

RESOLUCION No. 279
diciembre 30 de 2021

**POR MEDIO DEL CUAL SE DECLARA LA CADUCIDAD
POR EL INCUMPLIMIENTO GRAVE Y DIRECTO DE
LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES CONTENIDAS EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN No.
002 DE 2008**

1. CONSIDERACIONES GENERALES

1. Que en aplicación del procedimiento previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en armonía con lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011, procedimiento que deben observar las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la administración Pública para declarar la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento., se inició proceso sancionatorio, con miras a determinar si por acción u omisión procedía la declaratoria de caducidad y/o terminación anticipada del contrato de concesión No. 2 suscrito por METROLÍNEA S.A. y Movilizamos S.A.
2. Que el día 9 de julio del año en curso, la entidad emitió informe dirigido al concesionario con miras a determinar un posible incumplimiento estableciendo como fecha de inicio del proceso administrativo sancionatorio el día 2 de agosto del año 2021, por el vencimiento de la Garantía Única de Cumplimiento No. 1505001633401 expedida por seguros comerciales Bolívar y el no aporte de documento alguno que permitiera continuar con la ejecución del contrato de concesión No. 2, en razón a que no se allegó la renovación de la Póliza o una nueva garantía, la cual debía entregarse a Metrolínea S.A. con tres (3) meses de anterioridad al vencimiento de la respectiva etapa asegurable (inciso último de la cláusula 103 del contrato #2) y que el ente gestor esperó hasta el día 28 de junio del año 2021, fecha en la cual expiró la vigencia de la póliza anterior, sin que se recibiese garantía alguna por parte del concesionario Movilizamos S.A.
3. Que el presente proceso se inicia en razón a que el concesionario no aportó la garantía única de cumplimiento, documento del cual se tiene referencia a partir de la cláusula 96 y siguientes del contrato de concesión No. 2, disponiendo los parámetros, límites y sublímites de las garantías únicas de cumplimiento exigidas y permitidas en el contrato, sus valores, respaldos y demás requisitos que deberá contener dicho documento en caso de ser expedido por una aseguradora o entidad bancaria y aprobado por la entidad.
4. Que mediante oficio de fecha 14 de diciembre de 2020, la compañía Seguros Comerciales Bolívar, informó a Metrolínea S.A., y al concesionario Movilizamos S.A., la intención de no garantizar los riesgos propios de la etapa o periodo subsiguiente del concesionario Movilizamos S.A.
5. Que mediante oficio No. 18 del 08 de enero de 2021 Metrolínea S.A., procedió a remitir por competencia el oficio antes enunciado en el numeral anterior, al concesionario MOVILIZAMOS S.A., para que se tomaran las medidas pertinentes, teniendo en cuenta la decisión adoptada por parte de la aseguradora Seguros Bolívar, máxime que el plazo de vencimiento estaba previsto para el 28 de junio de 2021.
6. Que mediante oficio del día 18 de febrero de 2021, con radicado 251 se reiteró el oficio mencionado al numeral anterior, al Concesionario Movilizamos, en atención a que, a la fecha, no había informado los trámites adelantados en aras de constituir una nueva garantía única de cumplimiento que amparara las obligaciones a su cargo derivadas del contrato de Concesión No. DOS.
7. Que nuevamente el día 30 de marzo, mediante radicado No. 480 se reiteró el oficio No. 18 del 08 de enero de 2021, teniendo en cuenta que el término con él que contaba el concesionario Movilizamos, el cual se encuentra estipulado en la Cláusula 104, para allegar la renovación de la póliza o Garantía única de cumplimiento con tres (3) meses de anterioridad, se encontraba vencido, solicitando así que en el término de quince (15) días calendarios, contados a partir de la recepción del documento antes mencionado, debía allegar la garantía de cumplimiento.

8. Que como consecuencia de los documentos solicitados por el ente gestor desde el mes de enero del año en curso, el día 07 de abril de 2021, la entidad METROLÍNEA S.A., considero conveniente en aras de amparar el contrato y de esta manera evitar la paralización del Servicio Público de Transporte Masivo METROLÍNEA, en las rutas asignadas al operador MOVILIZAMOS S.A., suscribir OTROSÍ MODIFICATORIO No. 004 al contrato de concesión No. 2, para la prestación del servicio Público de transporte masivo de pasajeros dentro el sistema integrado de transporte masivo del área metropolitana de Bucaramanga, por medio del cual se incluyó un parágrafo que contemplara las consideraciones normativas sobre la forma de calcular el valor asegurado, conforme lo dispuesto en el Decreto 1082 de 2015, teniendo en cuenta que la etapa de la operación regular prevista por un término de quince años, le resta menos del 30% del tiempo para su terminación, lo que permitía un análisis del riesgo y la negociación de los valores y amparos correspondientes para el tiempo restante en la ejecución.

9. Que siendo el día veintinueve de junio 2021, y vencido el término para allegar los amparos, siendo el límite máximo el día 28 de junio hasta las 23:59 horas, el Concesionario no aportó la póliza o garantía bancaria que garantizara la cobertura de los riesgos contractuales, conforme lo así dispuesto en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 que reza: **DEL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO**. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

<Inciso modificado por el artículo [23](#) de la Ley 1150 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes (...)"

10. Que en atención al informe preliminar por parte del supervisor del contrato de concesión No. 2 de fecha 19 de mayo del año 2021, se dio inició el día 28 de mayo del año en curso, a proceso administrativo sancionatorio de imposición de multa, por no allegar los documentos necesarios para el análisis de riesgo, análisis financiero y de orden laboral del contrato de concesión No. 2, además de la gestión y debida diligencia ante las aseguradoras y/o entidades bancarias.

11. Que como resultado del proceso señalado en el numeral anterior, mediante actos administrativos Res. 134 del 8 de julio de 2021 se profirió fallo sancionatorio por una suma equivalente a 22 millones de pesos y Res. 137 del 15 de julio de 2021 por medio de la cual se resuelve recurso de reposición de la Res. 134/21, Metrolínea conminó al operador Movilizamos S.A., por la no entrega de los documentos que hacía parte del análisis de riesgo, análisis financiero y de orden laboral del contrato de concesión No. 2, conforme lo acordado en el otrosí No.4, además de la gestión y debida diligencia ante las aseguradoras y/o entidades bancarias, teniendo conocimiento de los mismos desde el mes de septiembre del año 2020 por medio del cual Metrolínea dio respuesta al derecho de petición relacionando los documentos que se debían aportar para el referido trámite y de las gestiones que dieran soporte a la consecución de la póliza ante las distintas aseguradoras antes de vencido el plazo de los 3 meses de que trata el contrato de concesión.

12. Que el día 2 de agosto del año en curso siendo las nueve (09:00 am) de la mañana, se llevó a cabo audiencia sancionatoria por el INCUMPLIMIENTO GRAVE en la prestación del servicio del contrato de Concesión No. 2, en la que compareció MOVILIZAMOS S.A., según la citación realizada por la entidad, mediante comunicación de fecha 9 de julio del año 2021, cuyo contenido se encuentra ajustado lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 enviada vía correo electrónico a la dirección de correo gerencia@operadoramovilizados.com y juridica@operadoramovilizados.com haciendo presencia a través de su Gerente General el Ing. Nelson Arenas Neira y sus apoderados RAFAEL EDUARDO CARRILLO (abogado principal) y OMAR LEONARDO HERRERA (Abogado suplente), en la que se presentaron descargos y se solicitaron pruebas de parte siendo decretadas las mismas, por lo que se ordenó por parte de la entidad la suspensión de la audiencia para su recaudo.

13. La audiencia tuvo su reinicio el día 1 de diciembre del año 2021, ya con la presencia de Seguros Comerciales, quienes fueron vinculados formalmente mediante oficios radicados 1570 del 11 de noviembre de 2021 y 1576 y del 22 de noviembre de 2021, y como reza el art. 86 de la Ley 1474 de 2011 como puede observarse en los folios 63 a 72 del expediente.

14. Una vez reiniciada la misma el apoderado de Seguros comerciales Bolívar, quien a través de su apoderado el Dr. JUAN CAMILO NEIRA PINEDA, solicitó entre otras 3 nulidades que le fueron resueltas en la audiencia: Indebida notificación, indebida tipificación de perjuicios para la aseguradora y que la misma nada tenía que ver en el proceso toda vez que con la antelación legal estipulada dio preaviso a las partes de su no continuidad en el proceso, además de solicitar la declaración testimonial del Gerente del concesionario Movilizamos NELSON ARENAS NEIRA, la declaración testimonial del supervisor del contrato el Ing. JOHN LEANDRO MURILLO y las señoras JENNY ROJAS, funcionaria de Seguros Comerciales Bolívar, correo electrónico Jenny.rojas@segurosbolivar.com, a fin de acreditar todo lo relacionado con la información oportuna que dio Seguros Comerciales Bolívar a Metrolínea S.A y al Concesionario Movilizamos S.A. y ANGEE SALAZAR, funcionaria de Seguros Comerciales Bolívar, correo electrónico angee.salazar@segurosbolivar.com, a fin de acreditar todo lo relacionado con las notificaciones de los trámites administrativos sancionatorios y allegar todo lo necesario para demostrar una indebida notificación, además de presentar sus respectivos descargos, por lo que la entidad una vez decretadas las pruebas solicitadas por la aseguradora, y las de oficio tomó la decisión de suspender la audiencia hasta el día 9 de diciembre del año 2021 a las nueve (09:00 am) de la mañana corriéndose traslado de todo lo ocurrido y aportado en la audiencia al concesionario Movilizamos S.A., conforme obra en el audio.

15. Que el día 9 de diciembre del año corriente, se dio nuevamente reinicio a la audiencia, para llevar a cabo la práctica de pruebas solicitadas por Seguros Bolívar y decretadas por la entidad, por lo que una vez se dio apertura se dio el uso de la palabra al Dr. JUAN CAMILO NEIRA PINEDA, quien procedió a preguntar al Ing. NELSON ARENAS, entre otras, acerca de si tenía conocimiento de cuando fue informado el concesionario por parte de Seguros Comerciales Bolívar de la no continuidad del aseguramiento de la garantía única de cumplimiento, seguido del cuestionario sobre los mismos hechos por parte de la entidad e igualmente el cuestionario del Dr. RAFAEL EDUARDO CARRILLO, acerca de las irregularidades y múltiples incumplimiento de las partes en el contrato según lo indicaba el abogado, de igual manera se procedió a atender el testimonio del Ing. JOHN LEANDRO MURILLO, en su condición de Jefe de Operaciones y supervisor de la parte técnica y administrativa del contrato de concesión 1 y 2, y teniendo en cuenta que la situación que conllevó a la parálisis hace parte de esa actividad administrativa se citó únicamente a quién le corresponde su auditoría contractual.

16. Transcurrida la audiencia y una vez escuchados los testimonios anteriormente señalados, el apoderado de seguros comerciales Bolívar renunció a la práctica de las demás pruebas por considerar que el alcance de las mismas y lo que se pretendía con ellas ya había sido satisfecho, por lo que reiteró nuevamente a la entidad tener en cuenta sus peticiones anteriores y se archivara toda actuación en contra de la aseguradora Seguros Comerciales Bolívar, por lo que el Delegado de la gerencia en uso de sus atribuciones legales y en atención lo estipulado en el procedimiento señalado en el art. 86 de la ley 1474 de 2011, procedió a desvincular del proceso a Seguros Comerciales Bolívar de conformidad con las pruebas que hacían parte del plenario, tanto las documentales como los testimonios allí recepcionados, en dónde se obtuvo de manera clara, precisa y contundente que efectivamente seguros comerciales Bolívar avisó con la anticipación que la norma que regula su actuar respecto de este tipo de amparos así le indica el artículo 2.2.1.2.3.1.3 del Decreto 2082 de 2015, además de ser una empresa privada y los cobija el principio de autonomía privada y del principio de libertad contractual.

17. Que de acuerdo a lo anterior, es menester del Despacho precisar que a la luz del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en conjunto con las pruebas documentales que reposan en el expediente, en particular el radicado 1557 del día 14 de diciembre de 2020, remitido por Seguros Comerciales Bolívar a Metrolínea S.A. y al Concesionario Movilizamos S.A.; así como los diferentes oficios enviados por parte de Metrolínea S.A. al Concesionario en mención, a fin de conminar las gestiones necesarias que conllevaran a la consecución de la garantía de cumplimiento, se tiene que Seguros Comerciales Bolívar efectuó la notificación de no continuidad de la Garantía de Cumplimiento 1505001633401, en el plazo previsto en la Ley, esto es, con una antelación no menor a 6 meses a su vencimiento, por lo que en audiencia se decidió **ordenar la desvinculación del seguros comerciales Bolívar.**

18. Una vez tomada la anterior decisión por parte de la entidad, se procedió a correr traslado a las partes y se resolvió recurso de reposición en el que el apoderado de Movilizamos S.A. el Dr. RAFAEL EDUARDO CARRILLO, manifestó no estar de acuerdo con la desvinculación de Seguros Comerciales Bolívar en la etapa en que se hizo del proceso, solicitando al Despacho se le informara de donde procedía dicha

prerrogativa, por lo que se procedió a resolver dicho recurso de manera negativa, en razón a que dicha facultad de desvincular de la actuación del proceso se encuentra contemplada en el literal d) del art. 86 de la ley 1474 de 2011, por lo que una vez más se procedió a suspender la presente audiencia para retomar nuevamente el día 22 de diciembre para la presentación de los respectivos alegatos de conclusión que aunque no son señalados por la norma de forma precisa, hacen parte del derecho de defensa y contradicción que desde el inicio del proceso se ha garantizado a quienes participaron en él.

19. Que reiniciada nuevamente la audiencia el día 22 de diciembre los apoderados del concesionario aportaron al correo de la dra Karen Viviana Amezcua, "karen.amezcua@metrolinea.gov.co" en su calidad de secretaria técnica documento contentivo a 56 folios con los alegatos de conclusión, de los cuales el Dr. Omar Leonardo Herrera, abogado suplente y tras la autorización en audiencia del titular DR. Rafael Eduardo Carrillo, procedió a resumir su intervención en razón a que se aportaban para ser incorporados al expediente de manera física. Una vez terminada la intervención del apoderado el Delegado de la Gerencia procedió a suspender la presente audiencia, hasta el día 28 de diciembre del año en curso, a las nueve de la mañana, fecha y hora en la que se reiniciará la presente audiencia.

20. Que siendo el día 28 de diciembre del año 2021, se reinició la audiencia programada y la misma debió ser suspendida hasta el día 30 de diciembre del año 2021, atendiendo el volumen de los alegatos de conclusión y la cantidad de pruebas que reposan en el expediente.

21. En atención a los hechos relacionados, el problema jurídico a resolver es: La no prórroga y presentación de la garantía única de cumplimiento por parte del concesionario Movilizamos S.A., le impidió de manera irrestricta la prestación del servicio público concesionado conforme a las obligaciones previstas en el contrato de concesión #2 y si dicho incumplimiento conllevó a una AFECTACIÓN GRAVE DEL SERVICIO, que dé lugar a la declaratoria de caducidad y como consecuencia de ello la terminación anticipada del contrato?

2. PRUEBAS DECRETADAS

Que, en ejercicio de derecho de defensa y contradicción, en la diligencia fueron solicitadas la práctica de pruebas por parte del apoderado del concesionario Movilizamos y del apoderado de Seguros Comerciales Bolívar, así:

- Sírvase aportar como prueba documental el plan de inversión 2021 de Metrolínea.
- Sírvase allegar certificación de descuento por imposición de multas y/o indicadores de desempeño, desde el inicio de la operación.
- Sírvase allegar con destino al proceso administrativo sancionatorio Documento de planeación elaborado por la UIS, documento CONPES, Programa de servicio operacional y sus modificaciones.
- Documentos que soporten la creación y funcionamiento del FES.
- Sírvase allegar certificación de validaciones desde el inicio de la operación.
- Certificación de entrega de la infraestructura al concesionario Movilizamos, especificando la fecha efectiva.
- Certificación de pagos al concesionario Movilizamos S.A.
- Certificación de deuda existente a la fecha con el concesionario Movilizamos S.A.
- Declaración testimonial del Representante Legal del Concesionario Movilizamos S.A., a fin de acreditar que la notificación de no continuidad de Seguros Comerciales Bolívar se presentó oportunamente, que existen dos procesos administrativos sancionatorios, que no existe citación para Seguros Comerciales Bolívar, que no hay posibilidad de afectar la póliza.
- Declaración testimonial del supervisor del contrato de Concesión No. 2, Ingeniero John Murillo, funcionario de Metrolínea S.A, a fin de acreditar que no hay posibilidad de afectar la póliza que el contratista no ha incumplido.
- Declaración de parte de la señora Jenny Rojas, funcionaria de Seguros Comerciales Bolívar, correo electrónico Jenny.rojas@segurosbolivar.com, a fin de acreditar todo lo relacionado con la

información oportuna que dio Seguros Comerciales Bolívar a Metrolínea S.A y al Concesionario Movilizamos S.A. de su intención de no garantizar la etapa subsiguiente, así como todo lo relacionado en la etapa negocial del seguro.

- Declaración de parte de la señora Angee Salazar, identificada funcionaria de Seguros Comerciales Bolívar, correo electrónico angee.salazar@segurosbolivar.com, a fin de acreditar todo lo relacionado con las notificaciones de los trámites administrativos sancionatorios y allegar todo lo necesario para demostrar una indebida notificación; y por la violación al debido proceso, que llegó información de dos trámites distintos

Pruebas solicitadas de oficio

- Oficio de la Superintendencia Financiera a fin de certificar cuántas compañías de seguros se encuentran autorizadas en Colombia para expedir garantías de seguro bajo el ramo de cumplimiento.
- Oficio de Seguros del Estado a fin de certificar los argumentos que fungieron de base en la determinación de declinar la expedición de la garantía de cumplimiento cotizada por Movilizamos S.A para el contrato de Concesión No. 2.
- Declaración testimonial del Representante Legal del Concesionario Movilizamos S.A., con la finalidad que informara cuales fueron las gestiones realizadas para la consecución de la garantía única de cumplimiento, y en que radicó la verdadera imposibilidad de suscribir la misma con Seguros del Estado, una vez tuvo el visto bueno de la aseguradora.

Además de lo anterior durante el desarrollo de la presente audiencia el apoderado del concesionario, el Dr Rafael Eduardo Carrillo, arrió los siguientes documentos con la finalidad que los mismos fueran incorporados como pruebas dentro del expediente, aunque algunas ya reposaban en el plenario.

- 2020.05.27 Resolución que niega reclamación directa. pdf(~398 KB)
- 2020.06.18 Expedición Póliza M5 con vigencia desde el 17.06.2020. pdf(~1,0 MB)
- 2020.06.17 Otrosí Metrocinco. pdf(~2,0 MB)
- 2020.07.08 Acuerdo sublímite Garantía. pdf(~2,3 MB)
- 2020.08.06 Resolución que niega la reclamación directa .pdf(~323 KB)
- 2008.11.21. OFICIO GG-161-20008-METROLINEA (1). pdf(~4,5 MB)
- 2020.08.18 Derecho de petición info M5. pdf(~265 KB)
- 2020.08.26 Expedición Póliza M5 con vigencia del 17.06.2020. pdf(~410 KB)
- 2021.04.05 Documentos solicitados para la suscripción del Otrosí. pdf(~218 KB)
- 2020.12.15 Derecho de petición suscripción Otrosí Movilizamos. pdf(~258 KB)
- 2021.01.21 Respuesta documentos para suscribir Otrosí. pdf(~105 KB)
- 2020.09.10. Respuesta Derecho de Petición M5. pdf(~200 KB)
- 2021.04.07 Otrosí Movilizamos. pdf(~240 KB)
- 2021.06.26 Solicitud disminución cláusula penal. pdf(~230 KB)
- 2021.06.28 Respuesta niega disminución cláusula penal. pdf(~208 KB)

- 2021.07.06 Solicitud reducción cláusula penal-sublímite de garantía. pdf(~428 KB)
- Téngase como prueba documental el radicado 2553, correspondiente al correo electrónico remitido por el Concesionario Movilizamos S.A. con asunto: "Radicación Garantía única de Cumplimiento Movilizamos S.A", contentivo de la fianza de cumplimiento 10005833, expedida por Universal de Fianzas, con los anexos
- Expediente proceso radicado 696, a folios 426 al 474

3. ARGUMENTOS DE LA DEFENSA

Procede el Despacho a analizar los argumentos esbozados por la defensa en los descargos presentados en audiencia llevada a cabo el día 2 agosto del año en curso, y sumado a los alegatos de conclusión del análisis probatorio y el desarrollo del presente proceso presentados el día 22 de diciembre del año 2021, dentro de lo que se busca no se aplique la caducidad del contrato de concesión No. 2 pero que sobre el mismo si podría presentarse la terminación anticipada ante la imposibilidad de conseguir o aportar la garantía exigida.

I. DISMINUCIÓN CLAUSULA PENAL

Únicamente y mediante correo electrónico de fecha el 26 de junio del corriente, el operador Movilizamos S.A., solicitó la disminución del valor de la Cláusula Penal Pecuniaria pactada en la cláusula 154 del contrato de concesión #2, soportando dicha solicitud en la autonomía de la voluntad de las partes y el principio de la libertad contractual, en donde además según su interpretación en razón a la flota que se encontraba en operación no se ajustaba al valor señalado en el contrato de concesión No.2, en atención a que si la cláusula penal fue determinada para la etapa actual en \$1.500.000 dólares, el 40% de este estaría en \$600.000 dólares como riesgo real asegurable.

Que mediante rad. 875 del 28 de junio del año en curso, la entidad procedió a dar respuesta a su solicitud con argumentos legales y normativos, ya en concordancia con el contrato acerca de la imposibilidad de replantear la disminución de la cláusula Penal Pecuniaria, más aún en la forma y bajo las condiciones por ustedes señaladas, pues la interpretación que se le daba a la cláusula 154 del contrato de concesión No. 2 no era la correcta, situación que fue aclarada por las partes en la revisión de los distintos eventos en que se presentara un incumplimiento que diera origen a la reclamación por defecto del valor consignado dentro de la Cláusula Penal Pecuniaria.

Además de lo anterior, se le hizo saber que una solicitud de estas, tal y como se hizo con el otrosí modificadorio #4 requiere **de un estudio y análisis profundo** no solo por el área jurídica de Metrolínea S.A., sino que debe ser evaluada por el comité de gerencia, y para el caso en concreto de la cláusula penal pecuniaria y sus sub límites y que restando 2 días para el vencimiento de la vigencia de la garantía no daba el tiempo suficiente para tomar una determinación de tal magnitud sin los soportes técnicos, financieros y legales en los que debía fundamentarse dicha decisión.

II. DESEQUILIBRIO CONTRACTUAL

Con relación a los pagos atrasados debe recordar al operador que las fórmulas establecidas en los contratos de concesión están sujetas a múltiples variables que a la fecha fueron generando un crecimiento abultado de las catorcenas, pagos que no son realizados por el ente gestor, si no liquidados y remitidos para su aprobación y orden de pago por parte del concesionario de recaudo y control, que para el caso es Transporte Inteligente S.A.

Con respecto a los argumentos expuestos en los alegatos de conclusión, cabe recordar que el contrato de concesión, contempla en su cláusula:

Cláusula 77. "Disposición y Destinación de los Recursos Generados por Efectos del Pago de la Tarifa de Transporte en el Sistema Metrolínea.

La totalidad de los flujos de dinero producidos por el pago de la tarifa al usuario de la actividad de transporte masivo de pasajeros en el Sistema Metrolínea, ingresarán al Patrimonio Autónomo, de Administración, Inversión y Fuente de Pago, constituido mediante el contrato de fiducia del Sistema Metrolínea, que se suscriba con la entidad adjudicataria del proceso que adelantará el concesionario responsable de la concesión del Sistema de Recaudo y Control del Sistema Metrolínea de conformidad con los mecanismos que se indican a continuación:

La totalidad de los ingresos producidos por los viajes que constituyen pago en el Sistema Metrolínea, formará un patrimonio autónomo denominado Fondo General, que será administrado por el administrador de los recursos.

Los recursos con que cuente el Fondo General en cualquier momento durante la vigencia del presente contrato serán utilizados en primera instancia para atender los egresos básicos del Sistema Metrolínea.

Los egresos básicos del Sistema Metrolínea están determinados por los diferentes usos y destinos que tendrán los ingresos de conformidad con la participación de los agentes que constituyen el Sistema Metrolínea.

(...)

Para el pago de la participación a los agentes del Sistema Metrolínea que requieren procesos de validación de parámetros técnicos (kilómetros comerciales efectivamente recorridos, viajes que constituyen pago, etc.), Metrolínea S.A. establecerá procedimientos que permitirán considerar y confrontar la información técnica del Sistema Simlínea con aquella que cada agente obtenga.

El pago de la participación de cada uno de los concesionarios de operación, está supeditado al nivel de servicio de operación realizado durante el periodo liquidado, de acuerdo con la siguiente tabla y con lo establecido en el Anexo No 2 (Indicadores de Desempeño)"

Conforme a lo anterior, el procedimiento de liquidación para pagos se inicia con el proceso de conciliación, que consiste en cruzarse y conciliarse mucha información con cada uno de los operadores, el ente gestor y el concesionario de recaudo, lo cual conlleva tiempo adicional.

Por otra parte, el concesionario se contrajo a unas obligaciones y derechos, así como a una cláusula de riesgos negociados; riesgos entre los que se cuenta con el retorno de inversión vrs. demanda, de ahí que los dineros que ingresan a la bolsa vía tarifa, no cubren el valor de los kilómetros recorridos y por ende las catorcenas que se tienen a hoy atrasadas respecto de todos los actores del sistema riesgos negociados, fueron de conocimiento previo, conforme las condiciones previstas en los pliegos de condiciones de cada una de las licitaciones públicas, parte integral de los contratos y a la que ustedes acudieron en virtud del principio de libre concurrencia.

Conforme lo dispuesto en la cláusula 19 de cada uno de los contratos "Riesgos que asume el Concesionario", en esta se dispone: "En la propuesta que el concesionario presentó a la licitación pública 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 álea extraordinario que está fuera de su órbita de control, previsión y estimación.

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

g) 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."

Sumado a lo anterior, la cláusula 72 dispone: "*Ingresos del Sistema Metrolínea. El Sistema Metrolínea tiene como fuente principal de ingresos el recaudo de dinero correspondiente a los viajes realizados por los usuarios que constituyen pago por el uso del Sistema de Transporte Masivo, según la tarifa al usuario que sea aplicable conforme a lo previsto en el presente contrato de concesión. La tarifa al usuario estará integrada dentro del Sistema Metrolínea, independientemente del número de servicios que utilice, la longitud de los trayectos y la zona en donde se utilice el servicio. Sin embargo, la tarifa podrá tener ajustes en su estructura de acuerdo con lo previsto en el presente contrato de concesión, en caso de que se establezcan alternativas para la implementación de la tarifa diferenciales al usuario"*.

Por lo que, es de conocimiento de los concesionarios desde el inicio de la operación, que el retorno de la inversión (riesgo del concesionario), se encuentra sujeto al ingreso al sistema Metrolínea de su fuente principal del recaudo de dinero por los viajes realizados por los usuarios, independiente del número de servicios que utilicen, la longitud de los trayectos y la zona en donde se utilice el servicio.

No obstante lo anterior, es claro conforme a certificación que obra en el expediente que a la fecha las catorcenas correspondientes al periodo octubre 28 de 2019 a marzo 15 de 2020 no se han hecho efectivas dado que los ingresos del SITM no son suficientes para cubrir la totalidad de los costos operacionales y los aportes para la sostenibilidad del SITM que han sido gestionadas por parte del ente gestor, tienen destinación específica para las catorcenas del periodo de pandemia, por lo cual no se han podido destinar recursos para el pago de dichas catorcenas 2019 y 2020 a ninguno de los Beneficiarios del SITM, conforme el otro si No. 3 al contrato de concesión No. 2 suscrito. Por otra parte, debido a la aprobación en ley 550 del ente gestor y a que el operador Movilizamos solicitó incluirse como acreedor dentro de la misma, no se puede hacer giro alguno hasta tanto se defina por parte de la superintendencia de puertos y transporte las objeciones presentadas.

Es claro entonces que, gracias a la gestión de dichos recursos, a la fecha, Metrolínea no adeuda al operador Movilizamos S.A catorcenas correspondiente al año 2021 y lo causado durante la pandemia, por lo cual en temas de reconocimientos económicos el ente gestor ha hecho hasta lo imposible por gestionar recursos para el SITM y así cubrir los costos operacionales.

III. IMPOSIBILIDAD SOBREVINIENTE DE SUSCRIBIR LA PÓLIZA POR EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATANTE

- Entregar la infraestructura
- Diseño de la operación de acuerdo a los recursos técnicos y operativos de los concesionarios.
- Cumplir con los pagos a los concesionarios
- Ineficiencia de la operación

Sobre estos aspectos existen pronunciamientos dentro del proveído del acto administrativo, que dan respuesta a la inconformidad planteada por el apoderado del operador Movilizamos S.A, con relación a los pagos y la ineficiencia de la operación.

Ahora bien, con relación a la entrega de infraestructura y el diseño de la operación de acuerdo a los recursos técnicos y operativos de los concesionarios, podemos señalar lo siguiente:

Entrega de infraestructura: El ente gestor desde el inicio de la operación dio apertura a las licitaciones que daban origen a la construcción no solo de los portales si no de la infraestructura troncal y pretroncal, paradas de puerta derecha y demás, pero que por múltiples factores de orden político, económico y legal los diseños de los portales debieron ser ajustados y esto derivó en una extensión del tiempo de inicio de la construcción que por tratarse de obras de tal magnitud oscila entre 1 y 3 años, para lo cual se emitió certificado solicitado por parte del operador como prueba a obrar en el proceso así:

- Que el ente gestor inicio la construcción del Portal de Piedecuesta en el 1 de febrero del año 2018 y el mismo fue finalizado y puesto en funcionamiento en el mes de diciembre del año 2019 con presencia del Viceministro de transporte, las autoridades locales y los Gerentes de las empresas que componen el SITM Metrolínea.
- Que el ente gestor inicio la construcción del Portal del Norte en el año 15 de marzo de 2018 y el mismo fue finalizado el día 28 de febrero del año 2020.
- Que durante el año 2019 a la fecha el ente gestor, ofició, citó a reuniones y realizó las reparaciones y adecuaciones solicitadas por los Gerentes de las operadoras Movilizamos y Metrocinco plus, con relación a los aspectos técnicos del patio taller del portal de Piedecuesta.
- Que una de las últimas reuniones en la que estuvieron presentes los Gerentes de los concesionarios Movilizamos y Metrocinco plus, fue la llevada a cabo el día 16 de abril del año 2021 en instalaciones de Metrolínea.

Diseño la operación de acuerdo a los recursos técnicos y operativos de los concesionarios:

Esta situación no puede determinarse de la manera como lo solicita o solicitaba en su momento la operadora, pues Metrolínea tenía la obligación legal de planear y/o diseñar la operación con la flota contractual, y no únicamente con la flota operativa, pues era obligación de los concesionarios Metrocinco Plus y Movilizamos, poner a disposición del sistema todos los vehículos posibles, de los cuales sólo podían ser excluidos aquellos automotores que fueron dados de baja, pero que debieron ser repuestos y/o comprados nuevamente para la no disminución de la flota.

Caso contrario, fue que mientras más avanzaba la operación la disminución de la flota era más evidente y ello repercutía en la incorrecta prestación del servicio público, por se reflejaba en el aumento de frecuencias, en la pérdida de rutas por falta de flota y en la compensación de rutas por daños en la flota que se presentaba a diario, debiendo retirar vehículos programados en diferentes rutas para cubrir las ausencias, trastornando la planeación de las Ordenes de Servicio Operacional, casi a diario durante los últimos años.

IV. APROPIACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FES

Lo primero sería decir que el "*Fondo de Estabilización y Subvención del Sistema Integrado de Transporte Masivo del Área Metropolitana de Bucaramanga – FES- creado por el Acuerdo Metropolitano 012 de 2019, el cual fue adicionado por el Acuerdo Metropolitano No. 013 de 2019*" y su administración corresponde únicamente al Área Metropolitana de Bucaramanga, como único fideicomitente y responsable del giro de los recursos una vez sean solicitados a través del procedimiento establecido en las mencionadas resoluciones.

Igualmente, el artículo 5 de la resolución 1108 del 11 de octubre del año 2019, por medio de la cual se reglamenta el FES contenido en el Acuerdo Metropolitano No. 012 y No. 013 del año 2019 establece de manera literal que:

Parágrafo. Los recursos a los que se hizo referencia anteriormente se consideran ingresos propios del patrimonio autónomo, y serán destinados por el Área Metropolitana de Bucaramanga, quien autorizará los giros a los fondos de manejo de la Fiducia que administra los recursos del SITM, previo cumplimiento de los requisitos señalados en el presente reglamento.

ARTÍCULO 5. DESTINACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Acuerdo Metropolitano 012 de 2019, los recursos del Fondo de Estabilización y Subvención del SITM –FES- podrán ser invertidos para:

- 5.1. Cubrir el déficit que presenta el SITM o parte de este, debido al diferencial generado entre los costos de la operación del sistema y las actuales validaciones, siempre y cuando se dé dentro del marco del proceso de complementariedad u otra alternativa tendiente a mejorar el nivel de servicio ofrecido, para lo cual el ente gestor deberá presentar previamente un plan

E: 03/09/2014

Página 3 de 8

Es decir, que los recursos pertenecientes al FES están destinados a cubrir el déficit que presenta el SITM o parte de este por las diferencias generadas entre los costos que provienen de la operación del sistema y las actuales validaciones, pero de manera condicional establece que deberá estar sujeta a la complementariedad o cualquier otra alternativa que se busque en pro de mejorar la actual prestación del servicio medición que se encuentra determinada en el artículo 8 del mencionado acuerdo metropolitano, por lo que en cumplimiento de todos los requisitos se dio aprobación al plan de inversión por parte del AMB el día 5 de febrero del año 2021, a través de oficio con radicado Oficio AMB- STM - CD - 478 05/02/2021 - 15:29 FOL- 2 AN- 2.

De igual forma queremos aclarar que de conformidad con las gestiones realizadas para la incorporación de recursos al fondo de estabilización tanto el AMB como el ente gestor han acudido a los mandatarios de Piedecuesta, Floridablanca, Girón y Bucaramanga, siendo únicamente esta última administración la que ha realizado el giro de recursos, información que es de su conocimiento y de cual se benefició mientras se encontraba operando, pues de los pagos por el giro ordinario de sus labores fue cancelada con recursos de cofinanciación mediante autorización de la Nación-Ministerio de Transporte y el Municipio de Bucaramanga.

V. INDEBIDA NOTIFICACIÓN RESOLUCIÓN No. 080 de 2021

Yerra en su apreciación el apoderado del concesionario Movilizamos S.A., en cuanto a que únicamente conoció o fue notificado de la Resolución No. 080 del año 2021, pues la misma se trata de un acto administrativo de carácter general y por tanto la misma NO se debe notificar de manera personal tal y como lo manifiesta en su escrito, toda vez que existen otras formalidades para dichas actuaciones de la administración.

Además, es claro que la delegación para este tipo de actuaciones es totalmente permitida y carece de fundamentos legales y facticos el señalamiento, pues señala en su escrito que existe una indebida delegación de funciones, cuando describe las reglas que rigen la delegación administrativa, por lo cual en su acusación se encuentra clara la respuesta, pues dicho acto administrativo señala las atribuciones delegadas, el carácter temporal, la titularidad del mismo, transfiriendo así la competencia para expedir el acto administrativo más no la titularidad del misma.

VI. DILACIÓN INJUSTIFICADA

No tiene soporte dicha acusación, pues si bien existió una prolongación en el término de suspensión entre la audiencia iniciada el día 2 de agosto de 2021, y su reinicio hasta el día 1 de diciembre, esto se debió a la consecución del extenso material probatorio solicitado, sumado a dos licencias por luto y paternidad del Secretario General quien es el funcionario encargado según la Delegación de la Gerencia, de tramitar y fallar el proceso tal y como lo señala la Resolución No. 080 de 2021.

VII. NOTIFICACIÓN EXTEMPORÁNEA

Desconoce con dicha afirmación el apoderado del concesionario Movilizamos S.A., que la figura de la caducidad procede durante la vigencia del contrato, es decir, hasta que el mismo finalice en el mes de febrero del año 2024, siendo claro entonces que dicha facultad debe ejercerse dentro de la vigencia del contrato y únicamente hasta la fecha de expiración del plazo.

El ejercicio de la prerrogativa de terminar unilateralmente el vínculo comercial ante un incumplimiento grave del contratista se explica en los fines propios del contrato y, por lo mismo, **se trata de una competencia que no puede extenderse más allá del término de ejecución pactado.**

VIII. FALTA DE COMPETENCIA.

Ante la afirmación anterior desconoce el apoderado que por cuenta de la reestructuración administrativa (Resolución No. 192/20 – adopta estructura; Resolución No. 193/20 - modificación de la planta; Resolución No. 194/20 – Nuevo Manual de Funciones y Responsabilidades, proceso que se llevó a cabo en Metrolínea S.A, durante el año 2020 todas las facultades que estaban a cargo del Jefe de la Oficina Jurídica pasaron a la órbita y competencia de la Secretaría General, y que además existía una resolución de delegación (Resolución No. 080 de 2021) para que llevara cabo todo el trámite correspondiente, acto administrativo que goza de legalidad y buena fe.

IX. INCUMPLIMIENTO RECÍPROCO o EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO

Sobre el asunto en mención por no ser del debate del presente proceso, no se hará pronunciamiento de fondo, toda vez que para eso existen distintos mecanismos planteados tanto en el contrato de concesión como los jurisdiccionales, pero no sin antes recordarle que tal y como lo planteó en sus argumentos e hizo hincapié en la audiencia llevada a cabo el día 9 de diciembre sobre la asunción de riesgos, se procede a ilustrar su estimación, tipificación y asignación.

ESTIMACIÓN, TIPIFICACIÓN Y ASIGNACIÓN DE RIESGOS

Teniendo en cuenta los descargos y alegatos de conclusión presentados por el apoderado del operador Movilizamos S.A. la entidad entra a dilucidar a las partes acerca de asunción de riesgos que durante la etapa de la audiencia en la licitación pública estos asumieron, contemplando así el retorno de la inversión y la fluctuación de validaciones.

El artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 establece que la Entidad Estatal debe "*incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación*" en los pliegos de condiciones o su equivalente. El Decreto Ley 4170 de 2011 establece dentro del objetivo de Colombia Compra Eficiente optimizar los recursos públicos en el sistema de compras y contratación pública para lo cual es indispensable el manejo del riesgo en el sistema y no solamente el riesgo del equilibrio económico del contrato.

Revisado el pliego de condiciones de la licitación pública M-LP-004-2007, que se formalizó en la licitación de la cual participó el operador Movilizamos S.A., en su punto (20.1) se estableció que el oferente debía evaluar las implicaciones legales, técnicas, de mercado, fiscales y financieras del negocio, las condiciones jurídicas del contrato, la distribución de riesgos que se establezca en el mismo y en general todos los aspectos que puedan incidir en la determinación de la propuesta.

En la literatura internacional sobre el tema el riesgo en las adquisiciones se define como los eventos que pueden afectar la realización de la ejecución contractual y cuya ocurrencia no puede ser predicha de manera exacta por las partes involucradas en el Proceso de Contratación.

De esta manera, uno de los objetivos del sistema de compras y contratación pública es el manejo del riesgo del Proceso de Contratación. En consecuencia, la administración o el manejo del riesgo debe cubrir

desde la planeación hasta la terminación del plazo, la liquidación del contrato, el vencimiento de las garantías de calidad o la disposición final del bien; y no solamente la tipificación, estimación y asignación del riesgo que pueda alterar el equilibrio económico del contrato.

El Decreto 1082 de 2015 define Riesgo como un evento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del Proceso de Contratación o en la ejecución de un contrato. También, el Decreto 1082 establece que la Entidad Estatal debe evaluar el Riesgo que el Proceso de Contratación representa para el cumplimiento de sus metas y objetivos.

El Decreto 1082 de 2015 se refiere al Riesgo previsible puesto que es un concepto que se deriva de las normas ya citadas contenidas en la Ley 1150 de 2007 y en el Decreto 4170 de 2011 buscando ofrecer lineamientos y principios metodológicos de manejo y en la gestión de Riesgos en el Proceso de Contratación y el cual tiene en cuenta el Documento Conpes 3714 de 20115.

Las Entidades Estatales para reducir la exposición del Proceso de Contratación frente a los diferentes Riesgos que se pueden presentar, debe estructurar un sistema de administración de Riesgos teniendo en cuenta, entre otros, los siguientes aspectos: (a) los eventos que impidan la adjudicación y firma del contrato como resultado del Proceso de Contratación; (b) los eventos que alteren la ejecución del contrato; (c) el equilibrio económico del contrato; (d) la eficacia del Proceso de Contratación, es decir, que la Entidad Estatal pueda satisfacer la necesidad que motivó el Proceso de Contratación; y (e) la reputación y legitimidad de la Entidad Estatal encargada de prestar el bien o servicio.

Un manejo adecuado del Riesgo permite a las Entidades Estatales: (i) proporcionar un mayor nivel de certeza y conocimiento para la toma de decisiones relacionadas con el Proceso de Contratación; (ii) mejorar la planeación de contingencias del Proceso de Contratación; (iii) incrementar el grado de confianza entre las partes del Proceso de Contratación; y (iv) reducir la posibilidad de litigios; entre otros.

Una vez realizada la evaluación y calificación de cada uno de los Riesgos asociados al Proceso de Contratación, Metrolínea S.A., estableció la asignación, tipificación y adjudicación del riesgo a los concesionarios según reposa en los documentos precontractuales y contractuales (ver cláusula 19 y sgtes) suscritos por los representantes legales de la época tanto del Ente Gestor como del concesionario Movilizamos S.A.

La aseguradora tiene la facultad de revisar el estado de riesgo del mismo, para lo cual, el concesionario y Metrolínea S.A. prestarán la colaboración necesaria.

Cláusula 19. Riesgos que asume el Concesionario

En la propuesta que el concesionario presentó a la licitación pública M-LP-004-2007 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 cuenta con la capacidad requerida para manejar y mitigar los riesgos inherentes al negocio objeto del presente contrato, y por ello, a partir de la fecha de suscripción del presente contrato, asume los efectos derivados de los riesgos que se listan a continuación, además de aquellos que se desprendan de otras cláusulas o estipulaciones de este contrato, o que se deriven de la naturaleza de este contrato.

Una de las novedades de la ley 1150 de 2007, radica en el mayor énfasis que se hace en materia de distribución o asignación de riesgos entre los extremos de la relación contractual, temática que no puede reducirse al análisis de la reglamentación de la garantía única y de los amparos en ella contemplados porque pueden existir multitud de riesgos, reales o potenciales, que gravitan en la respectiva actividad

contractual que el Estado pretende desarrollar con el concurso de los particulares, a lo cual obedece que esté consagrada en los procesos de contratación las audiencias de riesgos y que pretenden, que el contratista asuma de manera expresa, consciente y libre los riesgos previsibles identificados para la actividad contractual y así dar aplicación al artículo 4º de la ley 1150 de 2007.

Metrolínea transfirió el riesgo de demanda, retorno de la inversión y formas de financiación a los operadores y concesionario de Recaudo y Control, quienes asumieron las consecuencias de la materialización del Riesgo, estableciendo con claridad quien es el responsable. El principio general es que el Riesgo debe asumirlo la parte que pueda enfrentarlo en mejor forma, bien sea por su experiencia, conocimiento o papel dentro de la ecuación contractual, entre otras. (ver cláusula 19)

de las partes conocida o no por su contraparte.

- c) **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 que incide en el número de kilómetros programados y recorridos frente a los que fueron estimados por el concesionario, al momento de estructurar su propuesta económica dentro de la licitación pública M-LP-004-2007 convocada por Metrolínea S.A.
- d) **Riesgo de Financiabilidad.** El concesionario asume los efectos, favorables o desfavorables, derivados de 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.
- e) **Riesgo de Fuerza Mayor o Caso Fortuito.** El concesionario asume los efectos, favorables o desfavorables, derivados de la contingencia que consiste en el impacto adverso que tengan aquellos eventos imprevisibles o irresistibles, sobre la ejecución del presente contrato.
- f) **Riesgo de Operación del Transporte.** El concesionario asume los efectos, favorables o desfavorables, derivados de la contingencia que consiste en: 1) El eventual mayor o menor costo de la operación, derivados de la variación de los precios de mano de obra, insumos, bienes, equipos, servicios o cualquier otro recurso para la operación y mantenimiento de los bienes adscritos a la concesión, con relación a las proyecciones estimadas por el concesionario; 2) El incumplimiento de los parámetros de desempeño especificados; 3) La interrupción de la operación por actos u omisión del operador.
- g) **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.
- h) **Riesgo Financiero.** El concesionario asume los efectos, favorables o desfavorables, que surge de 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.

De lo anterior se puede concluir, entonces que no puede el operador Movilizamos S.A., trasladar los riesgos por ellos asumidos en la licitación pública M-LP-004-20078 y per sé la adjudicación del contrato de concesión No. 2, documentos en los cuales asumió por cuenta y riesgo según el conocimiento del sector en la audiencia de tipificación, asignación y estimación de riesgos, por lo que respecto de lo anterior, no podrá solicitarse indemnización alguna por las pérdidas reflejadas en el retorno de la inversión, la demanda de pasajeros y los altos costos o posiciones asumidas por las entidades financieras durante la ejecución del contrato.

Para concluir, y en razón a que los apoderados lo mencionan en su escrito, no es cierto que el ente gestor no haya acudido a un experto en seguros, garantías y/o pólizas, pues así lo hizo a través de corredor de seguros UBICAR SEGUROS, quien no solo señaló unas limitantes de la afianzadora para respaldar el contrato, sino que de la caratula enviada se colige que la misma se presenta en pesos y no dólares americanos, que no es recomendable ni está obligado el ente gestor a recibir una fianza y menos de una empresa que no demuestra solidez económica, pues su patrimonio en el certificado de cámara de comercio no supera los 150.000.000 millones de pesos, siendo que la cláusula penal está a la fecha estipulada en U\$1.500.000 mil dólares americanos, y fue basados en ese concepto del especialista en seguros que no se hizo el requerimiento de los documentos faltantes que debían ir acompañando la garantía única de cumplimiento como lo eran:

- Certificación composición accionaria de Universal de Fianzas S.A.S.
- Estados financieros con corte al 31 de diciembre 2020, comparativos con la vigencia 2019, completos con sus correspondientes: estado de resultados, notas, certificado y dictamen.

- Estados financieros con corte a 30 de junio de 2021.
- Tarjeta profesional y certificado de antecedentes disciplinarios expedido por la Junta Central de Contadores, tanto del Contador como del Revisor Fiscal que suscriben los estados financieros.
- Inventario de los bienes inmuebles que posee Universal de Fianzas S.A.S junto con su respectivo certificado de libertad y tradición.

4. CONSIDERACIONES EN DERECHO

Para el debido cumplimiento de los fines del estado consagrado en el artículo 2 de la Carta Política a través de la contratación estatal, el contratista en su calidad de colaborador privado, debe cumplir estrictamente las obligaciones adquiridas de manera voluntaria con la administración, por lo tanto, en caso de presentar en la ejecución del contrato un incumplimiento a sus obligaciones, la administración debe contar con instrumentos necesarios para direccionar, vigilar y exigir el debido cumplimiento por parte del contratista, por lo tanto, la ley le otorgó a la entidad pública los medios suficientes para reprimir el incumplimiento del contratista.

Previo a la toma de cualquier decisión de tipo administrativo o contractual, se hace necesario considerar por parte del Representante legal de la entidad o su delegado, los siguientes aspectos o precisiones de la jurisprudencia del máximo órgano de cierre y relevantes para la decisión a tomar por METROLÍNEA S.A. (sentencia Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. CP. Enrique Gil Botero. Exp. 23001-23-31-000-2000-02857-01(24697). de veinticuatro 824) de octubre de dos mil trece (2013).

"En materia contractual, la administración tiene la dirección y control de la celebración y ejecución del contrato, función que desarrolla, entre otras formas, a través de las cláusulas exorbitantes, caracterizadas, esencialmente, por la inaplicabilidad de algunos principios contractuales del derecho civil, toda vez que, precisamente, al practicarse quebrantan la igualdad y conmutatividad propias del acuerdo de voluntades (...) El fundamento de estos poderes, reservados a la administración, es el interés general, deducible de la teleología de los extremos del contrato estatal. En efecto, la entidad pública que acude al negocio jurídico, directa o indirectamente, espera un beneficio colectivo, y el contratista, por su parte, pretende con la suscripción del acuerdo incrementar su patrimonio. (...) las cláusulas exorbitantes son -de acuerdo con la Ley 80 de 1993: la interpretación unilateral de los documentos contractuales y de las estipulaciones en ellos convenidas, la introducción de modificaciones a lo pactado, la terminación unilateral, la caducidad administrativa, la reversión y el sometimiento a las leyes nacionales.

En este orden de ideas, las cláusulas exorbitantes le otorgan ventajas a la Administración, porque es gestora del interés colectivo. Ahora bien, con la Ley 80 de 1993, su existencia opera tanto ex lege como ex contractu, dependiendo del acuerdo que se trate. (...) Que estos poderes operan ex lege significa que se integran a los contratos aun cuando no se pacten, porque la norma los incorpora directamente en algunos negocios, concretamente los que tienen por objeto: el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, la explotación y concesión de bienes del Estado, y los contratos de obra. En estos casos la norma es impositiva, al advertir que para el efectivo cumplimiento de los fines de la contratación las entidades "pactarán" estos poderes; no obstante, si no se estipulan, el inciso tercero del mismo numeral señala que se entienden pactadas, aunque no se consignen expresamente. Sin embargo, estas cláusulas también pueden ser ex contractu, es decir, que sólo harán parte del negocio por voluntad expresa de las partes, aunque la ley sólo establece tal posibilidad en dos tipos de contratos: suministro y prestación de servicios profesionales."

DEL DEBIDO PROCESO

La Sección Tercera del Consejo de Estado⁴, mediante auto de 27 de febrero de 2013, puntualizó que la potestad sancionatoria de la Administración en materia contractual es de carácter limitado y está supeditada a la observancia de garantías, derechos y principios de orden constitucional; así mismo, precisó que la facultad para imponer sanciones caduca en el término de 3 años contados a partir de la expedición del respectivo acto (art. 38, C.C.A.) y que, para efectos de interrumpir dicho término, basta con que el acto administrativo principal (o que impone la sanción) hubiere sido expedido y notificado.

De igual manera, el Consejo de Estado ha expresado que la decisión de la Administración que imponga una multa, u ordene hacer efectiva la cláusula penal, o imponga cualquier otro tipo de sanción o carga prevista en el contrato, debe estar precedida por audiencia del afectado y la cual debe contar con un procedimiento mínimo que le garantice al contratista el debido proceso.⁵

En caso de aplicación de multas, una vez satisfecho el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante, la entidad profería el acto administrativo correspondiente en el cual imponía la multa y ordenaba su pago tanto al contratista como al garante, habida cuenta que el artículo 17 de la ley 1150 de 2007, ante las distintas posturas jurisprudenciales había facultado a la entidad estatal para imponer y cobrar las multas, así como también les atribuyó la potestad para declarar el incumplimiento del contrato con miras a hacer efectiva la cláusula penal.

Por supuesto, en frente de cada una de tales circunstancias, como se ha expresado de manera reiterada, la entidad estatal deberá observar lo dispuesto en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, que enfatiza en la observancia del debido proceso y en la garantía de los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante, en virtud de lo dispuesto por el artículo 29 de la Carta y por el artículo 17 de la ley 1150 de 2007.

El contrato de seguro contenido en la garantía única ha sido considerado por la jurisprudencia como un contrato estatal, pues si bien la entidad estatal no es parte en el mismo, se celebra para garantizar el cumplimiento de contratos estatales y, en cuanto tal, participa de la naturaleza jurídica de éste, de satisfacer el interés general y de asegurar el cumplimiento de los cometidos estatales;

Así mismo puede entenderse que la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia han considerado que la declaratoria del siniestro para hacer efectiva la garantía única debe surtirse a través de la expedición de un acto administrativo, como el que actualmente enrostra la entidad al concesionario, ante su incumplimiento.

Al respecto, vale la pena traer a colación la sentencia de 17 de marzo de 2010 del Consejo de Estado en la cual se pone de presente que⁶:

"Así, el debido proceso como requisito para la declaratoria caducidad del contrato celebrado por la Administración (y va de suyo para la imposición de las multas y la cláusula penal) no puede ser concebido como un procedimiento administrativo general o gubernativo puro, sino que debe entenderse cumplido, respetado y satisfecho mediante el adelantamiento de un procedimiento ágil, que consiste, como se explicó, en un requerimiento previo al contratista para que se pueda pronunciar sobre el incumplimiento que le endilga la entidad pública contratante, defenderse del mismo, así como pedir la práctica de pruebas y contradecir las que se aduzcan en su contra."

El presente procedimiento se desarrolla y dicta de conformidad con la Ley 80 de 1993, ley 1150 de 2007, Ley 1474 de 2011, además del análisis legal al clausulado del contrato de concesión No. 2 y los apoyos doctrinales y jurisprudenciales.

LEY 80 DE 1993

ARTÍCULO 18º.- De la Caducidad y sus Efectos. *La caducidad es la estipulación en virtud de la cual, si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencia que*

⁴ Consejo de Estado; Sentencia de 29 de septiembre de 2009, rad. 2003-0442-01, M.P. Susana Valencia Buitrago

⁵ Consejo de Estado; Sentencia, Sección Tercera, marzo 21 de 2012, M.P. Jaime Orlando Santofimio, exp. 39477

⁶ Sección Tercera del Consejo de Estado, 17 de marzo de 2010, expediente: 18394, C.P. Ruth Stella Correa Palacio

puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.

Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley.

La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento.

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

El art. 23 de la Ley 1150 de 2007, modificó el inciso segundo de éste artículo así: *Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda.*

De igual forma el presente proceso tiene sus normas rectoras en el contrato de concesión No. 2 y para el caso en concreto en las siguientes cláusulas

"CLÁUSULA 124. DECLARATORIA DE CADUCIDAD"

Si se presenta algún incumplimiento de las obligaciones a cargo del concesionario establecidas en este contrato que afecte de manera grave y directa su ejecución, de manera tal que pueda conducir a su paralización, lo cual se presume cuando en este contrato se menciona la referencia específica a la posibilidad de decretar la caducidad, Metrolínea S.A. por medio de acto administrativo debidamente motivado podrá declarar la caducidad del contrato, en los términos y condiciones previstos en la ley 80 de 1993, o en las normas que lo adicionen, modifiquen o sustituyan y ordenar su liquidación en el estado en que se encuentre. (subrayado fuera de texto)

Para ello se tendrán en cuenta las circunstancias previstas de manera enunciativa en la cláusula 135 del contrato."

"CLÁUSULA 130. 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:

c) Cuando Metrolínea S.A. haya declarado la caducidad del contrato de conformidad con lo establecido en el presente contrato."

"CLÁUSULA 135. CAUSALES DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO."

Además de las circunstancias calificadas como causal de incumplimiento del contrato en otras cláusulas del mismo, se considera que el concesionario ha incumplido el contrato cuando:

(...)

g) La falta de constitución, prórroga o reposición del monto de la garantía única del contrato."

Cláusula 154. Cláusula Penal Pecuniaria

Metrolínea S.A., podrá declarar el incumplimiento del contrato con el propósito de hacer efectiva la sanción a título de pena pecuniaria pactada en la presente cláusula, por una suma equivalente en pesos liquidados a la tasa representativa, certificada por la autoridad competente, para la fecha de pago, sin perjuicio de que se hagan efectivas las multas causadas a cargo del concesionario. Igualmente, la pena pecuniaria podrá imponerse cuando se decrete la caducidad del contrato.

El valor de la cláusula penal será se fija de acuerdo con el cuadro siguiente, expresado en Dólares de los Estados Unidos de América:

Concesión Valor de la Cláusula Penal Pecuniaria

Concesión No. 1	\$ 5.500.000 Dólares
Concesión N° 2	\$3.750.000 Dólares

La cláusula penal deberá estar amparada mediante póliza de seguro en las condiciones establecidas en las cláusulas 98 y siguientes del presente contrato.

*La sanción a que hace referencia el inciso anterior será exigible por el cien por ciento (100%) de su valor cuando el incumplimiento que dé lugar a su exigibilidad tenga ocurrencia dentro de la etapa preoperativa del contrato; por el setenta por ciento (70%) de su valor cuando el incumplimiento que de lugar a su exigibilidad tenga lugar durante la etapa de operación regular y hasta el décimo (10) año de duración de esta etapa **y por un cuarenta por ciento (40%) de su valor cuando el incumplimiento que dé lugar a su exigibilidad tenga ocurrencia después del décimo (10) año de vigencia del contrato y hasta su terminación.** (negrilla y subrayado fuera de texto)*

La cláusula penal se hará efectiva directamente por Metrolínea S.A., pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

Del incumplimiento

Para el caso bajo estudio el incumplimiento se materializó por la conducta omisiva consistente en no otorgar la póliza o garantía bancaria exigida en la cláusula 103 del contrato de concesión #2 suscrito entre Metrolínea S.A. como ente gestor del SIMT Metrolínea y el operador Movilizamos S.A., lo que generó una indebida prestación del servicio público de transporte, y la afectación a la movilidad de los usuarios del área metropolitana.

Cláusula 96. Garantía Única de Cumplimiento a Cargo del Concesionario

El concesionario deberá constituir a favor de Metrolínea S.A., dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la firma del presente contrato de concesión, una garantía única de cumplimiento o una garantía bancaria que ampare, las obligaciones a su cargo derivadas del presente contrato, expedida por una compañía de seguros o banco debidamente autorizados para funcionar en Colombia y para emitir esta clase de garantías.

Análisis de las pruebas que soportan la decisión.

Revisado todo el expediente se corrobora que la conducta endilgada al operador Movilizamos S.A., se encontró totalmente demostrada, pues con oficio de 14 de diciembre de 2020, visto a folio 235 la compañía Seguros Comerciales Bolívar, informó a Metrolínea S.A., la intención de no garantizar los

riesgos propios de la etapa o periodo subsiguiente del concesionario Movilizamos S.A., por la autonomía que la ley le permite de suscribir y/o continuar garantizando cualquier negocio jurídico según se evaluación de riesgos, lo que a simple vista parece un despropósito toda vez que solo si les conviene o no presenta un alto riesgo asumen su asegurabilidad.

El Decreto 1082 de 2015, en su artículo 2.2.1.2.3.1.3, señala que, si el garante decide no continuar garantizando el Contrato, deberá informar por escrito a la Entidad Estatal garantizada seis (6) meses antes del vencimiento del plazo de la garantía, sin que ésta pueda ser afectada por ese simple hecho.

Una vez conocido lo precedente, la entidad mediante oficio No. 18 del 08 de enero de 2021, procedió a remitir por competencia el oficio antes enunciado al concesionario MOVILIZAMOS S.A., para que se tomaran las medidas pertinentes, teniendo en cuenta la decisión adoptada por parte de la aseguradora Seguros Bolívar. Ver folio 237

Que el día 19 de febrero de 2021, mediante radicado 251 se remitió la Reiteración del oficio antes mencionado al Concesionario Movilizamos, en atención a que el mismo no había informado los trámites adelantados en aras de construir una nueva garantía única de cumplimiento que ampare las obligaciones a su cargo derivadas del contrato de Concesión No. 2. Ver folio 239

Que el día 30 de marzo, mediante radicado No. 480 se realizó la reiteración del oficio No. 18 del 08 de enero de 2021, teniendo en cuenta que el término con él contaba el concesionario Movilizamos el cual se encuentra estipulado en la Cláusula 104 para allegar la renovación de la Garantía única de cumplimiento con tres (3) meses de anterioridad, se encuentra vencido, solicitando así que en el término de quince (15) días calendarios, contados a partir de la recepción del documento antes mencionado, se sirva allegar la póliza de garantía de cumplimiento. Ver folio 241

Evidencia de lo anterior, es que la ley 80 de 1993, en materia de garantías relacionadas con la contratación estatal, ha sido objeto de múltiples reglamentaciones con el deliberado propósito de lograr mayor efectividad de este tipo de amparos, las cuales no siempre son suficientemente conocidas por los operadores de esta clase de amparos.

Que el día 07 de abril de 2021, se realizó otro si modificadorio No. 004 al contrato de concesión No. 2 para la prestación del servicio Público de transporte masivo de pasajeros dentro el sistema integrado de transporte masivo del área metropolitana de Bucaramanga, teniendo en cuenta que la etapa de la operación regular que tiene un término de quince años habría sido superada sin presentar traumatismo alguno restando menos del 30% del tiempo para su terminación, lo que permitía la negociación de los valores y amparos correspondientes para el tiempo restante en la ejecución. Ver folios 73-102

Que igualmente mediante oficio con rad. 801 del 9 de junio de 2021, dirigidos al operador Movilizamos se le requirió por parte de del ente gestor para que realizara todas las gestiones posibles antes las aseguradoras y los bancos a fin que se lograra la suscripción ya sea de la póliza de cumplimiento o una garantía bancaria tal y como lo permitía el contrato. Ver folios 281

Así mismo, se ofició al Área Metropolitana de Bucaramanga, en su condición de autoridad de transporte informándole acerca del plan de contingencia que la entidad tenía preparado, en caso de no contar con la póliza o garantía de cumplimiento por parte del operador movilizamos, y de esta manera atenuar la gravedad en la prestación del servicio público de transporte en jurisdicción operativa. Ver folios 290-291

Oficio dirigido a la Supertransporte y la UMUS informándole acerca del plan de contingencia que la entidad tenía preparado, en caso de no contar con la póliza o garantía de cumplimiento por parte del operador movilizamos. Ver folios 292-307

El concesionario Movilizamos S.A., allegó oficio mediante el cual la Superintendencia Financiera le manifestó que la norma se encontraba derogada y por tanto no se podía suscribir dicha certificación (ver folio 219), lo que si bien los deja exentos de cumplir con el literal a) de la cláusula 103 del contrato de concesión #2 que señala lo siguiente:

- a) El concesionario debe acreditar ante Metrolínea S.A., mediante certificación expedida por la Superintendencia Financiera, que en el mercado no se ofrecen garantías únicas de cumplimiento que amparen los contratos de concesión, en las condiciones previstas en el Decreto 679 de 1994, reglamentario de la Ley 80 de 1993.

Dicha certificación de la Superintendencia Financiera, va encaminada a que la sanción a imponer no sea la declaratoria de caducidad, pero que tal y como lo expresó la mencionada entidad, por derogación expresa de la ley ya no emiten dicha certificación, lo que implica que no puede ser usada como salvedad para evitar dicha consecuencia administrativa y contractual.

Es claro entonces, que desde el año 2019 cuando erróneamente Seguros Comerciales Bolívar notificó de forma tardía al concesionario Movilizamos S.A., se generó una expectativa de si una vez expirado el plazo o llegado el momento de notificación dicha asegurado notificaría nuevamente su no intención de continuar respaldando la ejecución del contrato a través de la expedición de una nueva póliza de cumplimiento, por lo que se presume que desde ese entonces el concesionario contaba con un preaviso importante para realizar las gestiones necesarias, sin que ello implique el inicio del presente proceso.

Ahora bien, una vez sucedida la misma contingencia con el operador Metrocinco Plus S.A., y que produjo la parálisis por un día de la operación, en el año 2020, la Gerencia del operador Movilizamos S.A. a través de sus apoderados inició conversaciones con el ente gestor para conocer los pormenores del asunto y que posibles soluciones existían, por lo que en el mes de agosto del año 2020, a través de derecho de petición solicitaron se les dieran a conocer todos los documentos requeridos y tramitados con el operador Metrocinco Plus, a fin de ellos comenzar a buscar alternativas, pero para sorpresa del ente gestor dichos documentos no fueron aportados si no hasta finales del mes de marzo del año 2021, inclusive venido el plazo de los 3 meses que señala el contrato como término para aportar la garantía única de cumplimiento y su posterior evaluación y aprobación.

Los documentos requeridos eran los necesarios para la suscripción del otrosí modificadorio No.4 suscrito el día 7 de abril del año 2021, es decir, 2 meses y 21 días antes de expirar la vigencia de la garantía única de cumplimiento No. 1505001633401, documentos que una vez analizados y aprobados por el ente gestor permitían ajustar los valores exigidos y que al parecer por algún tiempo cobró de más la aseguradora sin que hubiese negociación o reclamación por parte del tomador Movilizamos S.A.

Lo anterior, nos indicaba que hasta hace pocos años era indiscutible el carácter indivisible de la garantía; sin embargo, este principio perdió su carácter absoluto, como se ha reconocido reglamentariamente desde hace algún tiempo y, particularmente, respecto de aquellos contratos con períodos de vigencia amplios, porque ante la dificultad para las aseguradoras de obtener respaldo de reaseguro en los mercados internacionales se tornó imperioso que fueran desagregados en etapas.

En lo relativo a los valores garantizados, debían calcularse con base en el costo estimado de las obligaciones a ejecutar en la etapa respectiva y para la etapa de operación y mantenimiento, sería el importe anual estimado de las prestaciones del contratista durante dicha etapa y claro está, los amparos podían otorgarse por períodos sucesivos de uno (1) a cinco (5) años, con la obligación de obtener la correspondiente prórroga o una nueva garantía, con anticipación al vencimiento del respectivo plazo.

Por supuesto, antes del vencimiento de cada una de las etapas contractuales, el contratista estaba obligado a prorrogar la garantía de cumplimiento o a obtener una nueva garantía que amparara el cumplimiento de sus obligaciones para la etapa subsiguiente y, en todo caso, era obligación del

contratista mantener la garantía vigente durante el término de ejecución y liquidación del contrato.

Una vez entendido y analizado lo anterior, por parte de la entidad se procedió a suscribir el día 7 de abril del año 2021 el otrosí #4 con el operador Movilizamos S.A., fecha en la que aportó los documentos requeridos y solicitados por la entidad desde el mes de enero del año 2021 y que conocía a través de la respuesta al derecho de petición del mes de septiembre del año 2020, información que permitía reevaluar las excepciones al principio de indivisibilidad de las garantías, en la cual se suprimió el inciso del decreto 4828 que se refería al valor correspondiente a los amparos para las etapas de operación y mantenimiento y se reemplazó por el parágrafo segundo del artículo 5.1.9 del Decreto 931 de 2009, que dispuso que cuando las etapas de operación y/o mantenimiento excedieran de cinco años, éstas podrían dividirse a su vez en etapas contractuales de uno a cinco años; caso en el cual el valor de la garantía para cada una esas etapas y que su vez permitiría ajustar los valores exigidos en relación con el cumplimiento de las etapas anteriores como fue el caso.

Las renovaciones de la Garantía Única de Cumplimiento deberán entregarse a Metrolínea S.A. con tres (3) meses de anterioridad al vencimiento de la respectiva etapa asegurable. En caso de no renovarse la garantía para la siguiente etapa asegurable, Metrolínea S.A. podrá declarar la caducidad del contrato y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y la garantía de cumplimiento vigente. (**Inciso último de la cláusula 103 del contrato #2**)

Agotadas todas las vías administrativas y obligaciones de supervisión de la entidad para con el operador Movilizamos S.A., a la espera hasta último momento de la garantía única de cumplimiento, con miras a no afectar de forma grave y directa la prestación del servicio ante la ausencia de la flota y por ende la afectación de las frecuencias y distintas rutas en las cuales hacía parte según las ordenes operaciones de servicio y la distribución de km, no quedó otra opción a la entidad que dar aplicación al clausulado e iniciar el proceso mediante el cual se pudiese analizar si procedía o no la declaratoria de caducidad (cláusula 124) y sus consecuencias (cláusulas 130 y 135) ante el magno incumplimiento.

Sin embargo, una vez llegada la fecha límite para el aporte, se tuvo que el concesionario **no cumplió con su obligación contractual**, contenidas en las cláusulas 96 y siguientes, generando una afectación seria y grave no solamente al contratante, sino a los beneficiarios del servicio, pues de suyo no puede desconocerse que nos encontramos ante la prestación del servicio público de transporte. Dicho perjuicio se proyecta con base en el traumatismo de los reprocesos que se deriven por la paralización del servicio según lo tasa el mismo contrato de concesión No. 2.

Además de todo lo anterior, se puede concluir que efectivamente el operador conocía no solo desde el mes de septiembre del año 2020 (fecha en que se dio respuesta a derecho de petición del 19 de agosto de 2020 y anexos) todos los pormenores en que habrían incurrido Metrolínea S.A., y el operador Metrocinco Plus para la suscripción del otrosí que permitiera ajustar los valores de la póliza de cumplimiento y que únicamente Movilizamos S.A., documentos que aportó a finales del mes de marzo del año 2021 para la suscripción del otrosí, sino que en la vigencia anterior de la póliza Seguros comerciales Bolívar ya había radicado al igual que a Metrocinco plus la carta de no intención de cubrimiento de la subsiguiente etapa, pero que en esa ocasión fue radicado el oficio un día posterior al vencimiento del plazo de los 6 meses de que trata el art. 2.2.1.2.3.1.3 del Decreto 1082 de 2015, por lo que en contra de su voluntad debió dar cubrimiento por un año y 3 meses más según lo respalda la póliza de cumplimiento No. 1505001633401, es decir, que no es una situación que lo tomase por sorpresa si no que al contrario debía y tenía la obligación de estar preparado para desde ese entonces gestionar todo lo necesario para el otorgamiento de la garantía única de cumplimiento.

Por otra parte, tampoco pueden llegar a desconocerse los soportes allegados por el Concesionario Movilizamos S.A., en los cuales sin asomo de duda se evidencia que la aseguradora Seguros del Estado se encontraba en análisis de la expedición del amparo del cumplimiento, pero para ello requería respaldo financiero, como se cita:

Folio 437, correo electrónico remitido por parte de la Gerencia de Movilizamos S.A. a los socios de dicho concesionario: *"Sin embargo, con el fin de dar continuidad con el estudio para la aprobación de la suscripción de las pólizas requeridas, la aseguradora está solicitando respaldo financiero por parte de los socios de Movilizamos S.A., al encontrar insuficiente la garantía que pueda ofrecer la empresa. Razón por la cual, comedidamente me permito solicitar su manifestación urgente frente a la posibilidad de fungir como garantes.*

...

Estamos a tiempo de prevenir cualquier resultado desfavorable derivado de la problemática expuesta, pero para la consecución de tal fin, se requiere la participación y voluntad de los accionistas de la empresa."

Folio 438, correo electrónico remitido por parte de Consideral a Movilizamos S.A.: "

"Me permito adjuntar correo de la gerente de SEGUROS DEL ESTADO, Dra. Martha Isabel Tarazona en respuesta a los documentos exigidos por la aseguradora para la suscripción de la póliza de cumplimiento del contrato de CONCESION 2 con la empresa METROLÍNEA; como se podrá observar la aseguradora requiere un respaldo financiero para el otorgamiento de la póliza y como no es posible una garantía real por la situación financiera que actualmente está atravesando la empresa MOVILIZAMOS se hace indispensable el respaldo de unos codeudores solventes; para este caso en particular es importante el valioso apoyo de las empresas socias de la empresa MOVILIZAMOS presentando los documentos solicitados por la aseguradora para su análisis y aprobación, lo cual consideramos sea una solución viable en las actuales circunstancias para el otorgamiento de la póliza con el respaldo de la aseguradora SEGUROS DEL ESTADO.

Dr Rafael, estaremos muy atentos a sus amables comentarios y con total compromiso de poderles brindar el apoyo y el acompañamiento que se requiera en este proceso para llevar a feliz término la suscripción de la póliza con la aseguradora"

Como se colige de lo anterior, existió una posibilidad de expedición, empero no se aportó al proceso prueba alguna a fin de demostrar que el operador Movilizamos S.A. atendió los requerimientos de la aseguradora, esto es los codeudores solventes con apoyo de las empresas socias, por lo que Metrolínea S.A. no puede suponer las actuaciones efectuadas o si existió negativa o no por parte de Seguros del Estado.

DE LA CADUCIDAD

Respecto de la figura de la caducidad es una decisión discrecional de la entidad, en aras de la debida prestación del servicio público, por lo que, en el proceso que nos convoca se analizó la imposibilidad de ejecución del contrato de Concesión No. 2, al no encontrarse amparado, si esa imposibilidad deviene de una posible fuerza mayor del concesionario o si por el contrario no se agotaron todas las alternativas previstas tanto en el contrato como en la ley.

Corresponde entrar a detallar y avocar el tema específico de la caducidad del contrato de concesión No. 2 como consecuencia directa de la imposibilidad de aportar la garantía única de cumplimiento.

La definición de caducidad y sus efectos, se encuentra consagrada en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, la cual reza:

De la Caducidad y sus Efectos. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual, si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencia que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.

Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley. La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento.

El honorable Consejo de Estado, de manera reiterada, ha sostenido en sus pronunciamientos:

"La caducidad del contrato es la sanción más drástica que la entidad pública puede imponer a su contratista, al entrañar el aniquilamiento del contrato y comportar para él la inhabilidad de celebrar negocios jurídicos con entidades públicas durante el período fijado por el legislador."

Como puede observarse, la jurisprudencia le ha dado el calificativo de sanción administrativa a esta manera de terminar anticipadamente la relación jurídica, denominación que presenta sustantividad como categoría jurídica y la diferencia de otras figuras de naturaleza preventiva, resarcitoria o conminatoria que se presentan cuando la autoridad administrativa hace ejercicio del ius puniendi.

En este sentido el concepto de sanción administrativa del que hace parte la caducidad debe definirse como un mecanismo de carácter coercitivo, que implica la privación de un derecho o de un bien jurídico como respuesta a la realización de un comportamiento o conducta humana en donde la reacción de la administración no es otra que la respuesta habilitada por el ordenamiento jurídico cuando se presenta un incumplimiento de una norma (incumplimiento que está tipificado como infracción administrativa) al incurrir en el desconocimiento de un deber, abusar de una situación subjetiva reconocida, incurrir en una prohibición o incumplimiento de sus obligaciones contractuales como el que nos convoca.

Es así que al doctrina jurisprudencial en varias ocasiones se ha atrevido a pregonar que: *"Las cláusulas exorbitantes constituyen la expresión de prerrogativas que por mandato legal se otorgan a la Administración, lo que hace que el principio de igualdad que caracteriza los contratos privados se rompa y que se le otorgue a las entidades públicas contratantes, privilegios, que le permiten desarrollar ciertas actuaciones unilaterales, con la potestad de hacerlas cumplir oficiosamente; es decir, sin necesidad de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, amparada en el principio de la ejecución oficiosa de los actos administrativos."*

De otra parte, la potestad sancionadora sólo se puede concebir bajo el postulado según el cual la actividad administrativa se halla supeditada al derecho y por ende las cláusulas exorbitantes no se tratan de un poder aislado, por el contrario, cuenta incluso con fundamento en disposiciones constitucionales y se haya sometido en todo momento al principio de legalidad.

La facultad sancionadora en el ámbito contractual es posible porque está expresamente establecido en el ordenamiento jurídico. Ello significa que aun cuando se reconozca que a la administración se le confía parte del ius puniendi del estado, la posibilidad de su ejercicio está supeditado a una habilitación legal expresa.

Para finalizar se puede tener la certeza probatoria, fáctica y jurídica que efectivamente no queda otro camino que declarar la caducidad del contrato de concesión No. 2 suscrito con la operadora Movilizamos S.A., debido a la imposibilidad de aportar la garantía única de cumplimiento, llámese póliza o garantía bancaria, pues dicha obligación es una condición irrestricta para la ejecución del contrato, que conlleva *per sé* a la terminación del mismo bajo cualquiera de las causales señaladas en el clausulado del contrato de concesión No.2 (ver cláusulas 124, 130 y 135) o la ley 80 de 1993 y sus demás normas concordantes.

Afectación del servicio.

Según lo señaló el profesor Diego Hernández de la universidad católica de Uruguay, "La movilidad urbana facilita el acceso a otros bienes y oportunidades, por lo que tiene un impacto relevante en la calidad de vida de las personas. De hecho, juega un destacado papel en la producción y reproducción de las estructuras sociales, que, al mismo tiempo, repercuten en las características de la movilidad cotidiana, en el entendido que la movilidad no es un tema de libre elección personal y puede presentar limitaciones estructurales muy fuertes.

La accesibilidad a bienes, servicios y oportunidades es clave para el bienestar de las personas y, por ese motivo, convierte al transporte público en una política social similar a muchas otras de mayor "tradición", como la salud o la educación. Este es el dispositivo desmercantilizador más relevante de la accesibilidad, lo que significa que una persona que tiene que desplazarse en la ciudad encuentra en el transporte público la forma más económica de hacerlo. Más allá de que implica gastos de bolsillo (pagar una tarifa), el transporte público es el medio que menos capacidad de pago le demanda al individuo. Esa menor demanda supone que, en cierta medida, sea más independiente del desempeño de la persona en el mercado laboral. La desmercantilización parte de su concepción como un derecho social y no como un producto con valor monetario que solo depende de los vaivenes del mercado".⁷

Entendido lo anterior, podemos concluir que la no presentación de la garantía única de cumplimiento por parte del concesionario Movilizamos S.A., le impidió de manera irrestricta la posibilidad de continuar con la ejecución del mismo, toda vez que es una obligación condicional y propia de la etapa de ejecución del contrato, sin la cual no podría la entidad permitir que se presentara a operación y menos prestar el servicio público por el cual concesionó afectando la planeación y operación del sistema por la ausencia de la flota licitada (147 vehículos) vehículos inscritos (96 vehículos) y aquellos que puso a disposición de Metrolínea (88 vehículos), es decir, que desde el inicio de la concesión el operador Movilizamos no trajo la totalidad de la flota licitada y mucho menos la fue renovando o completando a lo largo de la ejecución del contrato de concesión lo que implicó que con el paso del tiempo, incluida la afectación de la pandemia el servicio público prestado fuera cada día más deficiente como se podrá reflejar en el siguiente cuadro en el que ni si quiera participó con la flota inscrita debido a que varios vehículos se encontraban fuera de funcionamiento.

FECHA	Flota Licitada	Flota de referencia	VEHICULOS PROGRAMADOS	VEHICULOS FALTANTES DIA HABIL POR FLOTA INSUFICIENTE PROMEDIO POR DIA	VALIDACIONES POR MES
oct-19	147	88	81	12	2.886.153
nov-19	147	88	81	10	2.496.211
dic-19	147	88	81	10	2.301.080
ene-20	147	88	60	10	2.157.275
feb-20	147	88	83	10	2.594.308
mar-20	147	88	64	12	1.738.155
abr-20	147	88	51	12	606.526
may-20	147	88	51	1	727.695
jun-20	147	88	56	1	811.671
jul-20	147	88	60	0	910.283
ago-20	147	88	60	0	756.902
sep-20	147	88	60	2	944.482
oct-20	147	88	60	1	1.079.303
nov-20	147	88	60	3	1.099.300
dic-20	147	88	60	4	1.170.222
ene-21	147	88	48	6	910.118
feb-21	147	88	59	10	1.036.090
mar-21	147	88	59	15	1.180.207
abr-21	147	88	59	12	981.016
may-21	147	88	59	15	765.646
jun-21	147	88	59	14	897.570

La Constitución Política, en sus artículos 365 y 150 numeral 23, menciona el término genérico de servicio público, pero no lo define en su cuerpo normativo. El concepto de servicio público como género es

⁷ Diego Hernández; Profesor Asistente del Departamento de Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica del Uruguay; Revista de la CEPAL N° 122 • Agosto de 2017 - Uruguay

definido únicamente en los artículos 430 del Código Sustantivo del Trabajo (cst), y en el artículo 2.º numeral 3 de la Ley 80 de 1993 (Estatuto de la Contratación Pública).

La primera norma (art. 430 cst), inspirada en la Constitución de 1886, define servicio público así:

(...)

Para este efecto se considera como servicio público toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas. Constituyen, por tanto, servicio público, entre otras, las siguientes actividades:

- a) Las que se prestan en cualquiera de las ramas del poder público;
- b) **Las de empresas de transporte por tierra, agua y aire; y de acueducto, energía eléctrica y telecomunicaciones.**
- c) Las de establecimientos sanitarios de toda clase, tales como hospitales y clínicas;
- d) Las de establecimientos de asistencia social, de caridad y de beneficencia;

La Ley 80 de 1993 menciona que los servicios públicos están sometidos a la dirección, regulación y control del Estado, en razón a que se desarrollan los principios de intervención del Estado establecidos en el artículo 365 de la Constitución Política.

Corte Constitucional. Sentencia C-378/10. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio; La Corte sostiene que dentro de la noción "*subyacen también aspectos materiales relacionados con el cumplimiento de los fines del Estado y el bienestar general de los asociados, ya sea de manera directa por las autoridades estatales o bien con el concurso de la empresa privada*".

El hecho de que en la definición se exprese la frase: la satisfacción en forma permanente, regular y continua del servicio indica que las actividades declaradas servicios públicos deben prestarse en forma ininterrumpida y continua, esto es, sin interrupción, diferentes a las motivadas por razones técnicas o de fuerza mayor. Además, las palabras citadas tienen la connotación de que ninguna decisión del Estado o de los particulares puede afectar la regularidad y continuidad del servicio.

La eficiencia es ampliamente respaldada y utilizada como una de los principios base sobre los que se erige el ordenamiento jurídico colombiano. La Constitución Política, como su principal exponente, aboga por la prestación eficiente de los servicios públicos a los habitantes del territorio nacional como uno de los fines que persigue el Estado Social de Derecho.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que la regularidad y la continuidad no son los únicos elementos para considerar sobre los servicios públicos, dado que existen otros que se añaden, tal como lo señala el artículo 2.º numeral 3 de la Ley 80 de 1993, con los que el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de los fines.

Esta indebida prestación del servicio público de transporte que se presentó por la no entrega y aprobación de la garantía única de cumplimiento, y la afectación ostensible a la movilidad de los usuarios del área metropolitana, hecho notorio, es un elemento esencial y pertinentes analizar el traumatismo en la programación de las rutas, la afectación del servicio en los diferentes barrios con rutas alimentadoras y además de la amplitud de las frecuencias por la ausencia de flota, sino por la pérdida de capacidad licitada que para el caso del SITM correspondía al 66% de los pasajeros y rutas aprobadas por la autoridad de transporte.

La prestación permanente y continua de los servicios públicos es un tema que la Corte también abordó en su Sentencia de Unificación 1010/08, en la cual se recalcó que es por medio de la prestación de los servicios públicos en forma continua, regular y eficaz, que el Estado puede satisfacer las necesidades de su población y así cumplir con los fines del Estado Social de Derecho.

Ibídem. "Debido a su importancia como mecanismo para asegurar las condiciones de vida digna de todos los habitantes del territorio nacional, su prestación se rige por los principios de eficiencia, regularidad, continuidad e igualdad, a través de los cuales se busca lograr la satisfacción de las necesidades de interés general y la efectiva realización de los fines estatales (...). Se busca a través de los servicios públicos satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua. Son además, el medio por el cual el Estado realiza los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales. La razón de ser de los poderes constituidos es el servicio a la comunidad, la satisfacción de sus necesidades y la protección de los derechos individuales de sus miembros"

Existe una relación inescindible entre la prestación eficiente, regular y continua de los servicios públicos con la realización de los derechos fundamentales de las personas que depende en gran medida de la adecuada prestación de los servicios públicos como lo son entre otros, el agua, la salud, el saneamiento básico, la energía y el transporte, etc., elementos que fueron claramente vulnerados por parte del concesionario Movilizamos al no presentar la garantía única de cumplimiento, la como se ha manifestado de forma clara y durante la vigencia del contrato, pues afectó a la ciudadanía en general, la cual a través de los distintos medios (PQRSDF) y redes sociales han señalado no solo su inconformismo si no la inadecuada prestación del servicio que actualmente se da por no contar con la suficiente flota para cubrir todos todas las cuencas entregadas al ente gestor.

Es evidente y un hecho notorio la incorrecta, ineficiente e inadecuada prestación del servicio, en el que si se revisan la totalidad de redes sociales del SITM METROLINEA, y sus comentarios vemos como la ciudadanía se encuentra completamente insatisfecha por el servicio dejado de prestar con rutas alimentadoras y padrones en su mayoría, pues aunque existían desde siempre queja por el servicio ahora las misma están encaminadas a la no existencia de rutas alimentadoras o las cubiertas por los padrones, tanto Floridablanca como en Piedecuesta.

Podemos decir entonces que, los servicios públicos son un concepto que se ha renovado, porque, en primer lugar, no se puede asimilar a una actividad administrativa, pero tampoco se puede equiparar a una actividad privada regida totalmente por el Derecho privado y que a nivel de la Constitución Política de 1991, los servicios públicos fueron ubicados en la parte del régimen económico en donde coexisten la libertad económica y la intervención del Estado.

Finalmente una vez expuesta toda la teoría de los servicios públicos, y revisada la documentación que reposa en el expediente que refleja fielmente no solo las pérdidas económicas que sufrieron los demás concesionarios ante la crisis que se presentó por la ausencia de Movilizamos S.A., sino la caída de pasajeros al deber ajustarse la operación como se puede observar en el plan de contingencia enviado al Área Metropolitana de Bucaramanga, además de los documentos técnicos que soportan cuales rutas debieron suspenderse tras la imposibilidad de continuar prestando el servicio desde el 29 de junio del corriente año hasta la fecha por parte de Movilizamos S.A., lo que evidencia la afectación grave y directa al servicio que presta el SITM METROLINEA reflejado en el inconformismo de los usuarios.

En cuanto a la oportunidad en que debe proferirse el acto administrativo que declare el incumplimiento del contratista, o la caducidad del contrato, o pretenda hacer efectivas la cláusula de multas, la jurisprudencia ha considerado que éste puede producirse después del vencimiento del plazo contractual y antes de la liquidación del contrato o, dentro dicho acto liquidatorio, cuando las garantías amparen hechos o circunstancias de incumplimiento que han debido producirse durante dicho término de ejecución.

Partiendo del hecho de que los actos administrativos en cuestión -declaratoria de caducidad, de incumplimiento o de un riesgo amparado bajo la garantía única, imposición de multas o reclamación de la cláusula penal-, son constitutivos del siniestro de incumplimiento para hacer efectiva la garantía

contractual, son, entonces, actos de clara estirpe contractual, están íntimamente unidos al contrato, es decir, son actos contractuales expedidos después de la celebración del contrato y durante su ejecución.

Es preciso evidenciar que el procedimiento sancionatorio mediante el cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión en cuestión, también se ha surtido en estricto cumplimiento de lo establecido por la jurisprudencia del Consejo de Estado. Ello tiene que ver con el carácter del presunto incumplimiento contractual que se endilga al contratista (incumplimiento grave y directo de sus obligaciones) y el procedimiento sancionatorio mediante el cual se declara la caducidad (garantía del debido proceso), así las cosas, los hechos constitutivos del presunto incumplimiento de Movilizamos S.A., se encuentran estipulados en la cláusula 96 y siguientes del contrato de concesión #2.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, el Concesionario alega que realizó todas las gestiones necesarias que se encontraban a su alcance para la suscripción y/o constitución de la garantía única de cumplimiento, pero que le fue imposible ante la negativa de un gran número de empresas aseguradoras y la no intención de continuar por parte de seguros comerciales Bolívar.

Que revisado lo anterior, se puede señalar que no es una afirmación totalmente cierta tal y como quedó demostrado con el testimonio del Gerente de la operadora Movilizamos S.A, Nelson Arenas Neira, recepcionado el día 9 de diciembre del año 2021, pues el ente gestor acompañó a la operadora en algunas de las reuniones por solicitud de la misma con miras a obtener la garantía única de cumplimiento, dentro de las cuales en la realizada con la empresa Seguros del Estado en la que hicieron parte de Movilizamos el Gerente Nelson Arenas y sus apoderados Rafael Carrillo y Leonardo Herrera, por parte de Seguros del Estado el señor Gonzalo Ramírez y una directiva de la sede principal de Bogotá, la cual se comprometió a expedir el mencionado documento siempre y cuándo se cumplieran ciertos requisitos y la firma de pagarés por parte de los socios que constituyen el operador, situación que al parecer no pudo ser solucionada y esto conllevó a la no suscripción de la garantía, siendo casi la única empresa que en razón al respaldo que se encontraba brindando a el concesionario Metrocinco plus S.A., asumió la posibilidad de amparar el riesgo del cumplimiento del contrato de concesión.

Además de lo anterior, el concesionario nunca allegó documentación alguna que diera fe de las gestiones realizadas para constituir garantías bancarias⁸, documento que también era permitido según reza el contrato de concesión en su cláusula 96 y siguientes *"El concesionario deberá constituir a favor de Metrolínea S.A., dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la firma del presente contrato de concesión, una garantía única de cumplimiento o una garantía bancaria que ampare, las obligaciones a su cargo derivadas del presente contrato, expedida por una compañía de seguros o banco debidamente autorizados para funcionar en Colombia y para emitir esta clase de garantías"*, es decir, que nunca exploró la alternativa planteada en el contrato más precisamente en la cláusula 96, o si lo hizo nunca allegó soportes de diligencia al proceso, por lo que se tiene como probada la ausencia de esta debida actuación ante las entidades bancarias.

Queda totalmente claro, como se puede observar en los documentos que reposan en el expediente dos aspectos fundamentales que juegan en contra de los intereses del concesionario, el primero de ellos que no gestionó con la debida diligencia la consecución de la garantía única, pues se limitó a la obtención de la póliza pero nunca allegó documento alguno que soportara la intención de constituir una garantía bancaria, opción que le entregaba el mismo contrato de concesión; y segundo que tal y como se mencionó en los correos y se le preguntó en el cuestionario por parte de la entidad (pruebas documentales aportadas por el concesionario) existió una posibilidad de suscribir la garantía única de cumplimiento tal y como se observa en el correo remitido por el Gerente (ver folio 437) dirigido a los accionistas de Movilizamos S.A., en donde se deja claro que... *"se hace indispensable el respaldo de unos codeudores solventes; para este caso en particular es importante el valioso apoyo de las empresas socias"*

⁸ La garantía bancaria es el documento por el cual un banco respalda la obligación contraída por un cliente, comprometiéndose a responder en caso de incumplimiento. En otras palabras, la garantía bancaria consiste en un contrato donde la entidad financiera asume el papel de avalista o garante.

de la empresa MOVILIZAMOS presentando los documentos solicitados por la aseguradora para su análisis y aprobación, lo cual consideramos sea una solución viable en las actuales circunstancias para el otorgamiento de la póliza con el respaldo de la aseguradora SEGUROS DEL ESTADO." Es decir, que existió falta de voluntad de parte de algunos accionistas a los cuales al parecer no les importó las consecuencias derivadas del proceso que se estaba adelantando y que a día de hoy trajo como resultado la declaratoria de caducidad, aplicación de la cláusula penal pecuniaria y la terminación anticipada del contrato de concesión No. 2.

Sumado a lo manifestado en precedencia, no deben perderse de vista dos aspectos adicionales. El primero es que el Concesionario, además de asumir los riesgos del Contrato, también asumió la obligación de presentar y aportar durante cada vigencia una garantía única que respaldara la ejecución de un contrato por lo que no podría alegar su propia culpa en el proceso que nos convoca, pues es claro que tuvo conocimiento desde el mes de septiembre con la respuesta del derecho de petición junto con todos los anexos entregados acerca de que acciones se realizaron con el operador Metrocinco Plus S.A, para la suscripción el otrosí modificatorio que permitiera el ajuste a los valores asegurables, además de conocer desde el 14 de diciembre como así lo indica el folio 235 en el que Seguros Comerciales Bolívar radicó su no intención de continuar garantizando el contrato.

Considera la entidad que los argumentos de la defensa debían ir encaminados a **i)** demostrar la gestión realizada desde el mes de agosto cuando tuvo conocimiento no solo del proceso si no de los documentos que hicieron parte del reajuste a los valores de la póliza suscrita con el concesionario Metrocinco Plus; **ii)** las gestiones con las distintas aseguradoras y entidades bancarias que permitiera dilucidar al despacho acerca de la imposibilidad de aportar la garantía única de cumplimiento; **iii)** las gestiones, trámites y reuniones del Gerente y los distintos miembros de junta con el ánimo de aportar la garantía única de cumplimiento; **iv)** las gestiones económicas y la imposibilidad financiera de adquirir la garantía única de cumplimiento con y sin el apoyo de sus socios entre otras y en caso de no poder suscribirse si estaban estos obligados entre otras a respaldar dicho proceso con la firma de los pagarés exigidos por seguros del estado.

Este proceso no se trataba de demostrar quien ha cumplido o incumplido en mayor o menor medida el contrato de concesión, pues además no es competencia dirimir dicho conflicto por vía administrativa, era un proceso puntual que versaba sobre la posibilidad o imposibilidad de aportar la garantía única de cumplimiento que nada tenía que ver con las validaciones, kilómetros recorridos, entrega de portales y muchos otros aspectos fácticos que pretendió introducir la defensa para desviar la atención del proceso, pues si bien es un argumento de defensa válido y que tiene soporte legal, no era el pertinente ni mucho menos el idóneo para demostrar la ausencia de responsabilidad.

Que según la jurisprudencia del H. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 68001-23-31-000-2001-00434-01(45068) sentencia de fecha 29 de noviembre de 2019. CP. Jaime Enrique Rodríguez Navas... *"La administración debe ponderar, antes de hacer efectiva la cláusula de caducidad, no sólo la gravedad de la amenaza que se cierne sobre la continuidad del servicio por causa del incumplimiento del contratista, juicio en el que juegan insoslayable importancia el objeto del contrato y los antecedentes de la ejecución, sino también, el margen de acción que le resulta posible, una vez la decisión adquiera firmeza, en orden a la prosecución del objeto contractual, asumiendo el lugar del contratista incumplido, en procura de la satisfacción de los fines que amenazó gravemente el incumplimiento de parte de aquel"*

Se logró demostrar entonces a lo largo del proceso, que todas y cada una de las causas que dieron origen al presente acto administrativo de declaratoria de caducidad y como consecuencia de ello la terminación anticipada y unilateral del contrato y la tasación de perjuicios inmersos de manera anticipada en la Cláusula Penal Pecuniaria (ver clausula 154), fueron consecuencia de la no presentación de la garantía única de cumplimiento cuya vigencia iba hasta el día 28 de junio del año 2021, y que a partir del día 29 de junio se configuró el incumplimiento del contrato y la imposibilidad de ejecutarlo por parte de Movilizamos S.A., pues la legislación nacional prohíbe entre otras tantas que los contratos de

concesión puedan ser operados o ejecutados sin que cuenten con el respaldo de una garantía única de cumplimiento, ya sea una póliza o una garantía bancaria o cualquier otra que se encuentre permitida.

En consonancia con lo anterior, la entidad logró demostrar la afectación al servicio público con la simple disminución de la flota, la disminución de validaciones, el aumento de las frecuencias operativas y las constantes quejas e inconformidad de los usuarios por la precaria prestación del servicio que actualmente se realiza con presencia de un solo operador y sin la flota necesaria para abarcar todas las cuencas entregadas al SITM METROLÍNEA, pues no podía desconocer el operador que el negocio del cual hacía parte, que inclusive sus socios lo realizan de manera privada, es un servicio público esencial y requiere de una prestación, constante eficiente y concreta.

Así mismo, se expuso que en la operación y el presente proceso no se está endilgando o trasladando riesgo alguno que no haya sido asumido por el oferente y contratista Movilizamos S.A., que su conocimiento del sector y del servicio público lo hacía competente e idóneo para determinar en la audiencia de estimación, tipificación y asunción de riesgos, saber cuáles podía o estaba en la capacidad de soportar.

Cuantificación de los perjuicios.

El artículo 86 de la Ley 1474 del 2011 establece las reglas del procedimiento administrativo sancionatorio contractual, es por ello que algunas entidades estatales han considerado, con apoyo en ese artículo y en la Sentencia C-499 del 2015 de la Corte Constitucional, que, dentro de ese procedimiento, al declarar el incumplimiento del contrato por parte del contratista y con miras a afectar el amparo estipulado en las pólizas de cumplimiento, cuentan con la facultad de cuantificar e imponer perjuicios a los contratistas y a las aseguradoras garantes, en adición a los estipulados como cláusula penal o las multas pactadas.

La cláusula penal, es una figura que tiene como finalidad asegurar el cumplimiento en los contratos, así, la parte que incumpla lo estipulado en ella, estará en la obligación de cumplir lo pactado como pena, como consecuencia de su incumplimiento. Por lo tanto, se tiene que esta cláusula se encuentra encaminada a la prevención y apreciación anticipada de los perjuicios que pueda llegar a ocasionar el contratante con su incumplimiento, facilitando su exigibilidad.

El Consejo de Estado en Sentencia del 19 de agosto de 2004, Magistrado ponente Ramiro Saavedra, apoyado en la doctrina, definió la cláusula penal pecuniaria precisando:

La cláusula penal pecuniaria, que constituye un cálculo anticipado y definitivo de los perjuicios surgidos del incumplimiento del contrato de tal manera que una vez probado aquel no hay necesidad de acreditar el daño sufrido ni su cuantía por hallarse ésta predeterminada en la referida cláusula, es definida por el artículo 1592 del Código Civil como "...aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal" (Radicación número: 25000-23-26-000-1990-6904-01 (12342)., 2004)

Si bien existe extensa jurisprudencia y doctrina sobre el tema, también es claro que para el caso en concreto es el mismo contrato de concesión suscrito por las partes quien establece una medida para la cuantificación que limita dicha interpretación al operador jurídico y por ende restringe la subjetividad o arbitrariedad al momento de tomar la decisión basada en factores, técnicos, facticos y legales, tal y como se evidenciará a continuación:

(...) Cláusula 154. Cláusula Penal Pecuniaria

Metrolínea S.A., podrá declarar el incumplimiento del contrato con el propósito de hacer efectiva la sanción a título de pena pecuniaria pactada en la presente cláusula, por una suma equivalente en pesos liquidados a la tasa representativa, certificada por la autoridad competente, para la fecha de pago, sin perjuicio de que se hagan efectivas las multas causadas a cargo del

concesionario. Igualmente, la pena pecuniaria podrá imponerse cuando se decrete la caducidad del contrato.

El valor de la cláusula penal será se fija de acuerdo con el cuadro siguiente, expresado en Dólares de los Estados Unidos de América:

Concesión Valor de la Cláusula Penal Pecuniaria

Concesión No. 1	\$ 5.500.000 Dólares
Concesión N° 2	\$3.750.000 Dólares

La cláusula penal deberá estar amparada mediante póliza de seguro en las condiciones establecidas en las cláusulas 98 y siguientes del presente contrato.

La sanción a que hace referencia el inciso anterior será exigible por el cien por ciento (100%) de su valor cuando el incumplimiento que dé lugar a su exigibilidad tenga ocurrencia dentro de la etapa preoperativa del contrato; por el setenta por ciento (70%) de su valor cuando el incumplimiento que dé lugar a su exigibilidad tenga lugar durante la etapa de operación regular y hasta el décimo (10) año de duración de esta etapa **y por un cuarenta por ciento (40%) de su valor cuando el incumplimiento que dé lugar a su exigibilidad tenga ocurrencia después del décimo (10) año de vigencia del contrato y hasta su terminación.** (negrilla y subrayado fuera de texto)

La cláusula penal se hará efectiva directamente por Metrolínea S.A., pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

Con esto, se debe tener en cuenta que los tipos de sanciones en materia contractual son: (i) pecuniarias, como la efectividad de las cláusulas penales; (ii) rescisorias, que le permiten a la administración sancionar a su contratista y poner fin al contrato en razón del incumplimiento total y grave de las obligaciones a cargo de este último, como el decreto de la caducidad del contrato, y (iii) coercitivas o compulsorias, que tienen por objeto que el contrato se pueda cumplir dentro del término y en las condiciones pactadas, como la imposición de multas.

Con lo anterior, se tiene claro que cualquiera que sea la sanción no puede ser contraria a la búsqueda de la tasación de los perjuicios ocasionados o la aplicación de la cláusula penal, lo que para el asunto bajo estudio es suficiente, pues el mismo clausulado le evita a las partes la facultad de interpretación y los convoca a someterse a los parámetros porcentuales allí establecidos en la cláusula 154 la cual había iniciado en 100% U\$3.750.000 (Etapa preoperativa); en 70% U\$2.625.000 (Etapa de operación regular) y 40% U\$1.500.000 (Después del décimo año de la operación regular)

Es decir, que la cuantificación de la afectación y perjuicios se encuentra relacionada y detalla en la cláusula 154 que en su inciso tercero señala... **“y por un cuarenta por ciento (40%) de su valor cuando el incumplimiento que dé lugar a su exigibilidad tenga ocurrencia después del décimo (10) año de vigencia del contrato y hasta su terminación.”** Es decir que a la fecha de hoy y según la página oficial del Banco de la Republica y la Superintendencia Financiera la tasa representativa del dólar se encuentra en (La TRM del día jueves 30 de Diciembre de 2021: 4.023,68 pesos colombianos por dólar estadounidense) lo que indica que el 40% del valor estipulado como clausula penal para el contrato de Concesión N° 2 suscrito con el operador Movilizamos S.A., que inicialmente era la suma de TRES MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA MIL DÓLARES AMERICANOS (U\$3.750.000 Dólares) pero teniendo en cuenta que resta un poco más de 2 años, lo correspondiente es la suma de UN MILLÓN QUINIENTOS MIL DÓLARES AMERICANOS (U\$ 1.500.000 dólares americanos) cuya convergencia a pesos colombianos sería por un valor de SEIS MIL TREINTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS MCTE (\$6.034.500.000 pesos colombianos) como suma final de la tasación anticipada de perjuicios que será cobrada al concesionario Movilizamos S.A.

Como corolario de lo anterior y basados en el clausulado del contrato (CLÁUSULAS 124, 130 y 135) y demás normas concordantes (Ley 80 de 19903, ley 1150 de 2007 y demás) se declarará la **CADUCIDAD** del contrato de concesión No. 2 suscrito entre Metrolínea S.A. y el operador Movilizamos, y como consecuencia de ellos se ordenará la terminación anticipada y unilateral del contrato cuya vigencia expira el día 25 de febrero del año 2025.

Con base en las anteriores consideraciones el Gerente Suplente de la sociedad Metrolínea S.A.,:

RESUELVE

ARTICULO PRIMERO: DECLARAR EL SINIESTRO DE INCUMPLIMIENTO GRAVE del contrato de concesión No 2, por parte del operador Movilizamos S.A., de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de este proveído, contrato suscrito entre Metrolínea S.A. y Movilizamos S.A., cuyo objeto es *"Otorgar en concesión no exclusiva, conjunta y simultánea con otros concesionarios y exclusiva con respecto a operadores autorizados de transporte público colectivo, salvo en lo previsto por los derechos de paso, de la explotación del servicio público de transporte masivo del Sistema Metrolínea, al concesionario, por su cuenta y riesgo, en los términos, bajo las condiciones y con las limitaciones previstas en el contrato. Dicha concesión otorgará al concesionario: (i) el derecho a la explotación del servicio público de transporte masivo en las rutas troncales, las rutas pretroncales y en las rutas alimentadoras del Sistema Metrolínea para las fases 1 y 2, a través de la participación del concesionario por la prestación del servicio y (ii) el permiso de operación al concesionario para la prestación del servicio público de transporte masivo, previo trámite ante el Área Metropolitana de Bucaramanga."*

ARTÍCULO SEGUNDO: DECLARAR LA CADUCIDAD DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 2, para la prestación del Servicio Público de transporte masivo del sistema METROLINEA, suscrito con el concesionario MOVILIZAMOS SA. Según lo dispuesto en la cláusula 124 del contrato de concesión No. 2 y en consecuencia hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria a título de tasación anticipada de perjuicios, conforme lo acordado en la cláusula 154 del contrato y ordenar la terminación anticipada del contrato.

ARTÍCULO TERCERO: HACER EFECTIVA LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA, conforme lo dispuesto en la cláusula 154 del contrato de concesión 2, que corresponden al 40% del valor pactado al inicio del contrato, es decir, UN MILLÓN QUINIENTOS MIL DÓLARES AMERICANOS cuya convergencia a pesos colombianos a fecha del presente acto administrativo, según la TRM corresponde a la suma de SEIS MIL TREINTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS MCTE (\$6.034.500.000 pesos colombianos)

ARTICULO CUARTO: ORDENAR a MOVILIZAMOS S.A. con NIT No. 900.188.899-6, representado legalmente por Nelson Arenas Neira, identificado con cédula de ciudadanía No. 91.069.309 de San Gil, PAGAR la suma prevista en el artículo tercero del presente acto administrativo, que corresponde a UN MILLÓN QUINIENTOS MIL DÓLARES AMERICANOS, los que deben ser convertidos a pesos colombianos teniendo en cuenta la TRM, a fecha de pago, el cual debe realizarse dentro de los CINCO (5) días siguientes de la ejecutoria del presente acto administrativo, a la cuenta de ahorros No. 90700944300 del Banco GNB Sudameris a nombre de METROLÍNEA S.A.

ARTICULO QUINTO: ORDENAR COMPENSAR A FAVOR DE METROLINEA S.A., conforme lo previsto en la cláusula 132 inciso 4 del contrato de concesión No. 2 como parte de pago de la suma prevista en el artículo tercero del presente acto administrativo, los saldos de propiedad de MOVILIZAMOS S.A, disponibles en el patrimonio autónomo manejado por el administrador de los recursos.

ARTICULO SEXTO: DECLARAR LA TERMINACIÓN ANTICIPADA del contrato de Concesión No. 2 suscrito entre METROLÍNEA S.A. y el operador MOVILIZAMOS S.A., de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 130 del CONTRATO DE CONCESIÓN No. 2, así como en la parte motiva de este auto.

ARTÍCULO SEPTIMO: En firme la decisión y, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 6º de la Ley 1150 de 2007 y 31 de la Ley 80 de 1993 -modificado por el artículo 218 del Decreto Ley 019 de 2012-, publíquese y comuníquese el contenido de la presente Resolución a la Cámara de Comercio de Bogotá y a la Procuraduría General de la Nación.

ARTICULO OCTAVO: La presente decisión se notifica en estrados, procediendo contra esta el recurso de reposición, el que conforme el artículo 86 de la Ley 1474 de 2.011, se impondrá, sustentará y decidirá en audiencia.

ARTICULO NOVENO: El presente acto administrativo presta mérito ejecutivo contra MOVILIZAMOS S.A.

ARTÍCULO DÉCIMO: PUBLICAR el contenido de la presente Resolución en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública – SECOP, una vez ejecutoriado el presente acto administrativo.

Dado en Bucaramanga, a los treinta (30) días del mes de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

Notifíquese y cúmplase,


SANTIAGO MIGUEL ORTIZ ACEVEDO
GERENTE SUPLENTE
Decreto 0206 del 28 de diciembre de 2021

Proyectó: Santiago Miguel Ortiz Acevedo / Secretario General – Gerente Suplente

Redactó: Karen Viviana Amezquita / Abogada S.G

Revisó: Emilcen Delina Jaimes Caballero / Gerente