Estaciones Metrolínea Ltda hasta la fecha de entrega y recibo de los bienes, por las actividades relacionadas con la disposición del patio taller provisional, PMA Y PMT de la zona de influencia de la obra, así como la custodia del predio y almacén de inventarios integrados a la construcción respectiva, y con la renovación de las pólizas de seguro, serán incluidos en el valor de la liquidación, reconocidos y pagados por Metrolínea S.A. debidamente actualizados con el IPC, en la forma y por los conceptos expresados al decidir las pretensiones.

c) Los costos administrativos, operacionales, financieros, y con la renovación de las pólizas de seguro, conforme a los costos efectivamente incurridos, que se hayan causado con posterioridad al 30 de septiembre de 2014 y los que se causen hasta la fecha de liquidación definitiva del contrato, se incluirán en el valor de la liquidación y serán reconocidos y pagados por Metrolínea S.A a Estaciones Metrolínea Ltda., debidamente actualizados con el IPC, en la forma y por los conceptos expresados al decidir las pretensiones.

d) La totalidad de los recursos consignados en el patrimonio autónomo con cargo a la tarifa del 11.75% certificados en la suma de $30.998.163.481. por la Fiduciaria Corficolombiana S.A.. (folio 7237-7241), entre el 19 de marzo de 2010 y el 9 de julio de 2015, así como los que se hayan recibido con posterioridad al 9 de julio de 2015 y hasta la fecha de liquidación definitiva, serán deducidos o descontados de las sumas totales resultantes a favor de Estaciones Metrolínea Ltda.

e). El nuevo saldo que resulte a favor de Estaciones Metrolínea Ltda., después de hacer los reconocimientos enunciados en los numerales anteriores y efectuadas la deduciones correspondientes de los recursos provinientes de la tarifa, será cancelado por Metrolínea S.A. en la forma establecida en este laudo, esto es, el cincuenta por ciento (50%) dentro del plazo de diez y ocho (18) meses, y el cincuenta por ciento (50%) restante dentro del año siguiente, períodos en los cuales se reconocerán intereses al DTF más cinco (5) sobre los saldos, que se pagarán con el respectivo capital. En caso de mora en el pago de la obligación se generan intereses a la tasa máxima autorizada por la ley.

V. LAS OBJECIONES A LOS JURAMENTOS ESTIMATORIOS

Ambas partes formularon objeciones recíprocas a los juramentos estimatorios de sus demandas.

METROLÍNEA S.A., objeta el juramento porque, a su juicio los valores tenidos en cuenta por Estaciones Metrolinea Ltda., carecen de soporte contable o técnico, contienen cálculos subjetivos, en particular los costos de interventoría y las *"actividades"* realizadas

después de la suscripción del Acta de Terminación, la remuneración causada durante el periodo de suspensión, los perjuicios por el incumplimiento de la obligación de asumir los costos de la ocurrencia de los riesgos contractuales, la utilidad dejada de percibir por el Contratista , los intereses de mora liquidados hasta el mes de marzo de 2015; el reajuste de los dineros carece de explicación clara, no explica la metodología ni los índices económicos, además de calcularse intereses moratorio con lo cual se estaría incluyendo, dos veces el mismo concepto; en el cálculo de los valores de administración y de utilidad esperada, no se establece a qué obedece el concepto de administración ni de dónde se obtuvo la utilidad esperada; y los valores reclamados no indican elementos demostrativos conforme al artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

ESTACIONES METROLÍNEA LTDA., objetó por no contenerlo propiamente, sino la expresión de un valor de *$27.058.671.234* con base en la cláusula 51 del Contrato afirmando que los recibió a título de remuneración, cuando tan sólo recibió una suma inferior, habiendo rehusado pagarla y entregarla , y la certificación adjunta muestra el valor monto recibido, hasta la fecha de expedición pero no es cierto, como lo sostiene que el valor allí indicado haya sido pagado en su totalidad en cumplimiento de la cláusula 51 del Contrato de Concesión (remuneración), que no alcanza al 25%.

El juramento estimatorio, además de requisito de la demanda, es un medio de prueba que en caso de no ser objetado por la parte contra quien se aduce, deberá ser adoptado como prueba de la cuantía de las pretensiones, salvo que, como bien lo dispone el artículo 206 del C.G.P., el fallador encuentre una manifiesta injusticia, ilegalidad o sospeche la existencia de una fraude en tal estimación. Por esto la objeción ostenta una particular relevancia, debe indicar las razones y motivos, e exactitudes, so pena de que esta no sea aceptada y se tenga por no objetada la estimación de la cuantía con las consecuencias que ello implica para el demandado. Ahora, cuando se advierte fraude, colusión o mala fe, hay lugar a imponer una sanción, que decidió la Corte Constitucional en sentencia C-157 de 2013 "*bajo el entendido de que tal sanción -por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa de la misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado". A*dicionalmente, es preciso recordar que las sanciones previstas tienen finalidad desincentivar las demandas con pretensiones exageradas y sin

sustento, frente a lo cual la Corte Constitucional ha recalcado que "*Las sanciones previstas en el artículo 206 de la Ley 1564 de 2012 tienen finalidades legítimas, tales como preservar la lealtad procesal de las partes y condenar la realización de demandas "temerarias" y "fabulosas" en el sistema procesal colombiano, fundamentadas en la violación de un bien jurídico muy importante como es la eficaz y recta administración de justicia que puede ser afectado a través de la inútil, fraudulenta o desproporcionada puesta en marcha de la Administración de Justicia"*[306].

A lo anterior se agrega que el Tribunal no encuentra ligereza en la estimación de la cuantía de las pretensiones de la demanda arbitral principal reformada ni de la demanda de reconvención y mucho menos advierte fraude, colusión, falta de diligencia o cuidado en la actuación de las partes o sus apoderados, quienes desarrollaron con absoluta ética y eficiencia sus labores profesionales, y por consiguiente, no hay lugar a consecuencia adversa alguna. (Sentencia C-157 de 2013; y C-279 y C-332 de 2013).

VI. COSTAS

Para el Tribunal, la actuación de las partes y de sus apoderados en el presente proceso se ha ceñido a los principios de transparencia y lealtad procesal, cada quien en defensa de la posición asumida, sin que jurídicamente se les pueda hacer reproche alguno, y recalca su buena fe en el manejo de la problemática planteada.

El Código General del Proceso en el artículo 365 numeral 5º reprodujo el numeral 6º del artículo 392 del Código de procedimiento Civil, según el cual "En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión".

Por la prosperidad parcial de parte de las pretensiones, y el reconocimiento de fundamento parcial a algunas excepciones, no se impone condena en costas y cada parte asume los costos del presente proceso en las proporciones legales que les corresponde.

[306] Corte Constitucional. Sentencia C- 279 de 2013.

Sin embargo, consta en el proceso que ESTACIONES METROLÍNEA S.A. consignó el ciento por ciento (100%) de los honorarios y costos del arbitraje, realizados los descuentos de ley aplicables a los honorarios de los árbitros y el secretario. El valor pagado por la Convocante fue de$1.420.854.625.

No se encuentra acreditado que METROLÍNEA S.A. haya reembolsado a la Convocante el valor de la parte de los honorarios y gastos del Tribunal.

El artículo 27 de la Ley 1563 de 2012, dispone:

> "Artículo 27. Oportunidad para la consignación. En firme la regulación de honorarios y gastos, cada parte consignará, dentro de los diez (10) días siguientes, lo que a ella corresponda. El depósito se hará a nombre del presidente del tribunal, quien abrirá para su manejo una cuenta especial en una entidad sujeta a la vigilancia de la Superintendencia Financiera. Dicha cuenta deberá contener la indicación del tribunal arbitral y en ella solo podrán administrarse los recursos de este.
>
> Si una de las partes consigna lo que le corresponde y la otra no, aquella podrá hacerlo por esta dentro de los cinco (5) días siguientes. Si no se produjere el reembolso, la acreedora podrá demandar su pago por la vía ejecutiva ante la justicia ordinaria. Para tal efecto le bastará presentar la correspondiente certificación expedida por el presidente del tribunal con la firma del secretario.
>
> En la ejecución no se podrá alegar excepción diferente a la de pago. La certificación solamente podrá ser expedida cuando haya cobrado firmeza la providencia mediante la cual el tribunal se declare competente.
>
> De no mediar ejecución, las expensas pendientes de reembolso se tendrán en cuenta en el laudo para lo que hubiere lugar. A cargo de la parte incumplida, se causarán intereses de mora a la tasa más alta autorizada, desde el vencimiento del plazo para consignar y hasta el momento en que cancele la totalidad de las sumas debidas.
>
> Vencidos los términos previstos para realizar las consignaciones sin que estas se hubieren efectuado, el tribunal mediante auto declarará concluidas sus funciones y extinguidos los efectos del pacto arbitral para el caso."

De conformidad con el artículo precedente, METROLÍNEA S.A. debe reembolsar a ESTACIONES METROLÍNEA S.A., la suma total de $$1.420.854.625, correspondiente al valor de los honorarios y gastos de este Tribunal que consignó por ella. Sobre esta suma se causan intereses de mora a la más alta tasa autorizada a cargo de METROLÍNEA S.A. esto es, una y media veces el interés bancario corriente, desde el vencimiento del plazo para consignar, que fue el día 18 de junio de 2015, día hábil siguiente al último que tenía METROLÍNEA S.A para hacer la consignación que le correspondía y hasta la fecha en que cancele la totalidad de las sumas debidas.

En consecuencia, si bien el Tribunal no impondrá condena en costas (gastos y agencias en derecho), y cada parte asume los costos del presente proceso en las proporciones legales que les corresponde, no obstante condenará a METROLÍNEA S.A. a pagar a ESTACIONES METROLÍNEA LTDA las sumas que por concepto de honorarios y gastos consignó ésta por su cuenta, con los respectivos intereses moratorios causados a la tasa más alta autorizada liquidados en la fecha del laudo, y dispondrá que se seguirán causado hasta la fecha en que le cancele la totalidad de la suma debida, al tenor de lo establecido en el artículo 27 de la Ley 1563 de 2012.

3º. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitraje constituido para dirimir las controversias contractuales surgidas entre **ESTACIONES METROLÍNEA LTDA.** por una parte, y por la otra, **METROLÍNEA S.A.,** administrando justicia por habilitación de las partes, en nombre de la República y por autoridad de la ley, en derecho

R E S U E L V E:

PRIMERO: Declarar probadas las excepciones perentorias interpuestas por **METROLÍNEA S.A.,** denominadas "Inexistencia de la obligación de pago a Estaciones Metrolínea de la remuneración pactada durante el plazo de la suspensión", "Inexistencia de la obligación de reconocimiento de intereses de plazo ni de intereses de mora", y declarar no probadas todas las restantes excepciones perentorias que interpuso frente a la demanda arbitral principal reformada promovida en su contra por **ESTACIONES METROLÍNEA LTDA** en los términos y por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Declarar probadas las excepciones perentorias interpuestas por **ESTACIONES METROLÍNEA LTDA** denominadas **"**El contrato debe ser cumplido según lo acordado o "Pacta Sunt Servanda". "El contrato debe ser cumplido según lo acordado en cuanto a la clase de contrato que fue celebrado*."* "El contrato debe ser cumplido según lo acordado en cuanto al reconocimiento integral de las causas que condujeron a su terminación anticipada y en cuanto a las consecuencias que de tal

terminación se derivan, particularmente en lo que dice relación con la aplicación de la cláusula 64.2”.“El contrato debe ser cumplido según lo acordado en cuanto a la aplicación íntegra de la cláusula 64.2 para determinar el valor de liquidación del mismo, respetando la fórmula en ella incluída. “Carencia Absoluta de Derecho”, frente a la demanda arbitral de reconvención instaurada en su contra por **METROLÍNEA S.A.** Por la prosperidad de las anteriores excepciones que desvirtuan todas las pretensiones de la demanda de reconvención, no habra lugar a estudiar las demas excepciones restantes presentadas.

TERCERO: Declarar que entre **METROLÍNEA S.A**. y **ESTACIONES METROLÍNEA LTDA.** se celebró el **CONTRATO DE CONCESIÓN M-LP-001-2008 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2008,** cuyo objeto fue el otorgamiento al Concesionario de una concesión, por las razones expuestas en esta providencia.

CUARTO: Declarar que el **CONTRATO DE CONCESIÓN M-LP-001-2008 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2008** celebrado entre **METROLÍNEA S.A.** y **ESTACIONES METROLÍNEA LTDA**. terminó el 12 de octubre de 2012, en la forma y por lo expuesto en la parte motiva.

QUINTO: Declarar que **METROLÍNEA S.A**. incumplió el CONTRATO DE CONCESIÓN M-LP-001-2008 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2008 en cuanto a la obligación de entregarle a **ESTACIONES METROLÍNEA LTDA.** un predio respecto del cual la primera, en condición de Concedente, ejerciera una titularidad de derechos que le permitieran a la segunda, en condición de Concesionaria, ejercer una tenencia pacífica y libre de turbaciones, para que sobre dicho predio se pudiera ejecutar sin obstáculos las actividades del Concesionario en relación con el objeto del mencionado **CONTRATO DE CONCESIÓN M-LP-001-2008 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2008**, por las razones expuestas en esta providencia.

SEXTO: Declarar que la terminación anticipada del **CONTRATO DE CONCESIÓN M-LP-001-2008 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2008**, celebrado entre **METROLÍNEA S.A**. y **ESTACIONES METROLÍNEA LTDA.** se produjo como consecuencia de la configuración

de la causal consistente en la suspensión del mismo, por más de dos (2) meses, contemplada en la cláusula 63.6 del dicho contrato, por lo expuesto en la parte motiva.

SÉPTIMO: Declarar que para adoptar la determinación de terminación anticipada del **CONTRATO DE CONCESIÓN M-LP-001-2008 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2008,** celebrado entre **METROLÍNEA S.A**. y **ESTACIONES METROLÍNEA LTDA**. las partes tuvieron en cuenta, como consideración previa, la situación de fuerza mayor provocada por la medida cautelar proferida por el Juzgado Noveno del Circuito Administrativo de Bucaramanga, dentro del proceso de acción popular que cursó ante ese Despacho Judicial, por las razones expuestas en esta providencia.

OCTAVO: Declarar que la terminación del contrato de **CONCESIÓN M-LP-001-2008 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2008,** celebrado entre **METROLÍNEA S.A.** y **ESTACIONES METROLÍNEA LTDA**. se produjo con ocasión de la solicitud en tal sentido elevada por **ESTACIONES METROLÍNEA LTDA**. y que fue aceptada por **METROLÍNEA S.A.**, así como también que para la adopción de dicha decisión de terminación las partes reconocieron la ocurrencia de una situación de fuerza mayor, por lo expuesto en la parte motiva.

NOVENO: Declarar que la suscripción del acta de terminación del contrato de **CONCESIÓN M-LP-001-2008 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2008**, celebrado entre **METROLÍNEA S.A**. y **ESTACIONES METROLÍNEA LTDA**. se produjo por el común acuerdo de las partes, en cuanto al reconocimiento de la causal de suspensión por un término continuo de más de dos (2) meses, consagrada en el numeral 6º del artículo 63 de dicho contrato, que le daba origen, previamente invocada por **ESTACIONES METROLÍNEA LTDA.**, y en cuanto al reconocimiento de que la medida cautelar adoptada por el Juzgado Noveno del Circuito Administrativo de Bucaramanga, y que dicha terminación anticipada es válida y eficaz, por las razones expuestas en esta providencia.

DÉCIMO: Declarar que en el acta de terminación anticipada del **CONTRATO DE CONCESIÓN M-LP-001-2008 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2008** se acordó por las partes en forma expresa darle aplicación a la cláusula 64.2 de dicho contrato, para

efectos de los reconocimientos económicos a que tiene derecho el Concesionario por causa de la aludida terminación anticipada, y que dicha estipulación es válida y eficaz, por lo expuesto en la parte motiva.

UNDÉCIMO: Declarar que el valor de los reconocimientos económicos a que tiene derecho el Concesionario por el hecho de la terminación anticipada del **CONTRATO DE CONCESIÓN M-LP-001-2008 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2008,** son los que resulten resulten de aplicar la Cláusula 64.2 de dicho contrato, y los acordados en el Acta de Terminación Anticipada suscrita el 12 de octubre de 2012, por las razones expuestas en esta providencia.

DUODÉCIMO: Declarar que para efectos de los reconocimientos económicos a que tiene derecho el Concesionario por el hecho de la terminación anticipada del **CONTRATO DE CONCESIÓN M-LP-001-2008 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2008,** dentro de los costos incurridos por **ESTACIONES METROLÍNEA LTDA**., en su carácter de Concesionario, deben incluírse la totalidad de los costos directos e indirectos en que haya incurrido para realizar la construcción que era objeto de dicho contrato, incluyendo pero sin limitarse, los costos financieros, administrativos y de construcción de la obra, por lo expuesto en la parte motiva.

DÉCIMO TERCERO: Condenar a **METROLÍNEA S.A.** a reconocer y pagar a **ESTACIONES METROLÍNEA LTDA.,** como valor a que tiene derecho por el hecho de la terminación anticipada del **CONTRATO DE CONCESIÓN M-LP-001-2008 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2008,** el correspondiente al valor pagado por el Concesionario a la Interventoría, más el valor correspondiente a los costos incurridos en la totalidad de las actividades por este realizadas para la ejecución del objeto del mismo conforme a lo establecido en la Cláusula 64.2 del mencionado Contrato y en el Acta de Terminación Anticipada suscrita el 12 de octubre de 2012, a la suma liquidada y causada hasta el 30 de septiembre de 2014 de CIENTO SESENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS DIECINUEVE PESOS CON 22/100 ($ 167.835.773.419.22) moneda legal colombiana**,** ya actualizada, y discriminada así:

a) La suma de CUATRO MIL QUINIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y OCHO MIL CIENTO SESENTA Y SEIS PESOS ($4.535.938.166,00) moneda legal colombiana, por concepto del valor cancelado por el Concesionario a la Interventoria ("ValInt"), valor que ya contiene la actualización.

b) La suma de CIENTO SESENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS CON 22/100 ($ 163.299.835.253.22) moneda legal colombiana, por concepto del *valor de las actividades realizadas por el Concesionario durante la etapa de construcción* ("InvCons"), valor que ya contiene la actualización, y que se discrimina así:

1) La suma de NOVENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y UN MIL SETECIENTOS OCHENTA PESOS ($95.204.481.780,00) moneda legal colombiana, correspondiente al costo directo de las actividades realizadas durante la construcción, que ya contiene la actualización;

2) La suma de CUARENTA Y TRES MIL CIENTO OCHENTA Y SIETE MILLONES SESENTA Y DOS MIL QUINIENTOS CUARENTA Y UN PESOS CON 22/100 ($43.187.062.541,22) moneda legal colombiana, correspondiente al costo financiero de la deuda, liquidada y causada hasta el 30 de septiembre de 2014, que ya contiene la actualización; y

3) La suma de SEIS MIL CIENTO SESENTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS DOCE MIL QUINIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS ($6.166.712.539,00) moneda legal colombiana, correspondiente al costo de oportunidad del capital puesto a disposición del Proyecto por el concesionario, liquidada y causada hasta el 31 de enero de 2016, que ya contiene la actualización.

4) La suma de TRECE MIL OCHOCIENTOS DIECINUEVE MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS VEINTE PESOS ($

13.819.282.420.00) M/cte, por concepto de los costos de administración de las actividades realizadas por el concesionario durante la construcción, causada y liquidada hasta el 30 de septiembre de 2014.

5) La suma de CUATRO MIL NOVECIENTOS VEINTIDOS MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS SETENTA Y TRES PESOS ($4.922.295.973.00) moneda legal colombiana, correspondiente a los costos de las actividades realizadas por el Concesionario durante la construcción después de la terminación del Contrato de Concesión en desarrollo de sus obligaciones contractuales y legales, causada y liquidada hasta el 30 de septiembre de 2014.

A la suma anterior de CIENTO SESENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS DIECINUEVE PESOS CON 22/100 ($ 167.835.773.419.22) moneda legal colombiana, por efectos de la liquidación del contrato y de las pretensiones correspondientes se descuenta la suma de TREINTA Y TRES MIL CIENTO CUARENTA Y SIETE MILLONES CIENTO SETENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS ($ 33.147.177.769.00) Mcte, correspondiente al valor total recibido por concepto de la tarifa del 11.75 %.. En consecuencia el valor neto a pagar por METROLÍNEA S.A., a ESTACIONES METROLINEA LTDA, es la suma de CIENTO TREINTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS CINCUENTA PESOS CON 22/100 ($ 134.688.595.650.00) Mcte, y será pagada de conformidad con lo pactado en el Acta de Terminación Anticipada suscrita el 12 de octubre de 2012 y la Cláusula 64.2 del **CONTRATO DE CONCESIÓN M-LP-001-2008 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2008,** así: el cincuenta por ciento (50%) dentro de los dieciocho (18) meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia, y el cincuenta por ciento (50%) restante, dentro de un año adicional al vencimiento de esos primeros dieciocho (18) meses. Durante estos períodos se reconocerán y pagarán intereses al DTF más cinco (5) sobre los saldos adeudados, los cuales se pagarán con el respectivo capital. En caso de retardo en el pago del capital, sobre este se causarán intereses moratorios a la tasa mas alta autorizada por la leymoratorios conforme a la Ley.

DÉCIMO CUARTO: Declarar que a partir de la fecha de terminación del **CONTRATO DE CONCESIÓN M-LP-001-2008 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2008,** celebrado entre **METROLÍNEA S.A**. y **ESTACIONES METROLÍNEA LTDA**. cesaron para **ESTACIONES METROLÍNEA LTDA**. las obligaciones relacionadas con la construcción de la Estación de Cabecera, patios de operación y talleres de Floridablanca del SITM y subsistieron en su cabeza solamente las relacionadas con la disposición del patio taller provisional, el PMA y el PMT de la zona de influencia de la obra, así como la custodia del predio y almacén de inventarios integrados a la construcción respectiva, por las razones expuestas en esta providencia.

DÉCIMO QUINTO: Declarar que las obligaciones relacionadas con la disposición del patio taller provisional, el PMA y el PMT de la zona de influencia de la obra, así como la custodia del predio y almacén de inventarios integrados a la construcción respectiva, a que se hace referencia en la pretensión anterior, se debían mantener hasta tanto se procediera a la liquidación definitiva del contrato, ya fuera por acuerdo entre las partes, por decisión de un amigable componedor técnico, o de un Tribunal de Arbitramento, tiempo que no sería superior a seis meses, por lo expuesto en la parte motiva.

DÉCIMO SEXTO: Declarar que **METROLÍNEA S.A**. incurrió en incumplimiento de las obligaciones que asumió para con **ESTACIONES METROLÍNEA LTDA**. conforme a lo acordado en el **CONTRATO DE CONCESIÓN M-LP-001-2008 DEL 18 DE NOVIEMBRE** DE 2008 y en el acta de terminación anticipada del mismo, en la medida en que no realizó las actividades necesarias para recibir los bienes sobre los que recaía la concesión o que fueron producto de la ejecución de la misma y hacerse cargo de tales bienes, de manera que se hiciera efectiva la reversión que de la concesión debe hacerse con ocasión de la terminación anticipada del **CONTRATO DE CONCESIÓN M-LP-001-2008 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2008**, por lo expuesto en la parte motiva.

DÉCIMO SÉPTIMO: Declarar que **METROLÍNEA S.A.** está en mora de hacerse cargo de la custodia del predio y almacén de inventarios integrados a la construcción respectiva, y de asumir el PMA y el PMT de la zona de influencia de la obra y que, en

consecuencia, se le ordena asumir esas actividades a partir del mes siguiente a la ejecutoria de esta providencia, por lo expuesto en la parte motiva.

DÉCIMO OCTAVO: Declarar que, según lo pactado en el acta de terminación anticipada del **CONTRATO DE CONCESIÓN M-LP-001-2008 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2008, METROLÍNEA S.A**. debe reconocer y pagar a **ESTACIONES METROLÍNEA LTDA.** el valor de las actividades realizadas después de la terminación de dicho Contrato, en particular las relacionadas con la disposición del patio taller provisional, PMA Y PMT de la zona de influencia de la obra, así como la custodia del predio y almacén de inventarios integrados a la construcción respectiva, y la renovación de las pólizas de seguro que conforme a lo estipulado en el Contrato debían mantenerse y fue posible renovar, valor que debe ser sumado al valor de las actividades realizadas por el Concesionario, el cual le debe ser reconocido a éste por el hecho de la terminación anticipada del **CONTRATO DE CONCESIÓN M-LP-001-2008 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2008,** por las razones expuestas en esta providencia.

DÉCIMO NOVENO: Declarar que la Implantación de la Fase 1 del Sistema Metrolínea, que debía darse en la forma y con el alcance previsto en el Pliego de la Licitación M-LP-001-2008 y en el **CONTRATO DE CONCESIÓN M-LP-001-2008 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2008,** no se produjo en la forma establecida y en el tiempo señalado y que tal Implantación no se había realizado aún en la fecha de terminación anticipada del mencionado contrato, por lo expuesto en la parte motiva.

VIGÉSIMO: Declarar que en la ejecución del **CONTRATO DE CONCESIÓN M-LP-001-2008 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2008** ocurrió el Riesgo de Implantación, que dicho contrato previó como riesgo a cargo del Concedente, **METROLÍNEA S.A.,** por las razones expuestas en esta providencia.

VIGÉSIMO PRIMERO: Condenar a **METROLÍNEA S.A**. a reconocer y pagar a **ESTACIONES METROLÍNEA LTDA.,** sobre las sumas resultantes de las condenas la actualización monetaria con base en el IPC, por las razones expuestas en esta providencia.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Declarar que para efectos de la liquidacion , el valor correspondiente a las sumas recibidas a título de desbalance de pagos seran descontadas del valor de la liquidación del mismo, tal y como se acordó en el Acta de Terminación del mencionado contrato, y que en tal efecto se deben contabilizar como parte del pago que deberá realizar METROLÍNEA S.A. a ESTACIONES METROLÍNEA LTDA, y asimismo, se descuenta de la suma que por razón de dicha liquidación deba pagarle METROLÍNEA S.A. a ESTACIONES METROLÍNEA LTDA., las sumas que hasta la fecha en que se produzca dicha liquidación le hayan sido pagadas por aquella a esta, a título de desbalance de pagos, conforme a lo estipulado en el Acta de Terminación del mencionado contrato, por lo expuesto en la parte motiva.

VIGESIMA TERCERA: Dentro del marco de la pretensión formulada consistente en *que se efectúe la liquidación del CONTRATO DE CONCESIÓN M-LP-001-2008 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2008, en la forma que determine el Tribunal y con arreglo a la ley",* se ordena a **METROLÍNEA S.A** y **ESTACIONES METROLÍNEA LTDA***., se liquida el* **CONTRATO DE CONCESIÓN M-LP-001-2008 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2008, así:**

1) El Objeto, duración, obligaciones de las partes, riesgos, contraprestación, duración, valor, forma de pago, garantias, bienes y actividades comprendidas en la concesión, calidad, características y componentes de los bienes relativos a la reversión, acta de iniciación, suspensiones, terminación anticipada, consta en los documentos contractuales y habrá de reproducirse por las partes en la liquidación complementaria que harán después de ésta.

2) El valor reconocido en el laudo a favor de Estaciones Metrolínea Ltda, causado y liquidado hasta las fechas de corte de los dictámenes periciales, asciende a la suma liquidada y causada hasta el 30 de septiembre de 2014 de CIENTO SESENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS DIECINUEVE PESOS CON 22/100 ($ 167.835.773.419.22) moneda legal colombiana**,** ya actualizada, a fecha 31 de enero de 2016, como se señaló anteriormente.

De este valor se descuenta el valor total de las sumas recibidas por concepto de la tarifa del 11.75% equivalente a la suma de 33.147.177.769,oo ya actualizada, a fecha 31 de enero de 2016

EL SALDO NETO A PAGAR EN LA FECHA DE CORTE 31 DE ENERO DE 2016 POR METROLÍNEA S.A A ESTACIONES METROLINEA LTDA, asciende a la suma de

Total reconocido en el laudo:	$ 167.835.773.149.22
Total pagos anticipados:	$ 33.147.177.769,00
Saldo:	$134.688.595.650. 22

La suma total anterior de CIENTO TREINTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS CINCUENTA PESOS ($ 134.688.595.650.00) Mcte será pagada por **METROLÍNEA S.A**. a **ESTACIONES METROLÍNEA LTDA**, de conformidad con lo pactado en el Acta de Terminación Anticipada suscrita el 12 de octubre de 2012 y la Cláusula 64.2 del **CONTRATO DE CONCESIÓN M-LP-001-2008 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2008,** el cincuenta por ciento (50%) dentro de los dieciocho (18) meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia, y el cincuenta por ciento (50%) restante, dentro de un año adicional al vencimiento de esos primeros dieciocho (18) meses. Durante estos períodos se reconocerán y pagarán intereses al DTF más cinco (5) sobre los saldos adeudados, los cuales se pagarán con el respectivo capital. En caso de mora sobre el capital se causarán intereses de mora a la tasa maxima legal.

3) Liquidación Complementaria del Contrato.

Dentro de los dos meses siguientes a la fecha de ejecutoria de este laudo, se ordena a Metrolínea S.A. y Estaciones Metrolínea Ltda, suscribir un acta complementaria de

liquidación que contendrá además de los requisitos generales, los señalados a continuación:

a) Dentro del mes siguiente a la ejecutoria del laudo suscribirán el acta de entrega definitiva de los bienes comprendidos en la concesión y la reversión, así como el patio taller provisional, el predio y almacén de inventarios integrados a la construcción. A partir de esa fecha, Metrolínea S.A. asumirá todas las obligaciones relacionadas con la disposición del patio taller provisional, PMA Y PMT de la zona de influencia de la obra, así como la custodia del predio y almacén de inventarios integrados a la construcción respectiva.

b) Los costos efectivamente incurridos por Estaciones Metrolínea Ltda hasta la fecha de entrega y recibo de los bienes, por las actividades relacionadas con la disposición del patio taller provisional, PMA Y PMT de la zona de influencia de la obra, así como la custodia del predio y almacén de inventarios integrados a la construcción respectiva, y con la renovación de las pólizas de seguro, serán incluidos en el valor de la liquidación, reconocidos y pagados por Metrolínea S.A. debidamente actualizados con el IPC, en la forma y por los conceptos expresados al decidir las pretensiones.

c) Los costos administrativos, operacionales, financieros, y con la renovación de las pólizas de seguro, conforme a los costos efectivamente incurridos, que se hayan causado con posterioridad al 30 de septiembre de 2014 y los que se causen hasta la fecha de liquidación definitiva del contrato, se incluirán en el valor de la liquidación y serán reconocidos y pagados por Metrolínea S.A a Estaciones Metrolínea Ltda., debidamente actualizados con el IPC, en la forma y por los conceptos expresados al decidir las pretensiones.

d) La totalidad de los recursos consignados en el patrimonio autónomo con cargo a la tarifa del 11.75% certificados en la suma de $30.998.163.481. por la Fiduciaria Corficolombiana S.A.. (folio 7237-7241), entre el 19 de marzo de 2010 y el 9 de julio de 2015, así como los que se hayan recibido con posterioridad al 9 de julio de 2015 y hasta la fecha de liquidación definitiva, serán deducidos o descontados de las sumas totales resultantes a favor de Estaciones Metrolínea Ltda.

e). El nuevo saldo que resulte a favor de Estaciones Metrolínea Ltda., después de hacer los reconocimientos enunciados en los numerales anteriores será cancelado por Metrolínea S.A. en la forma establecida en este laudo, esto es, el cincuenta por ciento (50%) dentro del plazo de diez y ocho (18) meses, y el cincuenta por ciento (50%) restante dentro del año siguiente, períodos en los cuales se reconocerán intereses al DTF más cinco (5) sobre los saldos, que se pagarán con el respectivo capital. En caso de mora se pagaran intereses a la tasa mas alta permitida por la ley.

VIGÉSIMO CUARTO: Por las razones expuestas en la parte motiva, denegar las restantes pretensiones principales y subsidiarias de la demanda arbitral principal reformada de **ESTACIONES METROLÍNEA LTDA** contra **METROLÍNEA S.A.**

VIGÉSIMO QUINTO: Por las razones expuestas en la parte motiva, denegar todas las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda arbitral de reconvención de **METROLÍNEA S.A** contra **ESTACIONES METROLÍNEA LTDA** .

VIGÉSIMO SEXTO: Abstenerse de imponer condena en costas por lo expuesto en la parte motiva.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Condenar a **METROLÍNEA S.A**. a pagar a **ESTACIONES METROLÍNEA LTDA.,** la suma de $1.420.854.625, correspondiente al valor de los honorarios y gastos de este Tribunal que consignó por ella, junto con sus intereses de mora a la tasa más alta autorizada desde el día 18 de junio de 2015, fecha del vencimiento del plazo para consignar y hasta el momento en que cancele la totalidad de las sumas debidas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 1563 de 2012, y por las razones expuestas en esta providencia.

VIGÉSIMO OCTAVO: Declarar causado el cincuenta por ciento (50%) restante de los honorarios establecidos y el IVA correspondiente de los árbitros y del secretario por lo que se ordena realizar el pago del saldo en poder del Presidente del Tribunal, quien procederá a rendir cuentas de las sumas puestas a su disposición para los gastos de funcionamiento del Tribunal, y a entregar el remanente a la Parte Convocante, quien entregará los Arbitros y al Secretario los certificados de las retenciones realizadas individualmente a nombre de cada uno de ellos, en relación con el 50% de sus honorarios.

VIGÉSIMO NOVENO: Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas del presente laudo arbitral con destino a cada una de las partes y al Ministerio Público, con las constancias de ley, y que se remita el expediente para su archivo al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bucaramanga.

Esta providencia quedó notificada en audiencia

HERNAN GUILLERMO ALDANA DUQUE
Arbitro Presidente

HERNANDO HERRERA MERCADO
Arbitro

WILLIAM NAMÉN VARGAS
Arbitro

JAIME ANDRES CASTILLO CADENA
Secretario