

**REPUBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO**

**OPERADORA DE TRANSPORTE MASIVO MOVILIZAMOS S.A**

contra

**METROLÍNEA S.A.**

Rad. 2017-272

Sede: CENTRO DE ARBITRAJE, CONCILIACIÓN Y AMIGABLE

COMPOSICIÓN

CÁMARA DE COMERCIO DE BUCARAMANGA

Carrera 19 N° 36-20 P. 1

BUCARAMANGA, COLOMBIA

## LAUDO ARBITRAL EN DERECHO

Bucaramanga, ocho (8) de abril de 2019

Habiéndose cumplido con el trámite correspondiente y estando dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Tribunal Arbitral a dictar el Laudo en Derecho que pone fin al proceso promovido por **OPERADORA DE TRANSPORTE MASIVO MOVILIZAMOS S.A** representado a través de apoderado judicial Dr. DARWIN RICARDO BERMUDEZ MENDEZ contra **METROLÍNEA S.A.** representada por el Dr. ROMÁN ANDRÉS VELÁSQUEZ CALDERÓN, previo un recuento de los antecedentes y demás preliminares del proceso.

### I. ANTECEDENTES

#### 1. PARTES PROCESALES

- A. PARTE CONVOCANTE: Se trata de la Operadora de Transporte Masivo Movilizamos S.A. Nit. 900.899-6, sociedad debidamente constituida mediante escritura pública número 2124 de fecha 07 de diciembre de 2007 de acuerdo con las leyes de la República de Colombia, con domicilio en la ciudad de Bucaramanga, representada por su Gerente General **NELSON ARENAS NEIRA**, mayor de edad

y residente en la Municipalidad de Floridablanca, identificado con cédula de ciudadanía No. 91.069.309 de San Gil<sup>1</sup>.

B. PARTE CONVOCADA: Se trata de Metrolínea S.A., con Nit. 830.507.387-3, una sociedad por acciones entre Entidades Públicas sujeta al régimen de una Empresa Industrial y Comercial del Estado, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, constituida mediante Escritura Pública No. 1011 de Marzo 21 de 2003, otorgada por la Notaría Séptima del Círculo de Bucaramanga, aclarada mediante Escritura Pública No. 3809 de Octubre 6 de 2004 de la misma Notaría, registrada en la Cámara de Comercio de Bucaramanga, la cual tiene el carácter de titular del Sistema Metrolínea<sup>2</sup>.

## 2. EL PACTO ARBITRAL

Se encuentra contenido en la Cláusula 152 denominada compromisoria del CONTRATO DE CONCESIÓN DOS PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE MASIVO DE PASAJEROS DEL SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO DEL ÁREA METROPOLITANA DE BUCARAMANGA suscrito entre METROLÍNEA S.A. y la OPERADORA DE TRANSPORTE MASIVO MOVILIZAMOS S.A<sup>3</sup>, la referida cláusula indica:

*"Cualquier divergencia que surja entre las partes con ocasión de la celebración, ejecución, desarrollo o liquidación del presente contrato, que no sea posible solucionar mediante la transacción o conciliación serán dirimidas por un tribunal de arbitramento, el cual se regirá por las siguientes reglas:*

<sup>1</sup> Fls. 24 a 26 tomo 1.

<sup>2</sup> Fls. 182 a 185 tomo 1. El acuerdo municipal de constitución de la convocada se encuentra a fls. 351 a 354 del tomo 1.

<sup>3</sup> El contrato de concesión se encuentra en forma digital en el CD obrante a folio 344 del tomo 1.

- a) *El tribunal de arbitramento se sujetará al reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bucaramanga, y se regirá por lo previsto en esta cláusula y por todas las disposiciones aplicables, en particular el Decreto 2279 de 1989, Ley 23 de 1991, el Decreto 2651 de 1991, la Ley 446 de 1998 y el Decreto 1818 de 1998, o por las normas que los adicionen, modifiquen, o reemplacen.*
- b) *El tribunal de arbitramento sesionará en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bucaramanga, o en cualquier otro lugar que designen las partes de mutuo acuerdo.*
- c) *El arbitramento será en derecho. Los árbitros serán tres (3), a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. En las controversias de menor cuantía habrá un sólo árbitro.*
- d) *Los árbitros podrán ampliar el término de duración del tribunal por la mitad del inicialmente acordado o legalmente establecido, si ello fuere necesario para la producción del laudo respectivo.*

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

### **3. TRAMITE DEL PROCESO**

#### **3.1. TRAMITE INICIAL**

El apoderado de la parte convocante, mediante demanda Arbitral presentada el 29 de septiembre 2017, convocó a METROLÍNEA S.A. a trámite Arbitral con fundamento en la cláusula compromisoria arriba transcrita. (Fls. 1 al 19 del tomo 1).

El día 8 de octubre de 2017 se llevó a cabo audiencia de nombramiento de árbitros, presentes el apoderado de la parte convocante y el apoderado de la parte convocada, de común acuerdo procedieron a nombrar en calidad de árbitros a los Dres. MIGUEL ANGEL MARQUEZ, WILLIAM BARRERA MUÑOZ y CARLOS GONZALEZ VARGAS y como suplentes a SAMUEL FRANCISCO CHALELA, HERNAN GAMARRA MURILLO y JUAN

CARLOS EXPOSITO<sup>4</sup>. Ante la no aceptación de varios de los árbitros designados, se volvió a convocar reunión de nombramiento de árbitros en la cual se designó de común acuerdo a la Dra. SONIA PATRICIA OLIVELLA GUARIN y a Dr. FRANZ HEDERICH GARCIA para que conformaran el panel arbitral con el Dr. CARLOS GONZALEZ VARGAS<sup>5</sup>

### **3.2. INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL, ADMISIÓN Y TRASLADO DE LA DEMANDA**

Aceptadas las designaciones y surtido el trámite dispuesto por el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, el 26 de enero de 2018 se realizó audiencia de instalación del Tribunal (Fls. 207 a 212 del tomo 1) en la que se designó como Presidenta a la Dra. SONIA PATRICIA OLIVELLA GUARIN, y como Secretario al Dr. ROBERTO PABLO BELTRÁN FLÓREZ, quien aceptó la designación y tomó posesión de su cargo ante la Presidenta del Tribunal. En relación con la designación del Secretario también se surtió el trámite dispuesto por el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012.

En la audiencia de instalación se inadmitió la demanda y se solicitó al convocante realizar el juramento estimatorio de las pretensiones de conformidad con el artículo 206 del C.G.P.

La demanda fue subsanada mediante memorial presentado el día 2 de febrero de 2018 y mediante auto No.3 del 20 de febrero de 2019 fue admitida la demanda y se ordenó correr traslado de la misma a la parte convocada.

---

<sup>4</sup> El acta calendada el 18 de octubre de 2017 fl. 152 tomo 1.

<sup>5</sup> El acta calendada el 14 de diciembre de 2017 fl. 188 Tomo 1. Las aceptaciones de los cargos se encuentran a folios 172,193 y 195 del tomo 1.

El auto admisorio de la demanda y el texto de la misma fue comunicado a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del estado a través del buzón dispuesto por esa entidad para ese efecto<sup>6</sup>, a la convocada<sup>7</sup> y a la señora Procuradora EDDY ALEXANDRA VILLAMIZAR SHILLER Procuradora 158 judicial II<sup>8</sup>

El día 2 de marzo de 2018 se presentó escrito de contestación de la demanda (folios 246 a 342 del tomo 1).

De la contestación de la demanda y anexos se corrió traslado a la convocante por el término de cinco días<sup>9</sup>, término que fue utilizado por el apoderado de la parte convocante para reformar su demanda.

### **3.3. REFORMA A LA DEMANDA, ADMISIÓN Y TRASLADO.**

Antes del inicio de la audiencia de conciliación, el 5 de abril de 2018, el apoderado de la parte convocante presenta reforma de la demanda<sup>10</sup>, y la colegiatura ordena correr traslado de la misma por el termino de 10 días. Con fecha 29 de mayo de 2018 la convocada contestó la reforma de la demanda<sup>11</sup>. Con fecha 1 de junio de 2018, se corrió traslado de la contestación de la reforma de la demanda y anexos<sup>12</sup>. Término que venció en silencio. Por auto No.7 de fecha 29 de junio de 2018 se fijó fecha para **audiencia de conciliación y fijación de gastos del Tribunal.**

---

<sup>6</sup> Fls. 242 y 243.

<sup>7</sup> Por estado fol.241 y la notificación personal obra a fol. 244

<sup>8</sup> Fl. 245 tomo 1

<sup>9</sup> Fol. 759 tomo 3

<sup>10</sup> La Reforma de la demanda fue inadmitida por el Tribunal a través de auto 4 (fls. 812 a 816 tomo 3), y fue subsanada el 7 de mayo de 2018 (fls. 820 a 826 tomo 3). Posteriormente el Tribunal admite la reforma del libelo introductorio a través de auto 5 (Fls. 826 a 828 tomo 3).

<sup>11</sup> Fls. 830 a 933 del tomo 3.

<sup>12</sup> Fol. 934 tomo 4

### **3.4. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN**

Celebrada el 19 de julio de 2018, concurrió la totalidad del panel Arbitral en asocio con el Secretario. Se hicieron presentes la parte convocante a través de su representante legal Dr. NELSON ARENAS NEIRA y su apoderado, también concurrió el apoderado de la parte convocada y la representante legal de la convocada Dra. LAURA ISABEL RODRIGUEZ CARDOZO y finalmente la Dra. EDDY ALEXANDRA VILLAMIZAR SCHILLER, Procuradora 158 Judicial II en asuntos administrativos.

Escuchados los planteamientos de las partes se estableció que en esta etapa procesal no era posible llegar a una solución conciliatoria, no obstante, los esfuerzos desplegados por ellas mismas y por el propio Tribunal, en virtud de lo cual por auto No. 8 se declaró fracasada la conciliación y se decidió continuar con el trámite de la audiencia. (Fls. 947 al 954 del tomo 4).

### **3.5. GASTOS DEL PROCESO**

Habiéndose declarado concluida la etapa de conciliación, el Tribunal determinó fijar por concepto de honorarios de árbitros y del secretario, Gastos de funcionamiento y administración del Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bucaramanga, la suma de DOSCIENTOS VEINTE MILLONES NOVESENTOS VEINTICINCO MIL CIENTO NUEVE PESOS. (\$220.925.109,406) Mcte. Los gastos del proceso fueron sufragados en su totalidad por la parte convocante en los términos perentoriamente previstos en el estatuto arbitral. Se expidió la correspondiente certificación del pago de honorarios con destino al convocante.

### **3.6. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE**

El día 12 de septiembre de 2018 se celebró la Primera Audiencia de Trámite dentro del presente Tribunal de Arbitramento de conformidad al artículo 30 de la Ley 1563 de 2012.

Mediante auto No.11 el Tribunal se declaró competente para conocer el proceso arbitral y resolver en derecho las diferencias sometidas a su consideración y de las cuales dan cuenta la demanda y su contestación. En el mismo auto se dispuso que el término de duración del proceso arbitral será de seis (6) meses, contados a partir de la fecha de finalización de la Primera Audiencia de Trámite, sin perjuicio de prórrogas, suspensiones o interrupciones. Finalmente se indicó que las excepciones de mérito serían resueltas con la presente providencia. (Fls. 969 a 981 del tomo 4).

### **3.7. INSTRUCCIÓN DEL PROCESO**

A través de auto No.12, el Tribunal Arbitral se pronunció sobre las pruebas aportadas y solicitadas por la parte convocante y convocada. En consecuencia, dispuso tener como pruebas y con el valor que la Ley les otorga todos los documentos aportados por las partes en su oportunidad.

Al tiempo, se ordenaron las declaraciones testimoniales y las pruebas de oficio que a bien consideró la presente Colegiatura decretar.

El trámite arbitral se desarrolló en cuatro (4) audiencias de pruebas, la primera el tres (3) de octubre de 2018 en la cual se adelantó la declaración de JULIAN EDUARDO ARENAS RODRIGUEZ; La segunda audiencia de pruebas se desarrolló el doce (12) de octubre de 2018, en

la cual se recepcionó la declaración de OVIEL MENDOZA GUERRERO, LUIS IGNACIO MACIAS ESPARZA y SAMALIA SANTAMARIA ROMERO. La tercera audiencia es del siete (7) de noviembre de 2018 en la cual se escuchó a YOLANDA REY BLANCO, OSCAR ALBERTO CASELLES y CLAUDIA PATRICIA OLAYA GALVIS. La cuarta diligencia de pruebas esta calendada el veintisiete (27) de febrero de 2019 en la cual se escuchó la declaración del perito CARLOS ALFONSO MANTILLA DUARTE y del perito EDGAR EDUARDO GUERRERO RODRIGUEZ<sup>13</sup>.

Para proveer, la presente colegiatura dispone de los siguientes medios de prueba:

**3.7.1. Documentales:**

Como pruebas documentales aportadas por las partes se incorporaron al proceso las siguientes:

- 3.7.1.1. Los documentos aportados con la demanda inicial (Fls. 23 a 137 tomo 1)
- 3.7.1.2. Los documentos aportados con la reforma integrada a la demanda (Fls. 796 a 810 tomo 3.)
- 3.7.1.3. Los aportados al contestar la demanda (Fls 346 del tomo 2 al 754 del tomo 3.)
- 3.7.1.4. Los aportados al contestar la reforma a la demanda (Se solicitó tener presentados los contenidos en la contestación de la demanda inicial)

---

<sup>13</sup> Se deja constancia que los audios de todas las audiencias practicadas eran socializados por secretaria al finalizar cada diligencia al email habilitado por cada una de las partes y el ministerio público. El cd que contiene las declaraciones se encuentra a tomo 5 del expediente.

### **3.7.2. Documentales oficios**

Los documentos solicitados por el Tribunal de oficio<sup>14</sup> obrantes a folios 1062 a 1529 del tomo 4.

### **3.7.3. Testimonios**

Por solicitud de la parte convocada se decretaron y practicaron los testimonios de: JULIAN EDUARDO ARENAS RODRIGUEZ, OVIEL MENDOZA GUERRERO, LUIS IGNACIO MACIAS ESPARZA, CLAUDIA PATRICIA OLAYA GALVIS.

También se escuchó la declaración de la señora SAMALIA SANTAMARIA ROMERO por solicitud que hiciera el apoderado de la parte convocante en la primera audiencia de trámite.

De oficio por el Tribunal, se escuchó las declaraciones de YOLANDA REY BLANCO y OSCAR ALBERTO CASELLES

### **3.7.4. Dictamen pericial del economista CARLOS MANTILLA DUARTE y EDGAR EDUARDO GUERRERO RODRIGUEZ**

De oficio se decretó dictamen pericial obrante a folios 1082 a 1815 del tomo 5.

La parte convocada presentó el dictamen pericial de EDGAR EDUARDO GUERRERO RODRIGUEZ<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> A través de auto de pruebas en la audiencia del 12 de octubre de 2018.

<sup>15</sup> Fls. 1832 a 1865 del tomo 5.

### **3.8. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Mediante auto No.26 del veintisiete (27) de febrero de 2019, se declaró concluido el periodo probatorio en el presente proceso arbitral<sup>16</sup> y se fijó como fecha para llevar a cabo la audiencia de alegaciones finales prevista en el artículo 33 de la Ley 1563 de 2012, para el día 1 de abril 2019 a las 3:30 p.m.

En la citada audiencia, el apoderado de la parte convocante informó que los kilómetros objeto de reconocimiento han ocasionado problemas económicos para su representada e insistió en que su contratante no realizó las liquidaciones conforme al protocolo establecido en el contrato. En atención a la caducidad adujo que la demanda no se encontraba caducada por que el contrato es de tracto sucesivo. Insistió que los supuestos de hecho de la demanda, en punto a los kilómetros efectivamente recorridos y no pagados, se encuentran acreditados probatoriamente a través de las actas presentadas por la convocada, el CD aportado con la demanda y el peritaje de oficio. Finalmente concluye su intervención diciendo que el peritaje aportado por la convocada debe ser desestimado porque no tuvo de presente la información contenida en el plenario y cita el oficio mediante el cual la convocada informa que las glosas se seguirán presentando porque no se encuentran en óptimas condiciones los instrumentos tecnológicos que amerita la apropiada ejecución del contrato.

A su turno el apoderado de la parte convocada le solicita al Tribunal que desestime la demanda porque no se probó la orden unilateral de cambiar el sistema de liquidación. Expone que según el contenido de los hechos

---

<sup>16</sup> Fls. 1895 a 1898 tomo 5.

de la demanda reformada, en diciembre de 2012 la entidad demandada solucionó el problema de la liquidación, luego si la reclamación es de julio de 2012 a febrero de 2014, sencillamente no existe hecho litigioso porque desde diciembre del 2012 la entidad corrigió la forma de liquidar el contrato. Posteriormente realiza varios reparos al denominado CD presentado por el apoderado de la parte convocante, insistiendo que los datos allí contenidos son registros propios elaborados por la convocante y que por tanto no puede considerarse como una prueba válida por el principio de que a nadie le es lícito constituir su propia prueba. Aduce que no le era posible liquidar el contrato con base en datos que no arrojará directamente el sistema SIMLINEA, puesto que es el único sistema previsto en el contrato para obtener los datos válidos para liquidar, por tanto, la demandante debía haber ordenado a su contratante que se liquidaran los kilómetros adicionales con base en el citado sistema, circunstancia que no ocurrió. Finaliza indicando que el contratista no realizó salvedades serias y oposición a las liquidaciones que se surtieron durante el tiempo delimitado en la demanda para la reclamación.

### **3.9. Concepto del MINISTERIO PUBLICO**

La señora agente del ministerio público presentó alegatos en forma oral e hizo las siguientes acotaciones. En primer término, solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda por carencia de sustento probatorio que respalde las pretensiones. Sobre este aspecto informa que el actor debió oficiar a través de un derecho de petición a Metrolínea para que aportara los respectivos soportes de las liquidaciones y posteriormente comparar la información de SIMLINEA con las actas de liquidación, todo bajo la premisa fundamental de ser documentos públicos

a los cuales podía accederse a través del derecho de petición. Es así como, en concepto del Ministerio Público, el apoderado de la parte convocante hace afirmaciones sin pruebas. Advierte que los peritos incurrieron en inexactitudes en sus experticias en la medida en que si bien revisaron las liquidaciones contenidas en las actas, pasaron por alto el hecho que posteriormente hubo reliquidaciones en las cuales se utilizaban los tres aplicativos previstos en el contrato. Posteriormente expresa que la reclamación raya con el principio de la buena fe contractual que consiste, según se ha pronunciado el Consejo de Estado, en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia. Así las cosas, si el contratista no estaba de acuerdo con las liquidaciones parciales debió manifestarlo clara y oportunamente dejando las salvedades respectivas. También insiste en que, a diferencia de lo aducido por el convocante, sí se encuentran dentro de las piezas probatorias que obran en el plenario liquidaciones donde se utilizaron los tres aplicativos.

### **3.10. AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO**

A la mencionada agencia se le informó y se le allegó la demanda como se describe a folio 6 de la presente providencia pese a lo cual no se pronunció durante todo el trámite arbitral.

### **3.11. TERMINO DE DURACION DEL PROCESO**

Conforme a lo establecido en el artículo tercero del auto No.11, el término de duración del proceso arbitral es de seis (6) meses. Pero antes de su finalización las partes autorizaron la prórroga del mencionado término, la cual fue aceptada por el Tribunal a través de auto 24 del catorce (14) de febrero del año dos mil diecinueve (2019) prorrogándolo en dos (2) meses.

Por tanto:

- ✓ La primera audiencia de trámite se llevó a cabo el día doce (12) del mes de septiembre de 2018.
- ✓ El término de duración del presente trámite arbitral incluida su prórroga es de ocho (8) meses.
- ✓ El término de duración del trámite Arbitral vence el doce (12) de mayo de 2019.
- ✓ De acuerdo con lo anterior, han transcurrido seis (6) meses y veintisiete (27) días del término del Arbitraje.

## **4. LA CONTROVERSIA**

### **4.1. Pretensiones**

La demanda presentada por OPERADORA DE TRANSPORTE MOVILIZAMOS S.A., tal y como fue reformada, contiene las siguientes pretensiones (Folios 760 a 810 tomo 3)

**"PRIMERA.** Que se nombre e instale el respectivo tribunal de arbitramento.

**SEGUNDA.** Una vez posesionado se declare por parte del Tribunal de Arbitramento que la SOCIEDAD METROLÍNEA S.A. incumplió parcialmente el Contrato de Concesión Dos, para la operación y explotación del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Bucaramanga y su área metropolitana, suscrito con la OPERADORA DE TRANSPORTE MASIVO MOVILIZAMOS S.A.

**TERCERA.** Que, como consecuencia de lo anterior se condene a la SOCIEDAD METROLÍNEA S.A., a pagar a la OPERADORA DE TRANSPORTE MASIVO MOVILIZAMOS S.A., los kilómetros comerciales efectivamente recorridos y no cancelados desde el 02 de julio de 2012 hasta el 09 de febrero de 2014, estos de acuerdo con las órdenes de servicio de operación impartidas por la SOCIEDAD METROLÍNEA S.A. a mi representada, esto por valor de DOS MIL VEINTISIETE MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL TRECIENTOS NOVENTA Y UN PESOS M/C (\$2.027.885.391).

**CUARTA.** Que se condene a la SOCIEDAD METROLÍNEA S.A., a pagar a la OPERADORA DE TRANSPORTE MASIVO MOVILIZAMOS S.A. el valor de los perjuicios de orden material [daño emergente y lucro cesante] que le fueron ocasionados; monto que ha de ser actualizado en su valor conforme a lo previsto en el artículo 178 del C.C.A.

**QUINTA:** Que se condene en costas del proceso y agencias en derecho a la SOCIEDAD METROLÍNEA S.A.

**SEXTA.** Que la sentencia le ponga fin al proceso y de cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A."

En la subsanación de la reforma a la demanda<sup>17</sup>, el apoderado de la convocante determina el juramento estimatorio de la siguiente manera:

- a. Los perjuicios causados a su poderdante por concepto del valor del contrato dejado de percibir la suma de (\$2.027.885.391) Mcte.
- b. Además, los costos pagados por la presentación de la demanda arbitral en (\$1.755.766) Mcte.

---

<sup>17</sup> Folios 820 a 822 del tomo 3

- c. La actualización por causa de la depreciación de la moneda por (\$476.471.090) Mcte.
- d. Los intereses comerciales por valor de (\$567.613.090) Mcte.

En el mismo escrito informa que la pretensión cuarta quedara de la siguiente manera:

**CUARTA.** Que se condene a la **SOCIEDAD METROLÍNEA S.A.**, a pagar a la **OPERADORA DE TRANSPORTE MASIVO MOVILIZAMOS S.A.** el valor de los perjuicios de orden material, esto es **QUINIENTOS MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL QUINIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS (\$500.251.547)** por daño emergente y **QUINIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS TRECE MIL CIENTO SIETE PESOS (\$567.613.107)** en ocasión del lucro cesante que le fueron ocasionados; monto que ha de ser actualizado en su valor conforme a lo previsto en el artículo 178 del C.C.A.<sup>2</sup>

#### **4.2. Hechos de la demanda reformada**

La parte convocante fundamenta sus pretensiones en los hechos que relaciona en la demanda reformada a folios 760 a 810 tomo 3, a los cuales se referirá el Tribunal al estudiar los temas materia de decisión. Sin embargo, sintetiza de esta manera los hechos de la demanda reformada:

Advierte el autor que la presente demanda tiene como propósito que el Tribunal Arbitral se pronuncie acerca de un incumplimiento parcial del contrato de concesión dos para la prestación del servicio público de transporte masivo de pasajeros del sistema integrado de transporte masivo del área metropolitana de Bucaramanga suscrito con METROLÍNEA S.A., porque en su parecer el contratante modificó o cambio de manera unilateral el sistema para determinar los Kilómetros efectivamente recorridos con lo cual se desconoció el contrato y su manual de procedimiento y liquidación.

Refiere en su libelo introductorio que el contrato en las cláusulas 14, 77 y 80 tienen previsto un procedimiento de liquidación el cual prevé la confrontación de kilómetros obtenidos a través del sistema Simlínea con la información que cada agente del sistema obtenga. Es así como el contrato establece la utilización de unos aplicativos de confrontación<sup>18</sup> que por su abreviatura son: SPA<sup>19</sup>; Aplicativo Despachos<sup>20</sup> y MRC<sup>21</sup>.

El incumplimiento se configura a título de dolo, advierte el togado, porque el convocado *"comunicó infundadamente a mi mandante, que de manera unilateral tomó la determinación de cambiar y/o modificar el sistema de liquidación para pago de los kilómetros efectivamente recorridos por nuestro concesionario, esto desconociendo las reglamentaciones del Contrato de Concesión Dos firmado entre las partes y el Manual de Procedimiento de Liquidación para Concesionarios de Operación que rige el vínculo contractual"*<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> Reforma de la demanda "Estos elementos y/o aplicativos del Sistema Simlínea son los determinados bilateralmente entre los Concesionarios de Operación y la Dirección Técnica de Operaciones de Metrolínea S.A. desde el inicio de la etapa de operación regular el día 25 de febrero de 2010 para la conciliación de los kilómetros efectivamente recorridos, los cuales se concertaron bilateralmente a la firma de los Contratos de Concesión amparados en las licitaciones públicas previamente adjudicadas.

<sup>19</sup> Sistema de planeación y análisis "SPA" – (viajes programados x realizados) y/o (viajes x día) – este aplicativo contiene la cantidad de viajes programados por día y a su vez compila en el sistema de información digital, el total de los viajes en los que efectivamente cada operador de vehículo registro inicio y finalización de viaje, datos del GPS del vehículo, rutas y kilómetros recorridos. (extracto reforma de la demanda)

<sup>20</sup> Aplicativo Despachos – (autorizaciones de centro de control, mediante equipos de comunicación a bordo de los vehículos y/o bajo autorización de funcionario de Metrolínea en campo) – este aplicativo contiene la información digitalizada de todos los audios que se generan en operación mediante la frecuencia radial utilizada por el sistema Metrolínea S.A. para la ejecución de sus labores, por tanto contiene toda la información de las autorizaciones verbales por novedades operativas que el personal del Ente Gestor genera para el adecuado desarrollo de la operación, entre ellas la autorización de viajes y por consiguiente el reconocimiento de kilómetros recorridos.

<sup>21</sup> Mercury Report Center "MRC" – (validaciones de usuarios en cada vehículo x día) – este aplicativo genera la información digital de todas las validaciones de viajes de usuarios realizadas por cada vehículo diariamente, es decir mediante el validador de la tarjeta que cada autobús de puerta derecha posee, indica el número de usuarios que utilizaron el servicio en cada viaje diariamente, esto soportando los viajes realizado por los vehículos de los concesionarios donde efectivamente transportaron usuarios del sistema.

<sup>22</sup> Reforma de la demanda numeral 2

Anota la demanda que a partir del 2 de julio de 2012, la convocada solo tendría en cuenta: "los datos percibidos tan solo en el Sistema de planeación y análisis "SPA" - (viajes programados x realizados) y/o (viajes x día), así mismo la Gerencia de la SOCIEDAD METROLÍNEA S.A. ordenó a su vez que los aplicativos i). Aplicativo Despachos - (autorizaciones de centro de control, mediante equipos de comunicación a bordo de los vehículos y/o bajo autorización de funcionario de Metrolínea en campo), y ii). Mercury Report Center "MRC" - (validaciones de usuarios en cada vehículo x día), no serían en adelante valorados ni tenidos en cuenta, por tanto, varios de los kilómetros efectivamente realizados por mi representada no le fueron reconocidos y por ende no le fueron cancelados debidamente."

En el segundo semestre del año 2012, indica el apoderado que la nueva administración de la sociedad METROLÍNEA, procedió a "reflexionar su errática postura y adoptar el procedimiento preestablecido para la liquidación de kilómetros de los concesionarios de operación, esto conforme a las condiciones licitadas, contratos de concesión y procedimiento constituido desde el inicio de la operación regular." Esto llevo a que la convocada reconociera reliquidaciones al amparo del aplicativo Mercury Report Center "MRC": "No obstante, inclusive podemos avistar que aun con las acertadas determinaciones de esta nueva gerencia, se evidencian periodos en los cuales ha quedado pendiente la revisión inclusive de varios de los aplicativos del sistema, por tanto, también se ha quedado en mora dentro de dichos periodos de liquidación, durante el periodo del 2 de julio de 2012 hasta el 9 de febrero de 2014, en dichas catorcenas no se utilizaron de manera concurrente los sistemas atrás mencionados."

En el segundo semestre del año 2013 – advierte el autor – “en una postura obstinada, indolente y ante todo negligente, la SOCIEDAD METROLÍNEA S.A. nuevamente iniciando el segundo semestre del año 2013 sin mediar una causal legalmente preexistente, procedió a desentenderse totalmente del procedimiento de liquidación de kilómetros para nuestro concesionario, donde abruptamente también esta administración decidió nuevamente abstenerse de revisar todos los aplicativos del Sistema Simlínea, pues solo y exclusivamente indicaron que revisarían los datos percibidos en el Sistema de planeación y análisis “SPA”, desconociendo inclusive las liquidaciones y reliquidaciones que ya habían autorizado revisar por todos los aplicativos, además de las que ya se habían ordenado su pago efectivo amparados en el procedimiento contractualmente preestablecido.”

Ante la mencionada posición del contratante, el 16 de diciembre de 2013 la convocante radicó reclamación directa amparada en la cláusula 150 del contrato, la cual fue respondida por la convocada el 28 de abril de 2014, en la cual según el demandante: “se permitió generar un cronograma organizado de liquidación, además y más importante aún, adhirió nuevamente el PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN DE KILÓMETROS DE CONCESIONARIOS DE OPERACIÓN, que no era otro más que una copia del inicialmente pactado en los pliegos de condiciones, Contrato de Concesión y el manual de procedimiento preestablecido para la liquidación de kilómetros de los concesionarios de operación que se venía utilizando desde el año 2010 al inicio de la etapa de operación regular, situación desconcertante, pues reasumía la SOCIEDAD METROLÍNEA S.A. la postura de revisar previa liquidación todos los aplicativos del Sistema Simlínea, amparando así la solicitud que desde tiempo atrás veníamos rogando.”

En el decir del apoderado no obstante la fecha de implementación del procedimiento prestablecido para la liquidación de kilómetros de los concesionarios de operación, conjuntamente con la SOCIEDAD METROLÍNEA S.A. *"veníamos terminando la liquidación de la catorcena comprendida entre el 27 de enero hasta el 09 de febrero de 2014, por tanto empezó la aplicación de este procedimiento a partir del 10 de febrero de 2014, advirtiendo claramente la desconcertante situación de las catorcenas de fechas anteriores, particularmente las comprendidas desde el 02 de julio de 2012 hasta el 09 de febrero de 2014, fechas en las cuales la SOCIEDAD METROLÍNEA S.A. desconoció injustificadamente el procedimiento prestablecido para la liquidación de kilómetros de los concesionarios de operación y lesiono económicamente a mi representada, adeudando serios y graves detrimentos económicos que, por desidia y desconocimiento, sin duda alguna incumbirán ser recompuestos y desagraviados a nuestro favor."*

Finalmente se anota como hechos de la reforma de la demanda que el 11 de noviembre de 2015 mediante acto administrativo RAD.METRO No. 2430, el convocado da por finalizada la etapa de transacción sin arreglos posibles. También relaciona las glosas<sup>23</sup> pendientes de pago por un valor de \$2.027.885.391 Mcte.

#### **4.3. Contestación de la demanda reformada y excepciones**

La demanda reformada e integrada en un solo texto fue contestada por el apoderado de la Convocada mediante escrito que obra a (Fls. 830 a 933 del tomo 3), en el cual aceptó unos hechos, negó y precisó otros; se

---

<sup>23</sup> "GLOSAS" y/o kilómetros comerciales efectivamente recorridos y no cancelados por Metrolínea S.A.

opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda y propuso las siguientes excepciones:

- 4.3.1. CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DOS POR PARTE DE METROLÍNEA S.A.
- 4.3.2. EJECUTORIA DE LAS LIQUIDACIONES DE VALIDACIÓN Y CONCILIACIÓN DE KILÓMETROS COMERCIALES EFECTIVAMENTE RECORRIDOS BAJO ACEPTACIÓN EXPRESA DE MOVILIZAMOS S.A.
- 4.3.3. DESCONOCIMIENTO POR PARTE DEL DEMANDANTE EN SUS PRETENSIONES DE LAS OBLIGACIONES RECÍPROCAS PLASMADAS EN EL CONTRATO.
- 4.3.4. EXIGIBILIDAD DE OBLIGACIONES REALIZADAS POR MOVILIZAMOS S.A. QUE NO SE PACTARON CONTRACTUALMENTE A CARGO DE METROLÍNEA S.A.
- 4.3.5. PAGO TOTAL DE LOS COMPROMISOS DE METROLÍNEA S.A. CONFORME A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES.
- 4.3.6. INEXISTENCIA DE DESEQUILIBRIO ECONÓMICO CONTRACTUAL
- 4.3.7. INEXISTENCIA DE ERRORES EN EL PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN DE KILÓMETROS COMERCIALES EFECTIVAMENTE RECORRIDOS.
- 4.3.8. INCONGRUENCIA ENTRE LOS HECHOS Y LAS PRETENSIONES FORMULADAS POR EL ACTOR
- 4.3.9. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA.
- 4.3.10. INEXISTENCIA DE KILÓMETROS ADICIONALES RECORRIDOS A LOS EXPRESADOS EN LAS LIQUIDACIONES BAJO ACEPTACIÓN EXPRESA DE MOVILIZAMOS S.A.
- 4.3.11. CADUCIDAD.
- 4.3.12. INEPTA DEMANDA POR INDEBIDA FORMULACIÓN DE PRETENSIONES.

El fundamento de las anteriores excepciones y las razones de defensa de la convocada son las siguientes, las cuales serán abordadas por el tribunal más adelante:

- a. CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DOS POR PARTE DE METROLÍNEA S.A.

Luego de enunciar el régimen del contrato y el objeto del mismo, el apoderado de la parte convocada anota que el cumplimiento que METROLÍNEA S.A. hace respecto de sus obligaciones de liquidar los kilómetros efectivamente recorridos y autorizar su pago se acredita a través de todas y cada una de las Actas de conciliación de los kilómetros comerciales efectivamente recorridos, "los cuales en efecto como se acreditan en el contenido de esas Actas se confrontan con la información obtenida por los Agentes del SITM y finalmente la misma es conciliada. De este proceso, MOVILIZAMOS S.A. Manifiesta su aceptación a través de la firma de su delegado o representante en las Actas que allí se suscriben, lo que ha hecho factible el hacer los pagos, dejando evidencia en estas Actas que los mismos son recibidos a satisfacción por la Sociedad MOVILIZAMOS S.A. tal como sucedió desde el 2 de Julio de 2012 al 9 de Febrero de 2014."

b. EJECUTORIA DE LAS LIQUIDACIONES DE VALIDACIÓN Y CONCILIACIÓN DE KILÓMETROS COMERCIALES EFECTIVAMENTE RECORRIDOS BAJO ACEPTACIÓN EXPRESA DE MOVILIZAMOS S.A.

La que desarrolla el apoderado de la convocada anotando que " las actas de conciliación para la liquidación de kilómetros comerciales efectivamente recorridos fueron suscritas sin que se dejara en ellas evidencia de objeción alguna, lo cual lleva a inferir sin duda que el acuerdo de voluntades en cuanto a verificación y aceptación del cumplimiento de obligaciones entre las partes respecto de la ejecución del porcentaje del objeto contractual de los periodos comprendidos desde el 2 de Julio de 2012 al 9 de Febrero de 2014, cobraron plena validez y ejecutoria una vez se suscribieron las

mismas y se recibieron los pagos a conformidad por parte de la Sociedad acá demandante MOVILIZAMOS S.A. cobrando de este modo solidez las obligaciones verificadas y los acuerdos aceptados en las mismas dando así seguridad jurídica a lo ejecutado dentro del Contrato de Concesión Dos, al ser el mismo de tracto sucesivo, exigiéndose por mandato legal el que el mismo estuviese sujeto a la suscripción de Actas parciales y un Acta final de liquidación del objeto contractual, representando las dos validez y seguridad jurídica de los acuerdos en ellas dispuestos y aceptados de común acuerdo por ambos contratantes."

c. DESCONOCIMIENTO POR PARTE DEL DEMANDANTE EN SUS PRETENSIONES DE LAS OBLIGACIONES RECÍPROCAS PLASMADAS EN EL CONTRATO.

Fincada básicamente en lo que se denomina la integración tecnológica entre concesionarios, contenida en la cláusula 15 del Contrato de Concesión Dos literal "T", y 15.4, y que desarrolla manifestando que pese a las dificultades que existen con ocasión de la implementación de la integración tecnológica a cargo de MOVILIZAMOS S.A., su representada de manera conjunta con la acá demandante desplegó esfuerzos para dar cumplimiento a lo dispuesto en la cláusula 77 del Contrato de Concesión Dos.

d. EXIGIBILIDAD DE OBLIGACIONES REALIZADAS POR MOVILIZAMOS S.A. QUE NO SE PACTARON CONTRACTUALMENTE A CARGO DE METROLÍNEA S.A.

Luego de indicar cómo es el funcionamiento de Simlínea y sus aplicativos, el apoderado expone en su escrito de contestación que:

"Siendo el actuar antes descrito la materialización de las obligaciones contraídas por mi representada dentro del Contrato de Concesión Dos, de manera puntual en lo que dispone la Cláusula 77, así las cosas y al revisar el citado Contrato con cada uno de sus anexos, se da clara evidencia de que no existe obligación adicional que de manera puntual concrete la exigencia de las denominadas "GLOSAS" que refiere la Sociedad demandante dentro del presente proceso, así como tampoco señala que METROLÍNEA S.A. deberá pactar junto con el concesionario el sistema o aplicativo usado en la convalidación del proceso de liquidación o que se pactara que mi representada solo podrá usar determinado aplicativo como mal lo señala el demandante. De las situaciones antes señaladas se tiene que ninguna de ellas hace parte del Contrato de Concesión Dos".

e. PAGO TOTAL DE LOS COMPROMISOS DE METROLÍNEA S.A. CONFORME A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES.

Advierte el apoderado en atención a la presente excepción que "desde el 2 de Julio de 2012 al 9 de Febrero de 2014, se tienen Actas de liquidación de kilómetros efectivamente recorridos suscritas entre MOVILIZAMOS S.A. y METROLÍNEA S.A. donde se plasmaron en ella los anteriores acuerdos y que en efecto los valores en ellas fueron pagados a MOVILIZAMOS S.A., quien recibió estas sumas de dinero sin objeción alguna, no es dable bajo ningún contexto que mi representada pueda adeudar suma alguna por algún tipo de concepto derivado del Contrato de Concesión Dos y menos aún por conceptos de liquidaciones de kilómetros efectivamente recorridos."

Más adelante enfatiza diciendo: "De lo anterior se infiere que MOVILIZAMOS S.A. no puede endilgar incumplimientos a METROLÍNEA S.A. en kilómetros efectivamente recorridos y supuestamente no pagados, cuando mi representada sí validó, liquidó, concilió y firmó junto a MOVILIZAMOS S.A. los kilómetros comerciales que efectivamente recorrió MOVILIZAMOS S.A., observando que en ninguna de las Actas se dejó constancia de algún tipo de inconformismo relacionado con las pretensiones acá incoadas, y nunca se hizo así durante cada catorcena realizada desde el 2 de Julio de 2012 al 9 de Febrero de 2014, porque efectivamente METROLÍNEA S.A. siempre ha liquidado a MOVILIZAMOS S.A. de acuerdo a las disposiciones contractuales, los kilómetros comerciales efectivamente recorridos."

f. INEXISTENCIA DE DESEQUILIBRIO ECONÓMICO CONTRACTUAL

Lo desarrolla el togado con dos argumentos, el primero: "De los anteriores presupuestos necesarios para que se puedan reclamar desequilibrios económicos y los daños derivados del mismo en la ejecución de un Contrato Estatal se tiene que para el caso concreto ninguno de ellos le puede ser atribuible a mi representada, toda vez que METROLÍNEA S.A. ha adecuado su actuar bajo el principio de buena fe contractual, en el cual se debe ajustar el comportamiento de los contratantes en el cumplimiento del Contrato y que con el mismo se propende por el cuidado de que el otro extremo no sufra afectaciones o detrimento alguno."; y el segundo: "Finalmente se tiene que se hace pertinente la prosperidad de la presente excepción toda vez que no se evidencia cuál fue el actuar o hecho cometido por mi representada que terminó causando una pérdida económica a MOVILIZAMOS S.A. así como tampoco se observa dentro del

plenario el sustento fáctico, técnico, económico y contractual de la suma de dinero en la cual se concreta el daño económico reclamado y sobre el cual se solicita sea condenada mi representada a pagar a favor de la Sociedad demandante, es decir que carece la presente demanda de los elementos necesarios para que se configure el desequilibrio económico en la ejecución del Contrato de Concesión Dos y en esa medida el que sea procedente el pago de lo pretendido”.

g. INEXISTENCIA DE ERRORES EN EL PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN DE KILÓMETROS COMERCIALES EFECTIVAMENTE RECORRIDOS.

Desarrollada con el siguiente argumento, las “Actas de liquidación de las cuales debe decirse que dan fe y certeza de cómo el proceso de validación para la liquidación de kilómetros efectivamente recorridos dentro del Contrato de Concesión Dos no presenta errores, de modo que los kilómetros en ellas liquidados, conciliados y pagados fueron los existentes desde el 2 de Julio de 2012 hasta el 9 de Febrero de 2014, sin poder aducir que por la posible existencia de errores en estas Actas se presentó algún tipo de afectaciones económicas como malintencionadamente lo pretende mostrar MOVILIZAMOS S.A., pues fue esta Sociedad quien junto con METROLÍNEA S.A. validó la manera correcta en que se realizaron las liquidaciones de estos kilómetros en el periodo en que se enmarca la pretensión lo cual deja desestimado el hecho de que se reclamen a estas alturas y ante esta instancia la existencia de supuestas “glosas”, toda vez que no hubo lugar a errores en los procesos de liquidación que refieren las Actas que contienen la aceptación expresa de MOVILIZAMOS S.A. de estar a paz y salvo

por el pago de kilómetros comerciales efectivamente recorridos desde el día 2 de Julio de 2012 hasta el día 9 de Febrero de 2014."

h. INCONGRUENCIA ENTRE LOS HECHOS Y LAS PRETENSIONES FORMULADAS POR EL ACTOR

Desarrollado con la siguiente exposición: "de acuerdo a la narración de los hechos que presenta la demanda se colige la reclamación por incumplimientos ocasionados dentro del Contrato de Concesión Dos, en cuanto a una serie de kilómetros comerciales efectivamente recorridos y no pagados desde el 2 de Julio de 2012 hasta el 9 de Febrero de 2014, sin embargo llama la atención que desde la misma descripción de los hechos no es claro identificar el origen en concreto de donde se supone provienen estos kilómetros, pues no se evidenció por parte de la Sociedad demandante que se contrastara a través de criterios técnicos, económicos y ajustados en debida forma al Contrato los actos puntuales en los cuales mi representada se supone incurrió para causar los daños económicos acá reclamados por la demandante en cuando a los kilómetros recorridos y no pagados."

i. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA.

Teniendo de presente que los recursos del sistema son administrados por una fiducia de la cual el demandado es solo parte del sistema, advierte el medio exceptivo que: "Por los anteriores argumentos es que se expone al Despacho que es absurdo el señalamiento que le hace MOVILIZAMOS S.A. a mi representada en cuanto a la causación de un supuesto desequilibrio económico con ocasión de los kilómetros comerciales efectivamente recorridos y no

pagados, realizando la anterior explicación para pasar a manifestarle al Despacho cómo no le asiste a METROLÍNEA S.A. legitimación en la causa por pasiva, toda vez que METROLÍNEA S.A. al igual que la Sociedad acá demandante ostentan la misma condición dentro del SITM, razón por la cual las reclamaciones a las que hubiere lugar no pueden estar a cargo del Ente Gestor, pues mi representada en su condición no tiene ni siquiera la autonomía económica sobre la totalidad de los recursos del SITM para responder por este tipo de condenas, es decir que al igual que MOVILIZAMOS S.A. su patrimonio se conforma por participación de los ingresos del SITM, lo que significaría que en el eventual caso de una condena no tiene por qué METROLÍNEA S.A. responder con su propio patrimonio por pretensiones que se comportan por dineros que hacen parte de la operación del SITM.

j. INEXISTENCIA DE KILÓMETROS ADICIONALES RECORRIDOS A LOS EXPRESADOS EN LAS LIQUIDACIONES BAJO ACEPTACIÓN EXPRESA DE MOVILIZAMOS S.A.

Desarrollada por el apoderado bajo la siguiente elucubración: "No existen kilómetros recorridos por MOVILIZAMOS S.A. distintos a los que ya se pagaron por el sistema METROLÍNEA. Y se es tajante en hablar de esa inexistencia porque ni quisiera la parte demandante es capaz de acreditar esos kilómetros, pues no dice cuántos fueron, cuáles fueron, qué buses los recorrieron, en qué día se dieron, etc. Es decir, MOVILIZAMOS S.A. pretende cobrar unos kilómetros como factor de cobro de unas sumas de dinero y no hace el más mínimo esfuerzo en mostrar su existencia. Aunque es lógico porque no se puede demostrar lo inexistente. Es así que no se sabe de dónde saca los cálculos MOVILIZAMOS S.A. porque ni fáctica ni

probatoriamente hablando, se hace mención alguna de las circunstancias de modo, tiempo y lugar de cómo se dieron esos supuestos kilómetros adicionales.”

#### k. CADUCIDAD.

La que estriba en que su computo – en este caso - principia desde los motivos de hecho que llevaron a las desavenencias contractuales y habida cuenta que los hechos de la demanda hacen referencia a supuestos incumplimientos contractuales acaecidos en los años 2012 y siguientes, los 2 años previstos en la Ley 1437 de 2011 para incoar la acción de controversias contractuales ya transcurrió.

#### l. INEPTA DEMANDA POR INDEBIDA FORMULACIÓN DE PRETENSIONES.

Porque – anota el togado – el demandante debió solicitar previo a las pretensiones de condena la declaratoria del incumplimiento contractual, por tanto: “Así las cosas, al afirmarse que de las pretensiones formuladas por MOVILIZAMOS S.A. se asume un incumplimiento contractual por parte de METROLÍNEA S.A., cuando este no ha sido declarado judicialmente, se entra a cuestionar en qué fundamento se basa la demandante para formular las pretensiones que reclama, si en ningún momento ha solicitado previamente la declaración del incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de mi representada METROLÍNEA S.A.”.

A renglón seguido, el apoderado se opuso a la totalidad de las pretensiones. Finalmente, como material de prueba de su escrito

defensivo allegó pruebas documentales y documentales digitales, y solicitó algunos testimonios.<sup>24</sup>

#### **4.4. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

Previo al pronunciamiento sobre las pretensiones de la demanda reformada que han dado origen a la presente causa Arbitral, el Tribunal observa que no existen nulidades procesales que lo obliguen a abstenerse de emitir un pronunciamiento de fondo.

Adicionalmente, se anota que aquellas eventuales nulidades que pudieron haber existido en el decurso del trámite, no fueron manifestadas por las partes en la oportunidad otorgada al finalizar la audiencia de alegatos de conclusión, ante lo cual se encuentran saneadas.

Al efecto, se recuerda que en las audiencias celebradas los días doce (12) de septiembre de 2018, tres (3) de octubre de 2018, doce (12) de octubre de 2018, siete (7) de noviembre de 2018, veintisiete (27) de febrero de 2019 y trece (13) de marzo de 2019, el Tribunal efectuó el saneamiento del proceso respecto de las etapas procesales previas.

En este sentido, el Tribunal verifica de nuevo que no han quedado pendientes pruebas por practicar ni se pretermitieron oportunidades para que las partes ejercieran su derecho de defensa y contradicción. Se evidencia que se respetaron los derechos de las partes y sus apoderados, y se realizaron todas las notificaciones y traslados en debida forma.

---

<sup>24</sup> A través de fijación en lista del 1 de junio de 2018, de las excepciones formuladas por la parte convocada se dio traslado al convocante por 5 días. Fls. 934 del tomo 4, término que transcurrió en silencio.

El Tribunal, entonces, procede a pronunciarse de fondo sobre el objeto de la controversia para lo cual hace las siguientes:

## **II. CONSIDERACIONES**

### **1. PRESUPUESTOS PROCESALES**

El Tribunal encuentra cumplidos los requisitos necesarios para la validez del proceso y que las actuaciones se han desarrollado con observancia de las previsiones legales. Además, no se advierte causal alguna de nulidad procesal, lo cual fue advertido por el Tribunal desde audiencia del 13 de marzo de 2019, al momento de hacer el control de legalidad de este trámite en los términos ordenados por el artículo 132 del C.G. del P., una vez concluyó la etapa de alegaciones, frente a lo cual los apoderados de las partes y la señora representante del Ministerio Público no hicieron manifestación sobre vicio o irregularidad constitutivo de nulidad que debiera ser saneada hasta ese momento.

Por lo expuesto, es procedente dictar Laudo de mérito, que según lo acordado en la cláusula compromisoria debe proferirse en derecho.

Síguese de cuanto queda expuesto que la relación procesal existente en este caso se ha configurado regularmente y que en su desenvolvimiento no se incurrió en defecto alguno, por lo que en consecuencia no hay lugar a darle aplicación al artículo 137 del Código General del Proceso.

De igual manera para efectos de decidir sobre el mérito de la controversia es preciso verificar si en el presente trámite se encuentran satisfechos los presupuestos procesales, de manera que se cuente con los requisitos

indispensables de validez del proceso que permitan a este Tribunal proferir una decisión de fondo.

## **2. DEMANDA EN FORMA**

En su oportunidad se verificó por el Tribunal que tanto la demanda como su reforma cumplían las exigencias procesales y, por ello, las sometió en forma oportuna a trámite.

## **3. COMPETENCIA**

Del estudio detallado que se hizo sobre el tema en la primera audiencia de trámite realizada el 12 de septiembre de 2018 (Auto No.11), el Tribunal concluyó que las controversias de que dan cuenta la demanda, así como sus respectiva contestación eran de naturaleza económica; susceptibles de transacción, tenían origen en el Contrato de Concesión Dos y estaban amparadas en la cláusula compromisoria contenida en aquél, razón por la cual asumió competencia para conocer de tales diferencias, decisión que se ratifica ahora.

## **4. CAPACIDAD**

Del estudio de los documentos aportados por las partes al expediente se observa que tanto OPERADORA DE TRANSPORTE MASIVO MOVILIZAMOS S.A como METROLÍNEA S.A., son sujetos plenamente capaces para comparecer a este proceso; su existencia y representación están debidamente acreditadas y tienen capacidad para transigir, por cuanto de la documentación estudiada no se encuentra restricción alguna y, además, por tratarse de un arbitramento en derecho, han comparecido al

proceso por intermedio de sus representantes legales y apoderados, debidamente constituidos.

#### **5. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN CONTRACTUAL**

Para proceder al análisis de la excepción de caducidad de la acción en el presente asunto es necesario en primer término establecer la

proceso por intermedio de sus representantes legales y apoderados, debidamente constituidos.

## **5. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN CONTRACTUAL**

Para proceder al análisis de la excepción de caducidad de la acción en el presente asunto, es necesario, en primer término, establecer la naturaleza jurídica del contrato de concesión para la prestación del servicio público de transporte masivo de pasajeros del sistema integrado de transporte masivo del área metropolitana de Bucaramanga, que fuera suscrito en febrero de 2008, por la parte convocante y convocada.

Para tal fin, se tiene que el citado contrato establece en su encabezado que Metrolínea S.A es una sociedad por acciones entre Entidades Públicas sujeta al régimen de una Empresa Industrial y Comercial del Estado, y más adelante anota en su cláusula cuarta que la relación contractual estará sometida a las disposiciones, reglas y principios que rigen los contratos celebrados por entidades públicas, particularmente en aquellos aspectos que se encuentran expresamente regulados por la Ley 80 de 1993 aplicables al contrato de concesión, y las demás normas que la sustituyan, desarrollen o reglamenten. En los demás aspectos se regirá por las normas del derecho privado.

En ese sentido, para esta Colegiatura es claro que la convocada, Metrolínea S.A es una sociedad comercial anónima constituida por entidades públicas y que, por tanto, será considerada una entidad estatal<sup>25</sup>. De ser considerada la convocada en el presente proceso una

---

<sup>25</sup> El artículo 2 de la Ley 80 de 1993 denomina como entidad estatal a las empresas industriales y comerciales del estado.

entidad del Estado, se desprende que el contrato objeto de la controversia es público, bajo el criterio orgánico ya pacífico a nivel de la jurisprudencia Constitucional y del Consejo de Estado, en virtud del cual si una de las partes que suscribe el contrato es una entidad pública, estamos en presencia de un contrato estatal<sup>26</sup>.

Siendo entonces el presente un contrato estatal, se tiene que para efectos de analizar la caducidad su ley procesal es la ley 1437 de 2011, comúnmente denominada Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA. La Ley en comento, según el artículo 308, entró a regir a partir del 2 de julio de 2012: "este código se aplicará a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia". Curiosamente los hechos que refiere el autor de la demanda constitutivos de su reclamación inician ese mismo día, veamos una de las pretensiones: "**TERCERA.** Que, como consecuencia de lo anterior se condene a la SOCIEDAD METROLÍNEA S.A., a pagar a la OPERADORA DE TRANSPORTE MASIVO MOVILIZAMOS S.A., los kilómetros comerciales efectivamente recorridos y no cancelados **desde el 02 de julio de 2012** hasta el 09 de febrero de 2014..."<sup>27</sup>, ante lo cual el Tribunal de Arbitramento estima que la Ley 1437 de 2011, es el marco normativo procesal que disciplina el contrato de concesión en lo que respecta al inicio y término de la caducidad de la acción<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> El criterio orgánico para determinar la naturaleza del contrato como estatal, ha sido reiterado en varias oportunidades por las altas Cortes, por ejemplo: Sentencia de la Corte Constitucional SU-242 de 2015: "son contratos estatales todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales". En el Consejo de Estado, la Sección Tercera, en las siguientes providencias identificadas con los radicados: Rad. 76001233100020010100901 (31.683) del 16 de julio de 2015; Rad. 250002326000200301742 (34.454) del 28 de enero de 2016; Rad. 250002326000199900405 (32.301) del 16 de julio de 2015; Rad. 250002326000200001198 02 (27.098) del 9 de julio de 2014.

<sup>27</sup> Pretensión tercera de la reforma de la demanda.

<sup>28</sup> Sobre la aplicación de la Ley 1437 de 2011, en materia arbitral para efectos de análisis de la caducidad de la acción se citan dos recientes antecedentes jurisprudenciales del Consejo de Estado, Sección Tercera: Rad. 11001-03-26-000-2018-00011-00 (60716) del 3 de diciembre de 2018 - C.P GUILLERMO SÁNCHEZ

Ahora bien, al tenor de lo previsto por el artículo 164 numeral 2.-literal j del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la demanda de controversias contractuales debe interponerse, por regla general, en el término de dos años contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento. Así mismo, en los subnumerales iii), iv) y v), se indica que el término de dos años principia de diferente manera, si siendo imparajitable la liquidación del contrato por mandato legal, esta es de común acuerdo, efectuada unilateralmente por la administración o no se logre ni por mutuo acuerdo o por la administración unilateralmente.

Se precisa anotar, en este punto, que el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 indica que los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación. En otras palabras, es claro que, por mandato del legislador, contratos como el de concesión deben ser objeto de liquidación. Esta disposición no fue ajena a los contratantes al momento de suscribir el contrato de concesión y previeron en la cláusula 144 la liquidación por mutuo acuerdo, la cual conviene citar en extenso:

“Cláusula 144. Liquidación por Mutuo Acuerdo

Este contrato será liquidado en un plazo máximo de cuatro (4) meses, contados a **partir del vencimiento del plazo del mismo**, o a partir de la expedición del acto administrativo que ordena la terminación del mismo, o a partir de la fecha del acuerdo de terminación celebrado entre las partes, o de acuerdo con lo dispuesto en los términos establecidos por los artículos 60 y 61 de la ley 80 de 1993, o de la fecha en que se declare la terminación unilateral del contrato o de cualquiera de los mecanismos de terminación anticipada establecidos por el presente contrato.

**La liquidación se llevará a cabo mediante la suscripción de un acta por parte de los contratantes en la que se establecerán las sumas u obligaciones que puedan resultarse a deber entre sí, incorporando de manera detallada la liquidación que arroje los saldos correspondientes, o, en caso de que no existan deudas u obligaciones, la declaración de encontrarse a paz y salvo entre sí por todo concepto.**

Si por cualquier motivo, **al liquidarse el presente contrato existieran sumas pendientes entre las partes, los contratantes convendrán el plazo y la forma de hacer el pago así como cualquier otro asunto.** (Negritas y resaltado fuera del texto).

Para esta corporación arbitral no se ha configurado la caducidad de la acción teniendo de presente que el término de dos años inicia a partir de la liquidación del contrato ya sea por mutuo acuerdo o en forma unilateral; liquidación bilateral que tendrá lugar como lo dispone la cláusula 144 del contrato de concesión dos en un plazo de 4 meses a **partir del vencimiento del mismo**, fecha que no ha acontecido porque el contrato aún se encuentra en ejecución.

Acompaña la anterior aseveración las siguientes reflexiones. La liquidación del contrato es una actuación administrativa posterior a su terminación normal o anormal, cuyo objeto es el de definir si existen prestaciones, obligaciones o derechos a cargo de las partes, hacer un balance de las cuentas y proceder a las reclamaciones, ajustes y reconocimientos a que haya lugar, para así dar finiquito y paz y salvo a la relación comercial<sup>29</sup>. La liquidación finiquita la relación entre las partes del negocio jurídico, por ende, no puede con posterioridad demandarse reclamaciones que no se hicieron en ese momento. Sobre el punto, el Consejo de Estado ha informado que la liquidación del contrato es de capital importancia porque:

---

<sup>29</sup> El inciso dos del artículo 60 de la Ley 80 indica que en esta etapa "las partes acordaran **los ajustes, revisiones y reconocimientos** a que haya lugar".

“es el momento de realizarse éste último acto, ya sea de mutuo acuerdo o unilateralmente en caso de no lograrse el concurso, cuando las partes **saben en que estado financiero quedaron, si están o no conformes con las cuentas liquidadas. Para el contratista este momento es particularmente importante, dado que es la oportunidad en la cual conoce con certeza cuánto se le va a pagar y que reconocimientos económicos le hará la administración.** “Pretender que el término de caducidad corra en forma independiente para cada pago que se haga en la ejecución del contrato, afectaría la relación entre los contratantes, dado que atenta la confianza que debe existir entre ellos para que pueda lograrse la satisfactoria ejecución del contrato. De tal suerte que, para formular la acción contractual, cuando se trata de contratos en los cuales se debe realizar liquidación, la regla general es que ese plazo se cuenta desde la fecha en que se suscribe la misma cuando esta es de mutuo acuerdo, o desde la fecha en la cual queda en firme el acto administrativo mediante el cual la administración la realizó unilateralmente y, en consecuencia, cualquier reclamo, como puede ser el pago no oportuno de actas de obra, debe efectuarse por vía judicial dentro del bienio establecido en el artículo 136 del C.C.A.”<sup>30</sup> (negrillas y resaltado son nuestros).

Es claro que solo hasta que el contrato se liquida por su terminación, el contratista tiene la certeza de los reconocimientos que le puede otorgar o no la administración, es decir para el caso, solo hasta el momento en que se liquide el contrato de concesión dos MOVILIZAMOS S.A tendrá claridad si los reconocimientos que reclama en el libelo introductorio serán reconocidos por METROLINEA S.A., pues esta última puede al finiquito de la relación contractual hacer reconocimientos en procura de lograr que su contratista se declare a paz y salvo y con ello precaver eventuales demandas, inclusive si la contratante en alguna oportunidad de lo extenso de la ejecución de un contrato como el que acá se discute, manifestó su voluntad de no hacerlo, por la potísima razón de que hasta la liquidación final la administración tiene la prerrogativa legal de efectuar ajustes, revisiones y reconocimientos.

---

<sup>30</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del veinte (20) de septiembre de 2007. C.P RUTH STELLA CORREA PALACIO. Radicación número: 68001-23-15-000-1995-01233-01(16370).

En la contestación de la reforma de la demanda y posteriormente en sus alegatos de conclusión, el apoderado de Metrolínea S.A formuló una excepción denominada CADUCIDAD, la cual estribo básicamente en lo siguiente:

“De lo anterior se desprende entonces que sobre todas y cada una de las Actas de liquidación suscritas desde el 2 de Julio de 2012 al 9 de Febrero de 2014, operó el fenómeno de la caducidad a fecha de radicación de la presente demanda, entendiéndose el mismo como la consecuencia del vencimiento del plazo legal fijado por la ley para acudir ante los estrados judiciales para la definición de una controversia o de un litigio, como el acá planteado por la Sociedad MOVILIZAMOS S.A. tal como lo señala el Consejo de Estado en la Sentencia bajo radicado CE SIII E 25746 DE 2013”

Este Tribunal analizó la sentencia del Consejo de Estado que adujo el togado en procura de sustentar la caducidad del medio de control<sup>31</sup> y encuentra que no puede ser considerado como referente jurisprudencial por las siguientes razones: la primera es que el caso que allí se debate es en relación con un contrato de prestación de servicios a un profesional de arquitectura – no un contrato de concesión - para la elaboración de diseños arquitectónicos de Centros de Salud del Municipio de Dibullaque, tipología contractual que, entre otras, no requiere obligatoriamente de liquidación como lo anota el inciso final del artículo 60 de la Ley 80 de 1993. El segundo, porque la sentencia no analiza el fenómeno de la caducidad a partir de actas parciales de liquidación o ejecución lo que hace improcedente su cita pues el apoderado la invoca precisamente para evidenciar tal fenómeno.

Por otra parte, en la misma excepción el apoderado indica que no se agotó el requisito de procedibilidad de la acción cual es la instancia de

---

<sup>31</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia nº 44001-23-31-000-2000-00662-01, de 13 de febrero de 2013.

conciliación prejudicial ante el Ministerio Público lo cual interrumpía la caducidad de la acción, como también expresa que en las actas parciales de liquidación no hubo salvedades ni objeciones.

Este Tribunal considera pertinente precisar que en materia arbitral no es necesario el requisito de agotamiento de la conciliación extrajudicial administrativa, situación que ha quedado expresamente clara a partir del párrafo cuarto del artículo 2.2.4.3.1.1.2 del decreto 1069 de 2015<sup>32</sup> que señala: **"Parágrafo 4º. El agotamiento de la conciliación como requisito de procedibilidad, no será necesario para efectos de acudir ante tribunales de arbitramento encargados de resolver controversias derivadas de contratos"**. Al tiempo es necesario aclarar que el apoderado no puede confundir el fenómeno jurídico de la caducidad con el hecho de dejarse o no salvedades u objeciones en las liquidaciones, pues lo segundo es un aspecto sustancial sobre el cual se delimitará la discusión judicial y las pretensiones de la futura demanda, mientras que la caducidad tiene que ver con la presentación oportuna de la demanda.

A su turno, la señora Procuradora en el marco de las alegaciones finales<sup>33</sup>, también se refirió a la caducidad de la acción, en el sentido de indicar que existían dos tesis en el Consejo de Estado, la primera de 1991 expediente 6.393 del Consejero Carlos Betancourt que abogaba por que el inicio del término de la caducidad de la acción principiaba desde la ocurrencia del hecho motivo del desacuerdo; y otra, más reciente, en virtud de la cual en los contratos de tracto sucesivo inicia desde el momento de su liquidación, resaltando que los precedentes hacen referencia a contratos de obra y no concesiones.

---

<sup>32</sup> "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho"

<sup>33</sup> Minuto 2H"40 min

Señaló la Procuradora que la aplicación de la regla en la cual se debe contar el término de caducidad desde la liquidación del contrato puede llevar a graves afectaciones al patrimonio público pues el contratista puede abstenerse de demandar solo hasta el final del contrato y con ello incrementar los eventuales reconocimientos económicos por concepto de indexación, situación que debería entonces llevar al Tribunal – indica la Procuradora - a la búsqueda de otra regla de interpretación pues al revisarse las cláusulas 14, 77 y 80 del contrato de concesión comporta liquidaciones parciales y el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 no dice que la liquidación deba ser la definitiva.

Concluye su exposición, en relación con la caducidad indicando que la norma vigente de caducidad es aquella vigente al momento de celebración del contrato y no la vigente al momento del conflicto.

El Tribunal no comparte este concepto emitido por el Ministerio Público en relación con la caducidad por las siguientes razones que serán expuestas comenzado por la última de las reflexiones de la procuradora para darle una estructura lógica al argumento. No es acertado afirmar que la norma procesal que deba aplicarse para efectos de la caducidad sea aquella que se encontraba vigente al momento de la celebración del contrato, pues se debe advertir lo preceptuado en el artículo 40 de la ley 153 de 1887, que establece:

“ARTÍCULO 40. Modificado por el art. 624, Ley 1564 de 2012. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. **Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.**” (Negrillas fuera del texto)

Así las cosas, si tenemos que las reclamaciones como ya se dejó anotado en líneas más arriba, inician desde el dos de julio de 2012 fecha en la cual se empieza a contar la primera catorcena, no es exacto afirmar que ya hubiere empezado a correr desde antes de esa fecha el término de caducidad como para concluir que deba aplicarse el decreto 1 de 1984 o C.C.A. Recuérdese, se insiste, que como hecho curioso el dos de julio del 2012 es precisamente la fecha que dispuso el legislador para que entrara en vigencia la Ley 1437 de 2011 o C.P.A.C.A. y es la misma fecha en que inicia la primera catorcena.

Esta precisión la hace la colegiatura no porque considere que el término de caducidad inicie el dos de julio de 2012, pues como ya se dejó expresado estimamos que el término inicia después de la liquidación final del contrato que aún no ha ocurrido porque se encuentra en ejecución; la precisión se hace porque la ley que disciplina el término de caducidad será aquella vigente al momento en que empezó a correr la caducidad y no como lo sostiene la representante del ministerio público la vigente a su celebración.

Este aspecto que se podría formular así: la norma de caducidad aplicable al caso concreto es: ¿la Ley vigente el día de la celebración del contrato o la vigente el día en que empezó a correr la caducidad? no ha sido extraño a la jurisprudencia del Consejo de Estado, y en fallo del 12 de agosto de 2014<sup>34</sup>, dispuso lo siguiente:

"La sala recuerda que sobre esta problemática se han formulado dos tesis: i) que por tratarse de una norma sustantiva aplica la ley vigente al momento de la celebración del contrato y que ii) por tratarse una norma procesal aplica la ley vigente al momento en que empezó a correr la caducidad. Después de muchos debates y de jurisprudencia

<sup>34</sup> Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera. Rad. 17001-23-31-000-2001-00306-01 (26.902) C.P Enrique Gil Botero

encontrada, la sección tercera se inclinó por la segunda opción, es decir, conforme a la jurisprudencia, que ahora reitera - sentencia de la sección tercera del 4 de diciembre del 2006 expediente 15239 -, **en caso de transición legislativa la norma de caducidad aplicable es la vigente el día en que empezó a contarse la misma**, porque la normas procesales - como lo es la que regula la caducidad de las acciones - son de aplicación inmediata". (Negrilla son nuestras)

Dilucidado lo anterior, de las dos tesis expuestas por la Procuradora este Tribunal comparte la segunda en virtud de la cual en los contratos de tracto sucesivo inicia el término de la caducidad desde el momento de su liquidación final.

Convine precisar también, que la liquidación a la cual se hace referencia en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 y con la cual debe principiar el bienio de la caducidad es la liquidación final del contrato y no las parciales. Sobre el punto es pertinente memorar un precedente que citara el Tribunal administrativo de Santander<sup>35</sup>, haciendo alusión a una providencia del Consejo de Estado:

"Como puede observarse en la etapa de liquidación de un contrato, las partes deben dejar sentado en acta sus pretensiones para que sean consideradas por la otra parte, es ese el momento del contrato, en el cual la parte adquiere legitimación para reclamar en vía judicial o extrajudicial, las pretensiones que la otra parte no acepte. Las divergencias que existan al momento de liquidar el contrato, que sean enunciadas en acta, y no aceptadas estructuran la base del petitum de una eventual demanda. Por el contrario, la parte que no deje anotada en **el acta de liquidación final**, la existencia de alguna pretensión para que la otra parte la considere en esa vía, NUNCA PODRA pretenderlas judicialmente. Lo que se traslada al proceso judicial son las pretensiones que la contraparte del contrato no acepte reconocer" [70] (Se destaca).

En ese sentido, se ha precisado también que la acción contractual sólo puede versar sobre aquellos aspectos o temas en relación con los cuales el demandante hubiere manifestado su desacuerdo **al**

---

<sup>35</sup> Tribunal Administrativo de Santander. Sentencia del tres (3) de julio de 2014. M.P. FRANCY DEL PILAR PINILLA. Rad. 2013-000118-00

**momento de la liquidación final del contrato por mutuo acuerdo...**<sup>36</sup> (Negrillas son nuestras).

Finalmente, esta colegiatura estima que no le es dable concebir otra regla de interpretación distinta en materia de término de caducidad de la acción en contratos de tracto sucesivo o cuya ejecución se prolonga en el tiempo, diferente a la consagrada en la Ley 1437 de 2011 y su jurisprudencia.

En ese orden de ideas las pretensiones de la demanda no están caducadas y en consecuencia el Tribunal a partir de lo expuesto, se pronuncia expresamente sobre la caducidad de la acción tal y como lo manifestara en el marco de la primera audiencia de trámite.

## **6. LEY DEL CONTRATO**

Conforme al contrato denominado "CONTRATO DE CONCESION DOS PARA LA PRESTACION DEL SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE MASIVO DE PASAJEROS DEL SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO DEL AREA METROPOLITANA DE BUCARAMANGA", suscrito entre METROLINEA S.A., entidad pública; sujeta al régimen de una empresa industrial y comercial del Estado, y OPERADORA DE TRANSPORTE MASIVO MOVILIZAMOS S.A., sociedad comercial, del tipo de las sociedades anónimas, se establece en el Art. 4 del mismo, lo siguiente:

*"Régimen Aplicable. El presente contrato de concesión instrumenta la relación de carácter contractual que vinculará a Metrolínea S.A. y al concesionario a partir de la fecha de inicio de vigencia, como partes que son del contrato. Dicha relación contractual estará sometida a las disposiciones, reglas y principios que rigen los contratos celebrados por las entidades públicas, particularmente en aquellos aspectos que se encuentran regulados por la Ley 80 de 1993 aplicables al contrato de concesión, y las demás normas que la sustituyan, desarrollen o*

<sup>36</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del dos (02) de mayo de 2013. C.P HERNAN ANDRADE RINCON. 25000-23-26-000-2000-01772-01(23949)

*reglamenten. En los demás casos se regirá por las normas del derecho privado."*

Significa lo anterior, que conforme a lo previsto en la cláusula anterior, será vinculante además del pacto contractual celebrado entre la convocante y la convocada, las disposiciones imperativas contenidas en la Ley 80 de 1993 y las normas que la regulen, llenando los vacíos con la normativa del derecho privado, y que al ser el contrato de concesión un contrato atípico, será aplicable la analogía en la forma como lo ha señalado la Ley 153 de 1887 y la Ley 57 de 1887.

Dejando de antemano establecido que en punto de hermenéutica contractual, habrá de tenerse en cuenta el contenido de la Cláusula 1º, del referido contrato que textualmente indica:

*"Interpretación. El presente contrato de concesión, sus cláusulas y los demás documentos que hagan parte de él, deberán interpretarse conforme a la naturaleza y alcance del mismo. En todo caso, los términos que se incluyan en las cláusulas y anexos del presente contrato, se entenderán según su sentido natural y obvio, salvo el caso de las palabras que se definen en el presente contrato o en el pliego de condiciones al que se encontró sometido el proceso de selección que dio origen al contrato, las que para todos los efectos legales se entenderán según el alcance y significado que allí se les otorga. Harán parte del presente contrato y de sus anexos, para efectos de interpretación y alcance de derechos y obligaciones, el pliego de condiciones y la propuesta presentada por el concesionario. En caso de discrepancia entre el presente contrato, el pliego de condiciones y el Anexo No 3 de la licitación pública M-LP-004-2007 prevalecerán las cláusulas contenidas en el primero de los mencionados."*

En este orden de ideas, serán estas las reglas que permitan definir el o los problemas jurídicos planteados en el presente Trámite Arbitral, sin perjuicio de acudir a las reglas hermenéuticas consideradas por la legislación civil, tal y como se consideró en la Sentencia del 9 de mayo de

2012, del Consejo de Estado, Subsección A, con ponencia del Dr. Mauricio Fajardo Gómez:

"Ciertamente el texto del aludido artículo 28 de la ley 80 es el siguiente: "En la interpretación de las normas sobre los contratos estatales, relativas a los procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrán en consideración los fines y los principios de los que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre las prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos."

De todos modos, en aquellos casos en los cuales el juez deba valerse de distintas herramientas interpretativas con el fin de dar claridad a pasajes oscuros del contenido de las estipulaciones del contrato estatal o cuando se pretende desentrañar la voluntad o la intención real de los sujetos de dicho vínculo negocial, lo cierto es que los parámetros hermenéuticos provistos por el aludido artículo 28 del Estatuto de Contratación estatal resultan insuficientes para acometer la anotada labor, pues si bien es verdad que dicho precepto consagra unos principios de interpretación que orientan, inspiran o informan la referida actividad, no es menos cierto que tales previsiones no constituyen reglas interpretativas precisas como las que sí se encuentran plasmadas en el Código Civil; esta materia, por tanto, no es desarrollada detalladamente y menos agotada por el multicitado artículo 28 de la ley 80 de 1993, el cual debe ser aplicado, consiguientemente, de manera complementaria con las disposiciones del Código Civil que se ocupan del tema, sin que con ello se desconozca lo normado por el artículo 13 de la ley 80 en comento, por cuya virtud los contratos estatales se regirán exclusivamente por lo preceptuado en este último cuerpo normativo en las materias particularmente reguladas por el. En este orden de ideas, las referidas reglas de interpretación cuya aplicación a los contratos estatales debe llevarse a cabo atendiendo a los principios enunciados en el varias veces aludido artículo 28 de la ley 80 de 993, son aquellas que se hallan previstas entre los artículos 1618 y 1624 del Código Civil (...)"

## **7. PROBLEMAS JURIDICOS SOMETIDOS AL TRIBUNAL Y SU DESARROLLO.**

Tal y como lo han expresado las partes en conflicto, por intermedio de sus apoderados judiciales, la sociedad MOVILIZAMOS S.A., pretende se declare el incumplimiento parcial imputable a la sociedad METROLINEA

S.A., por no haber cancelado los kilómetros efectivamente recorridos, en el periodo comprendido entre el 2 de Julio de 2012 al 9 de Febrero de 2014, considerando que tal incumplimiento es consecuencia de la no utilización de la totalidad de los aplicativos que integran el sistema denominado "SIMLINEA", establecido en el contrato de concesión.

Así las cosas, el Tribunal procederá a resolver los siguientes problemas jurídicos: (i) La no utilización de la totalidad de los aplicativos del sistema "SIMLINEA", constituye una modificación unilateral del contrato, o una prerrogativa contractual pactada; (ii) Es vinculante para METROLINEA S.A., la utilización de la totalidad de los aplicativos que integran el sistema "SIMLINEA", para determinar el número de kilómetros efectivamente recorridos y que serán objeto de pago al concesionario; y (iii) Pueden los concesionarios utilizar métodos diferentes a los aplicativos del sistema "SIMLINEA", como mecanismo vinculante para determinar el número de kilómetros efectivamente recorridos. Estos interrogantes, sin perjuicio de unos anexos derivados de la contestación de la demanda, de los alegatos de las partes, y el concepto arrojado por la Señora Procuradora en los términos que ya fueron expuestos.

En lo que respecta al **primero de los problemas jurídicos planteados**, y que se desprende de las afirmaciones contenidas en los hechos de la demanda reformada, en los cuales, se afirma por parte del apoderado que *"el Ente gestor prescindió de manera unilateral e intempestiva de dicho procedimiento si un argumento y/o justificación alguna; por tanto, resulta totalmente evidente que los motivos indicados en el acto acusado son ilegales."* (Hecho 8 y referido al Oficio M-ADF-2171-311012); y posteriormente reafirma su posición en los siguientes términos *"Visto lo anterior, una vez la SOCIEDAD METROLINEA S.A. segregó este derecho contractualmente adquirido por nuestra empresa, la OPERADORA DE TRANSPORTE MASIVO*

*MOVILIZAMOS S.A. procedió en sendos oficios a manifestar nuestra inconformidad y desazón, debido a los gravísimos perjuicios económicos causados por esta con la errática e ilegal toma de esta decisión (...)" (Hecho 10 de la demanda), entre otros ítems del libelo demandatorio.*

Al respecto y revisando las cláusulas del contrato y algunas declaraciones testimoniales obrante en el plenario, encontramos que:

1. En la cláusula 2, denominada DEFINICIONES, se define el sistema "SIMLINEA" como: *"2.163 Sistema Simlínea. Es el conjunto de recursos administrativos, tecnológicos y organizacionales del Sistema Metrolínea que integra todos los sistemas especializados. Consta de procedimientos basados en computadores y/o procedimientos automáticos y manuales que proporcionan información, completa, útil y oportuna para la gestión y el control del Sistema Metrolínea e involucra todas las necesidades estructurales técnicas y de desarrollo del Sistema Metrolínea, para suplir las necesidades generadas por los servicios de transporte, recaudo, monitoreo de imágenes, información y atención al usuario, gestión y control de la operación."*<sup>37</sup>
2. La Cláusula 77 del contrato, denominada: *"Disposición y Destinación de los Recursos Generados por Efectos del Pago de la Tarifa de Transporte en el Sistema Metrolínea."*, indica en uno de sus apartes: *"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*

---

<sup>37</sup> Sobre la explicación del sistema Simlínea en términos generales son coincidentes las declaraciones de Julián Arenas Rodríguez (23Min, 44 Segundos) en su calidad de director de operaciones de Metrolínea S.A y la señora Samalía Santamaría Romero (20Min, 54 segundos) en su calidad de directora del departamento contable y financiero de Movilizamos S.A

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." (Subrayado fuera de texto).

3. En la cláusula 122 del contrato, las partes aceptan y definen el concepto o posibilidad que tendría la entidad estatal de modificar unilateralmente el contrato, dentro del siguiente contexto: "*Si durante la ejecución del presente contrato, para evitar la paralización o la afectación grave en la operación del Sistema Metrolínea fuese necesario introducir variaciones en el contrato, y previamente las partes no llegaran al acuerdo respectivo, Metrolínea S.A., mediante acto administrativo debidamente motivado, podrá modificar de manera unilateral el presente contrato, por las causales y en las condiciones previstas en la ley 80 de 1993, o en las normas que lo adicionen, modifiquen o sustituyan.*"
4. Bajo los parámetros expuestos, debemos determinar si el contenido del Oficio M-ADF-2171-311012, constituye el uso de una prerrogativa exorbitante, o si por el contrato es una prerrogativa contractual en atención al contenido de la Cláusula 77 del contrato.
5. Al revisar el texto del Artículo 16 de la Ley 80 de 1993, encontramos que la modificación unilateral del contrato, como cláusula o prerrogativa exorbitante de la administración, se presenta "*Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él (...)*", elementos que se considera no se presentan en cuanto a la decisión adoptada por la sociedad convocada en relación con la emisión del oficio comentado, por el contrario, el contrato suscrito

con la convocante lo facultaba para proceder de esta forma, tal y como se desprende de la Cláusula 77 del contrato, y no se considera posible que cualquier decisión dentro del marco de la ejecución contractual obedezca o pueda considerarse como el uso o utilización de la cláusula de exorbitancia, precisamente por cuanto en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, se aceptó por parte de MOVILIZAMOS S.A., la posibilidad que METROLINEA S.A., estableciera "procedimientos que permitirán considerar y confrontar la información técnica del Sistema Simlínea con aquella que cada agente obtenga."

6. Conforme al texto del documento aludido, claramente METROLINEA S.A., manifiesta que:

*"... debido a que se ha generado diferencias entre lo que reporta el sistema y lo que cada operador presenta para la liquidación, situación que causa serias dificultades, ello debido a que no se alimenta el TD instalado en los vehículos, que es el que permite conocer el número de viajes programados y los kilómetros recorridos, o la falta de comunicación a través de los radios que deben contar los operadores.*

*Lo anterior demuestra la falta de cumplimiento de las obligaciones por parte del operador, ya que no se concibe que ninguna de las alternativas, es decir, la alimentación del TD o la operación de los radios, conlleve a realizar liquidaciones de manera manual. Es por ello que Metrolínea no aceptará reliquidaciones como consecuencia de no efectuarse los procedimientos establecidos legalmente para el reconocimiento de los recorridos, ya que solo se debe tener en cuenta lo registrado en el sistema SPA y si el TD no está en funcionamiento debe reportarlo oportunamente y reemplazarlo en forma inmediata, o si el conductor no lo alimenta inmediatamente con la información requerida antes de iniciar el recorrido la culpa es de la empresa operadora."*

Es claro que esta determinación no constituye ni una medida "*para evitar la paralización*" del contrato, como tampoco comporta una

medida para evitar "*la afectación grave del servicio público*", sino en criterio de esta colegiatura, es el uso de una medida derivada de la facultad contractual de determinar los procedimientos que permitan confrontar de manera efectiva y con cualquiera de los aplicativos del sistema SIMLINEA, aplicativos derivados del contrato, para confrontar la información técnica con la soportada por los agentes.

Ahora, es cierto, y en alto grado, que no es posible la liquidación manual de los kilómetros comerciales efectivamente recorridos, sino que para efectos de la liquidación, deberá tenerse en cuenta los aplicativos contractuales.

Sobre el deber de utilización de los tres aplicativos, a saber: SPA, despachos y MRC, son consistentes las declaraciones de Julián Arenas Rodríguez en su calidad de director de operaciones de Metrolínea S.A y la señora Samalia Santamaría Romero en su calidad de directora del departamento contable y financiero de Movilizamos S., en el sentido de manifestar que en efecto dichos aplicativos son los empleados para liquidar las catorcenas:

Frente a la pregunta que se le formulara al señor Arenas Rodríguez sobre la aplicación de los sistemas para las liquidaciones afirma:

"Dentro de este proceso de liquidación, se deben utilizar los componentes tecnológicos con que cuenta el sistema que han sido suministrados por el concesionario de control y recaudo que hacen parte del sistema SIMLINEA",

Por su parte, y frente a la pregunta que se le formulara a la señora Santamaría sobre la concurrencia de los tres sistemas respondió de manera positiva que sí se utilizaban para las liquidaciones, con la

precisión de que el aplicativo denominado MRC no se aplica para los buses articulados<sup>38</sup>.

7. Por lo anterior, si la convocante, consideraba que existían unos kilómetros comerciales efectivamente recorridos y no pagados, debió allegar la prueba, conforme a los aplicativos del sistema, para acreditar que estos kilómetros efectivamente fueron recorridos, y no reconocidos por la convocada, lo cual será analizado en otro de los apartes del presente laudo arbitral.
8. De manera que, frente al primer problema jurídico planteado, el contenido del oficio M-ADF-2171-311012 no constituye una modificación unilateral del contrato, sino repetimos, el uso legítimo de un derecho derivado del contrato, aceptado por los contratantes, y por ello le es oponible a las partes.

En cuanto, al **segundo problema jurídico**, enunciado como la obligatoriedad para METROLINEA S.A., de utilizar la totalidad de los aplicativos que integran el sistema "SIMLINEA", para determinar el número de kilómetros comerciales efectivamente recorridos, bien lo manifestaron los peritos, en especial el señor CARLOS ALFONSO MANTILLA DUARTE, en su dictamen pericial al dar respuesta a las preguntas formuladas por el apoderado de la convocada, en los siguientes términos: "2. *Qué tipo de procedimientos se utilizó para el reconocimiento, liquidación y pago de los kilómetros programados por Metrolínea S.A. y kilómetros efectivamente recorridos por Movilizamos S.A. entre las fechas comprometidas desde el 02 de julio de 2012 y 09 de febrero de 2014.*", y la respuesta dada por el perito fue: "Con base en la

---

<sup>38</sup> En el Audio de la declaración a la 1 hora, 16 segundos.

*evidencia suministrada, el procedimiento utilizado para el reconocimiento, liquidación y pago de kilómetros programados por Metrolínea S.A. y los kilómetros efectivamente recorridos por Movilizamos entre las fechas comprometidas desde el 02 de julio de 2012 y el 09 de febrero de 2014, corresponde al establecido en el Contrato de Concesión Dos: Revisión del sistema SIMLINEA aplicación de fórmulas y generación de orden de pago. No se observa evidencia que indique la existencia de otro procedimiento. (...)”<sup>39</sup> (Subrayado fuera de texto).*

Y, en el mismo sentido se pronuncia el perito EDGAR EDUARDO GUERRERO RODRIGUEZ, quien presenta la siguiente respuesta: *“El sistema SIMLINEA señalado para la determinación de los kilómetros efectivamente recorridos, está compuesto por tres aplicativos que son: SPA, DESPACHOS y MRC. Se concluye que para la determinación de los kilómetros efectivamente recorridos por el operador no es posible tener en cuenta otra metodología a la antes referenciada de origen contractual. Así las cosas, para el análisis de la evidencia solo se tendrán en cuenta la información proveniente del SIMLINEA y se descarta cualquier registro de diferente procedencia.”*<sup>40</sup> (Subrayado fuera de texto).

En línea con lo expuesto por los mencionados peritos, lo cierto es que el Tribunal llega a la conclusión que no era obligatoria la utilización de todos los aplicativos, menos cuando como quedó acreditado en el proceso<sup>41</sup>, la totalidad de los buses que integran la flota de la convocante; no contaban con los aplicativos en perfecto estado de funcionamiento siendo responsabilidad de la convocante como bien lo evidencia el contrato

<sup>39</sup> Aclaraciones y Complementos Dictamen Pericial Expediente No. 2017 – 00272, Operadora De Transporte Masivo Movilizamos S.A. contra Metrolínea S.A.

<sup>40</sup> Folio 2 del peritaje

<sup>41</sup> El perito Mantilla informa que encontró en la evidencia que se estudió que hay problemas de actualización tecnológica.

suscrito entre las partes, o sencillamente, no estaba habilitado un determinado aplicativo – por ejemplo el MRC - para el caso de los articulados.

Acá conviene efectuar algunos análisis probatorios y conclusiones preliminares. Para el Tribunal, de manera alguna era una posición caprichosa de la convocada la utilización al momento de las liquidaciones de cualquiera de los aplicativos, siempre y cuando emanaran dichos instrumentos de medición del mismo contrato suscrito por las partes; en especial la utilización prioritaria del aplicativo denominado SPA cuya esencia es precisamente calcular los kilómetros efectivamente recorridos, por tanto si la demandante consideraba que la medición procurada por el SPA no era la exacta o incluso la idónea para una catorcena determinada, era su deber contractual en el marco de las actas parciales de liquidación dejar la salvedad puntual indicando por qué razón técnica la lectura de otro dispositivo de medición distinto al SPA le arrojaba unos kilómetros adicionales, estableciendo con claridad los kilómetros y los valores y dejando la constancia meridianamente clara en el acta parcial de liquidación en el mismo momento en que se presentaba el desacuerdo. Pero ello no ocurrió y solo hasta enero de 2018 se elaboró por la demandante un cd que al parecer contenía los consolidados de la información confrontada, cd que como aparece probado en el proceso solo fue conocido hasta en el marco de la presentación de la demanda por su contratante.

Continuando con la resolución del segundo problema jurídico planteado, los siguientes son los argumentos para resolverlo:

- a) En el Punto I denominado "DEFINICION, ALCANCE Y OBLIGACIONES GENERALES" del documento identificado como "PROTOCOLO PARA

INTEGRACION TECNOLOGICA ENTRE LOS CONCESIONARIOS", y suscrito por las partes, el cual se define como *"una serie de pasos o procedimientos a seguir por parte del concesionario encargado de la operación de transporte y del concesionario del Sistema de Recaudo y Control con el objetivo de definir la frontera de obligaciones y responsabilidades de cada concesionario, respecto a los equipos a bordo de cada autobús para la integración física, técnica y tecnológica referida al Sistema de Recaudo y Control y su aceptación por parte de Metrolínea S.A. para la operación dentro del Área Metropolitana de Bucaramanga."*, el cual tiene por objeto *"garantizar que cada autobús que se disponga para la operación, cumpla con las necesidades físicas, técnicas y tecnológicas requeridas por el Sistema Metrolínea y que se cuente permanentemente con los equipos a bordo en óptimas condiciones de funcionamiento. La adherencia a este requerimiento es de obligatorio cumplimiento para la operación, teniendo en cuenta que dentro de cada autobús se tiene considerado un sistema integrado por un conjunto de conexiones físicas y programas informáticos creados para conectar los equipos y dispositivos del sistema de recaudo y del sistema de control a bordo del autobús comunicándolos interna y externamente con el sistema central y con el sistema de Control, para suplir las necesidades de gestión del Sistema Metrolínea."*

- b) A la vez, al punto 1.3. del mencionado documento, y que se denomina *"De las condiciones tecnológicas del Autobús"* determina que las condiciones tecnológicas corresponden al *"suministro, instalación, configuración, pruebas, puesta en funcionamiento, mantenimiento y escalabilidad de los equipos, software, interface, bases de datos y todos los componentes relacionados para la captura de datos, gestión local, transmisión y recepción de los mismos, localizados a bordo del autobús y requeridos para lograr la unidad tecnológica del Sistema*

*Simlínea para su funcionalidad integral, en todo el Sistema Metrolínea.*”, calificando que “el cumplimiento de las condiciones tecnológicas en cada autobús es “un requerimiento interrelacionado e insustituible con las condiciones físicas y técnicas, son de periódica y continua aplicación durante la vida de la concesión de operación y de la concesión del sistema de recaudo y control, para cada uno de los vehículos que constituyen la flota del concesionario de operación y para los equipos del sistema Simlínea.” (Subrayado fuera de texto), siendo ello responsabilidad del concesionario de operación, es decir, de la sociedad convocante, conforme a la Tabla Número 1 del mencionado documento.

- c) En punto de la responsabilidad por la implementación, mantenimiento y operación del sistema, bien lo establece en el mismo punto 1.3. del documento relacionado que estos deberán ser reclamados al concesionario del sistema de recaudo y control, pero siendo obligación del concesionario de la operación, repetimos, entiéndase por tal para los efectos del presente laudo la sociedad convocante, la adquisición e implementación de los equipos y dispositivos requeridos, siendo responsable por los inconvenientes e indebido funcionamiento de las normas que integran el Protocolo de Integración Tecnológica.

Es decir, no le es imputable al concedente, el indebido funcionamiento de algunos de los recursos tecnológicos que alimenta el sistema “SIMLINEA”, pues precisamente es este el problema que han formulado las partes, al determinar la competencia de este tribunal arbitral con fundamento en la pretensión de incumplimiento parcial del contrato imputable a METROLINEA S.A., por no tener en cuenta la totalidad de los aplicativos del sistema para evidenciar el número de kilómetros comerciales recorridos por la flota de autobuses con los que MOVILIZAMOS S.A. presta

el servicio objeto de la concesión, ya que para poder exigir la aplicación de la totalidad de estos, el requisito mínimo sería que los mismos funcionaran correctamente durante todo el tiempo de operación, pero a juzgar por las declaraciones del director de operaciones y de otras pruebas obrantes en el plenario<sup>42</sup>, esto no ocurría, y por ello, no puede concebirse la posibilidad de acudir a registros diferentes a los del sistema, o métodos de determinación de kilómetros comerciales efectivamente recorridos a través de métodos manuales, tablas de Excel que carecen de soporte para establecer que efectivamente los autobuses que integran la flota del convocante, hicieron recorridos o causaron kilómetros, que no han sido pagados por el convocado.

Fíjese sobre el particular, lo manifestado por el jefe de operaciones de Metrolínea sobre la importancia del protocolo de integración tecnológica:

"PREGUNTADO: Para efectos de liquidación de kilómetros efectivamente recorridos qué es lo que aquí nos ocupa, qué importancia tiene que movilizamos o el operador de transporte cumpla con esta obligación de cumplimiento del protocolo de integración tecnológica o sea para la liquidación. Qué importancia tiene la implementación tecnológica Si tiene alguna importancia.  
CONTESTADO: Pues es total la importancia porque si no se hace el proceso de integración tecnológica prácticamente no queda evidencia real dentro de los sistemas aplicativo Simlínea que es el sistema de operación del vehículo. O sea es un proceso que Integra absolutamente todo donde Metrolínea hace la programación de horas, donde hace la transmisión de la programación, donde el concesionario debe hacer la programación, donde los sistemas instalados por el concesionario de recaudo y control cargan la información al vehículo, donde el conductor que es funcionario del concesionario de operación debe tener un respectivo entrenamiento y debe hacer unos procedimientos para que la información de cada uno de los viajes quede Registrada, es todo el compendio del sistema Simlínea que está a disposición del sistema integrado de transporte, masivo, adicionalmente en el componente de recaudo existe un componente adicional que si bien no mide kilómetros como ya lo dije, si deja evidencia clara y precisa de que el vehículo estuvo en Operación a tal

---

<sup>42</sup> Ver el numeral sexto del primero de los problemas jurídicos planteados.

hora y en tal ruta ¿porque es fundamental ese tema? porque en la programación se programa ruta por ruta Entonces si el vehículo sale a operación y no le sirve algún componente vía recaudo se puede evidenciar, pero si el validador que es una función que debe hacer el operario de la concesión queda abierto o no queda abierto este tema de recaudo no se puede utilizar para la liquidación de ese viaje en particular porque nosotros estamos haciendo el proceso de verificación de una ruta y ese vehículo va aparecer abierto en otra ruta. Entonces no se puede convalidar lo uno con lo otro.”

En cuanto a la incidencia del componente tecnológico en la determinación de los kilómetros recorridos y su posterior liquidación, para el momento de los hechos que motivaron la Litis, la testigo Santamaría informa al Tribunal que:

“En los años 2012 empezaron los equipos a bordo que tienen los buses de Movilizamos, a fallar a no transmitir, o sea no transmitían a tiempo la información para poder realizar las liquidaciones, me hago referencia a los equipos que tiene Metrolínea y Tisa tienen para esa liquidación, entonces empezamos con unas diferencias, de hecho yo aquí tengo esas reliquidaciones porque a nosotros nos hicieron pagos parciales, aquí hay unas actas donde nos dicen que en primera instancia se pagó por un aplicativo después de volvió a reliquidar y se aplicó el otro aplicativo y por ultimo dejaron el MRC. (...) lo que se decía en esa época era que tenían pocas antenas y por eso los vehículos no alcanzaban a transmitir, entonces al no transmitir pues las operadoras que nos pagan por kilómetros no nos hacían el pago como debía ser, nosotros nos veíamos perjudicados porque salían catorcenas de mil millones por decirlo y realmente en el aplicativo salían 700, 800 millones que era la base con lo que ellos nos pagaban”<sup>43</sup>

Para este Tribunal es clara la importancia y relevancia de los equipos tecnológicos para la determinación de los kilómetros efectivamente recorridos. Como también de la responsabilidad especialmente de la convocante, para que dichos componentes tecnológicos funcionaran óptimamente en los recorridos, resáltese por ejemplo el aparte de la declaración del director de operaciones en la cual manifiesta que: “el

---

<sup>43</sup> En el Audio de la declaración al minuto 19; y al minuto 20 con 10 segundos.

conductor que es funcionario del concesionario de operación debe tener un respectivo entrenamiento y debe hacer unos procedimientos para que la información de cada uno de los viajes quede Registrada”.

No en pocas ocasiones los declarantes insistieron en que los pagos se hacían exclusivamente a partir de los kilómetros recorridos los cuales podían evidenciarse con cualquiera de los aplicativos. Ahora bien, este Tribunal le llama la atención una parte de la declaración arriba citada de la señora Samalia Santamaría que se constituyó en una constante a lo largo del proceso, y es lo que atañe a la determinación en cuanto a sus fuentes y valor del daño contractual.

Veamos, dice la señora Samalia: “**nosotros nos veíamos perjudicados porque salían catorcenas de mil millones por decirlo** y realmente en el aplicativo salían 700, 800 millones que era la base con lo que ellos nos pagaban” (Resaltado del Tribunal): Si bien la declarante, y para esta colegiatura es claro, está hablando de unas cifras hipotéticas, a lo largo del proceso este Tribunal se preguntaba de dónde provenían los kilómetros adicionales recorridos y no pagados en cada una de las catorcenas. Es que el Tribunal analizando las pruebas obrantes al proceso, incluso el contenido del CD no encuentra un análisis claro y confiable que le pueda llevar a concluir cual es la fuente concreta, acaso puntual, determinada en circunstancias de tiempo, modo y lugar, de esos kilómetros que se dice adeudar por la convocada.

Incluso cuando es llevada al estrado Samalia Santamaría que participó en parte en la elaboración del CD, pues en la declaración de ella informa que el CD fue elaborado por un auxiliar de conciliaciones llamado CARLOS MARQUEZ que ya no trabaja para la convocante, no brinda mayores medios de convicción para establecer la existencia de los pluricitados

kilómetros o cómo se llegó a su cuantificación. Fíjese, por ejemplo, que cuando el Tribunal le pregunta por qué razón es que un aplicativo puede dar una lectura y otro aplicativo una información distinta, argumento fundante de la reclamación deprecada, se limita a manifestar que: *"Porque son tres aplicativos diferentes Doctor, y mide de forma diferente que el bus salga a realizar el viaje o que este en operación"*. Y cuando se le indaga sobre el CD y la tabla que este contiene, para conocer los detalles y criterios de análisis financiero que prueban los kilómetros y su valor responde que: *"si señor ahí está el archivo en Excel tiene unos adjuntos que especifica cuáles viajes o recorridos se encontraron por el aplicativo despachos, cuales por SPA y cuales por MRC, ahí todo está como adjunto"*<sup>44</sup>.

Todo esto le permite concluir al Tribunal que no existe una atribución fáctica respecto del demandado que sea el nexo causal de la responsabilidad contractual, pero por sobre todo no aparece prueba del daño contractual, o para ser más exactos del perjuicio.

Sobre la certidumbre del daño como el requisito más importante para la reparación contractual, la Corte Suprema Sala de Casación Civil ha señalado:

**"En la teoría de la responsabilidad civil si bien se impone al victimario, por regla general, la obligación de resarcir a la víctima, tal compromiso surge inevitable **siempre y cuando su conducta afecte, injustificada y dañinamente, la humanidad o el patrimonio de esta última. Por supuesto, en el evento de no acaecer tal hipótesis, es decir, si a pesar del comportamiento del acusado no se generó un perjuicio o una afectación dañina, simplemente, no hay lugar a la reparación reclamada.** Queda así fijada la regla general en la materia de que no hay responsabilidad sin**

---

<sup>44</sup> Estas aseveraciones a minuto 36 de la declaración en adelante.

daño, aunque exista incumplimiento o infracción a un deber de conducta.

**De tal modo, que el daño constituye un elemento nuclear de la responsabilidad civil, vale decir, su centro de gravedad, el fundamento del fenómeno resarcitorio, siendo necesarias su presencia y su justificación, para que se abra paso la indemnización de perjuicios.**

2.1 Uno de los requisitos que debe reunir **el daño es su certidumbre, es decir, que se demuestre su existencia misma; lo cual ocurre cuando no haya duda de su concreta realización. Además, es el requisito "más importante (...), al punto que, sin su ocurrencia y demostración, no hay lugar a reparación alguna"** (CSJ, SC del 1º de noviembre de 2013, Rad. n.º 1994-26630-01; CSJ, SC del 17 de noviembre de 2016, Rad. n.º 2000-00196-01).<sup>45</sup> Subrayado es nuestro.

En conclusión, el Tribunal considera que en el caso concreto no se demostró la existencia del daño, requisito sin el cual no puede abrirse paso la responsabilidad contractual.

Retomando la solución de los problemas jurídicos, los argumentos expuestos para responder el segundo problema jurídico, nos permite también responder de forma negativa el tercero de los problemas planteados, como es el relacionado con la posibilidad para los concesionarios de utilizar métodos diferentes a los aplicativos del sistema "SIMLINEA", pues bien lo dicen los peritos<sup>46</sup>, no es posible la utilización de estos, pues precisamente los concesionarios aceptaron en forma expresa un sin número de obligaciones y compromisos para garantizar que la información que alimenta el sistema es la determinada en el

<sup>45</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, MP. MARGARITA CABELLO BLANCO. SC20448-2017, Radicación n.º 47001-31-03-002-2002-00068-01, diciembre 7 de 2017.

<sup>46</sup> También el director de operaciones de la convocada, en el mismo sentido de la imposibilidad de utilizar otros mecanismos para determinar los kilómetros recorridos, indica: "no, no porque no hacen parte de la plataforma tecnológica ni de lo que instalo el sistema integrado de transporte masivo para este control, siempre se ha hecho a través de los diferentes aplicativos SIMLINEA, SPA, despachos, MRC, no se ha permitido que exista otra herramienta tecnológica diferente a la que aporta todo el componente tecnológico de la plataforma Simlínea". Minuto 55, 10 segundos

contrato, de allí, que en aquellos casos en que se aceptaron reliquidaciones, fue con base en las evidencias arrojadas por los aplicativos contractuales, y no por otros aplicativos o metodologías adoptadas por los concesionarios.

En este orden de ideas, y teniendo en cuenta, que conforme a la reforma de la demanda presentada por la sociedad MOVILIZAMOS S.A., esta tiene como origen, en términos del convocante en *"que de manera unilateral tomó la determinación de cambiar y/o modificar el sistema de liquidación para pago de los kilómetros efectivamente recorridos por nuestro concesionario, esto es desconociendo las reglamentaciones del Contrato de Concesión Dos firmado entre las partes y el Manual de Procedimiento de Liquidación para Concesionarios de Operación que rige el vínculo contractual, pues de esta manera impidió el cabal cumplimiento de las obligaciones contraídas y vulnero económicamente a mi representada ..."* (Hecho 2 de la reforma de la demanda), no se encontró acreditado tal proceder, pues ni el contrato, ni el manual aludido denota que debía utilizarse la totalidad de los aplicativos para determinar el número de kilómetros efectivamente recorridos, menos aún se repite cuando los sistemas integrados en los autobuses no siempre funcionaban a cabalidad, especialmente aquellos manuales que se implementaban para notificar los casos en los cuales los demás fallaban, siendo ello responsabilidad del concesionario de la operación, en este caso la convocante; ahora, se reconoce por parte de la convocada al dar respuesta al hecho en comento de la demanda, que el documento por el cual se redacta o se fundamenta el hecho, es el multicitado oficio de fecha 31 de Octubre de 2012, pues este tiene como fundamento el oponerse a liquidaciones manuales o por métodos diferentes a los adoptados en el contrato, más cuando el aplicativo TD instalado en los vehículos "no se alimenta", hecho imputable al concesionario, más no al concedente, lo que constituiría una

responsabilidad por su propio acto. Ahora, si el concesionario consideraba que esta decisión era una efectiva modificación unilateral del contrato, tenía el derecho a demandar la legalidad del mismo, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dentro de los plazos que el CPACA determina, pero no lo hizo, y no es el momento para pretenderlo hacer a través de la justicia arbitral, menos aun cuando el marco competencial trazado en el momento de elaborar las pretensiones de la demanda, ninguna alusión realiza frente a este aspecto.

En consecuencia, las pretensiones de la demanda arbitral, serán DENEGADAS, por ausencia de fundamentos jurídicos y falta de prueba de los hechos en los cuales enmarca la verdadera pretensión de la demanda.

Se hace en este punto la precisión consistente en que en lo concerniente a la Pretensión Primera contenida en la demanda reformada: "PRIMERA. Que se nombre e instale el respectivo tribunal de arbitramento.", el Tribunal se abstiene de hacer pronunciamiento por cuanto es de competencia del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bucaramanga.

## **8. DE LAS EXCEPCIONES DE MERITO.**

Antes de analizar las excepciones propuestas por la parte demandada el Tribunal considera necesario precisar el concepto y alcance de las EXCEPCIONES en términos generales. Ellas constituyen el medio de Defensa o de Oposición procesal principal con que cuenta el demandado para controvertir las pretensiones formuladas por la parte demandante, que de acuerdo con nuestra legislación pueden ser Previas o Perentorias. Dado que el estatuto arbitral, norma especial aplicable al presente proceso, impide la formulación de excepciones previas deben

circunscribimos a las denominadas PERENTORIAS, que al decir del maestro HERNANDO DEVIS ECHANDIA "***Son todos los hechos que se dirigen contra lo sustancial del litigio, o sea contra las pretensiones del actor, para desconocer el nacimiento de su derecho o la relación jurídica o para afirmar su extinción, o para pedir que se modifique parcialmente***"<sup>47</sup>. Tratadistas más actuales como el profesor HERNAN FABIO LOPEZ BLANCO adicionan el criterio anterior con una extensión al expresar lo siguiente: "***(..) cuando no obstante que sigue vigente el derecho, se pretende su exigibilidad en forma prematura por estar pendiente un plazo o una condición***"<sup>48</sup>

La doctrina ha clasificado estas excepciones perentorias en:

1. **Perentorias definitivas materiales:** Son las que niegan el nacimiento del derecho invocado o alegan su extinción, tales como la nulidad absoluta, la falsedad del título, la simulación o la falta de una solemnidad *ad substantiam actus*.
2. **Perentorias definitivas procesales:** Son las que sin negar el nacimiento del derecho, buscan anularlo o extinguirlo definitivamente o modificarlo definitivamente, tales como el pago, la remisión, la novación, la prescripción, la confusión, la transacción, la cosa juzgada, la condición resolutoria y la nulidad relativa,
3. **Perentorias temporales o dilatorias:** Son las que sin negar la existencia del derecho ni pretender su extinción, buscan

---

<sup>47</sup> DEVIS ECHANDIA HERNANDO. Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso. Tomo I. Novena Edición. Editorial ABC. Bogotá 1983. Pg. 252

<sup>48</sup> LOPEZ BLANCO HERNAN FABIO. Código General del Proceso. Parte General. Dupré Editores. 2017. Pg.608.

paralizar sus efectos en el respectivo proceso impidiendo que el mismo sea actualmente exigible, tales como el plazo no vencido, la condición no cumplida, la petición de modo indebido que impida resolver de fondo; el contrato no cumplido temporalmente, la falta de prueba de la legitimación en la causa, la falta de integración del contradictorio.

Así las cosas, la sociedad convocada, por intermedio de apoderado judicial, formuló contra la demanda arbitral, las siguientes excepciones de mérito que denominó: "CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE CONCESION DOS POR PARTE DE METROLINEA S.A.", "EJECUTORIA DE LAS LIQUIDACIONES DE VALIDACION Y CONCILIACION DE KILOMETROS COMERCIALES EFECTIVAMENTE RECORRIDOS BAJO ACEPTACION EXPRESA DE MOVILIZAMOS S.A.", "DESCONOCIMIENTO POR PARTE DEL DEMANDANTE EN SUS PRETENSIONES DE LAS OBLIGACIONES RECIPROCAS PLASMADAS EN EL CONTRATO", "EXIGIBILIDAD DE OBLIGACIONES REALIZADAS POR MOVILIZAMOS S.A. QUE NO SE PACTARON CONTRACTUALMENTE A CARGO DE METROLINEA S.A.", "PAGO TOTAL DE LOS COMPROMISOS DE METROLINEA S.A. CONFORME A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES", "INEXISTENCIA DE DESEQUILIBRIO ECONOMICO CONTRACTUAL", "INEXISTENCIA DE ERRORES EN EL PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACION DE KILOMETROS COMERCIALES EFECTIVAMENTE RECORRIDOS", "INCONGRUENCIA ENTRE LOS HECHOS Y LAS PRETENSIONES FORMULADAS POR EL ACTOR", "FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA", "INEXISTENCIA DE KILOMETROS ADICIONALES RECORRIDOS A LOS EXPRESADOS EN LAS LIQUIDACIONES BAJO ACEPTACION EXPRESA DE MOVILIZAMOS S.A.", "CADUCIDAD", la cual ya fue resuelta en la parte inicial del presente laudo.

Previo al pronunciamiento sobre las demás excepciones, esta colegiatura manifiesta que en atención a la excepción denominada: "INEPTA DEMANDA POR INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES"; La excepción se fundamenta en que, según la convocada, las pretensiones de la demandante se encaminan únicamente a solicitar que se condene a METROLINEA S.A. a pagar DOS MIL VEINTISIETE MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y UN PESOS MCTE (\$2.027.885.391) producto de unos supuestos kilómetros comerciales efectivamente recorridos y no pagados, así como el pago de intereses sobre estas y la indexación, circunstancia que contraviene lo dispuesto por el artículo 141 del CPACA, que establece que en tratándose de controversias contractuales las pretensiones deben ser fundamentalmente declarativas de determinado incumplimiento y como consecuencia del mismo se ha pedir la condena resultante del respectivo incumplimiento.

El Tribunal al registrar la argumentación presentada para sustentar esta excepción observa que la parte demandada al parecer no registró que con ocasión de la Reforma de la Demanda la parte activa modificó la formulación de las pretensiones de la demanda originalmente presentada incorporando una nueva que es la siguiente:

"SEGUNDA. Una vez posesionado se declare por parte del Tribunal de Arbitramento que la SOCIEDAD METROLÍNEA S.A. incumplió parcialmente el Contrato de Concesión Dos, para la operación y explotación del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Bucaramanga y su área metropolitana, suscrito con la OPERADORA DE TRANSPORTE MASIVO MOVILIZAMOS S.A."

Frente a este hecho el Tribunal considera que la argumentación de la excepción propuesta pierde su sustento fáctico y por consiguiente la misma no puede ser llamada a prosperar.

Sobre la citada excepción, también se precisa anotar que fundamenta su rechazo el ser esta una de las calificadas como excepciones previas, que debía haberse interpuesto como recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda, pues esta clase de excepciones no son permitidas dentro del procedimiento arbitral, tal y como se desprende del contenido de los artículos 100 numeral 5 del C.G. del P., y el artículo 21 de la Ley 1563 de 2012.

Previas las anteriores consideraciones, se analizarán todas y cada una de las excepciones de mérito propuestas, en el orden indicado, así:

- 1. Frente a las excepciones denominadas "CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE CONCESION DOS POR PARTE DE METROLINEA S.A.", "PAGO TOTAL DE LOS COMPROMISOS DE METROLINEA S.A. CONFORME A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES", "INEXISTENCIA DE ERRORES EN EL PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACION DE KILOMETROS COMERCIALES EFECTIVAMENTE RECORRIDOS", "INEXISTENCIA DE KILOMETROS ADICIONALES RECORRIDOS A LOS EXPRESADOS EN LAS LIQUIDACIONES BAJO ACEPTACION EXPRESA DE MOVILIZAMOS S.A.", "INEXISTENCIA DE DESEQUILIBRIO ECONÓMICO CONTRACTUAL",** estas se analizarán en forma conjunta conforme al marco competencial de estas excepciones propuestas y en el entorno del problema jurídico planteado.

No obstante, y como aspecto preliminar que permite entrar a estudiar cada uno de los medios exceptivos propuestos, debemos llamar la atención, toda vez que el marco pretensional de la demanda arbitral es la existencia de un "incumplimiento parcial de las obligaciones" derivadas del contrato suscrito entre las partes, cual es el ámbito de la responsabilidad civil contractual, cuando estamos en presencia de un contrato regido por las normas del estatuto de contratación estatal.

Si bien es cierto, la responsabilidad de la entidad encuentra fundamento jurídico no solamente en el Art. 90 constitucional, sino también en el Art. 50 de la Ley 80 de 1993, que señala: "Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista.", también es cierto, que el Art. 55 de la Ley 80 de 1993, relaciona la responsabilidad del contratista, en los siguientes términos: "Los contratistas responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la ley. Los consorcios y uniones temporales responderán por las acciones y omisiones de sus integrantes, en los términos del artículo 70 de esta Ley." En este orden de ideas, claro está que son obligaciones de las partes dentro del contrato estatal no solamente las que su texto indica, sino también aquellas que se incluyen en los pliegos de condiciones, de las cargas que las partes en virtud del principio de la autonomía de la voluntad se imponen en el marco contractual.

Por ello en punto del cumplimiento obligacional, es claro que independientemente de los sujetos contratantes, el cumplimiento se

analizará a la luz de las normas del derecho privado que regulan la institución, tal y como se reconoce por parte del Consejo de Estado

"Los contratos, amén de regular o extinguir una relación jurídica de contenido económico, también pueden crear relaciones obligacionales y como quiera que en las relaciones jurídicas de esta estirpe una de las partes (el deudor) debe desplegar una conducta (la prestación) a favor de otra (el acreedor), se sigue que el comportamiento desplegado por el deudor a favor del acreedor solo puede ser tenido como satisfacción de la prestación (pago) en la medida en que se ajuste plenamente a lo convenido.

No otra cosa se deduce de lo preceptuado en los artículos 1626, 1627 y 1649 del Código Civil al disponer, respectivamente, que "el pago efectivo es la prestación de lo que se debe"; que "el pago se hará bajo todos los respectos en conformidad con al tenor literal de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes", y que "el deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes o que se le deba, salvo el caso de convención contraria, y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales.

En consecuencia, se estará en presencia de un incumplimiento si la prestación o se satisface en la forma y en la oportunidad debida y si además esa insatisfacción es imputable al deudor."

Por ello, el deudor solamente cumplirá cuando la prestación se satisfaga en los términos contratados, y por tal razón, será un contratante incumplido, cuando la inejecución de las prestaciones y la forma convenida le sean imputables a él, ya sea porque incumplió totalmente la prestación, o la cumplió de manera imperfecta, o la cumplió de manera tardía, siendo de su resorte probar los elementos de la responsabilidad civil, en especial el daño, pues es este el objeto de la responsabilidad, como es el resarcimiento o reparación del daño causado.

Así pues, es al acreedor demandante, en este caso a la sociedad convocante, a quien le corresponde la obligación de probar los elementos de la responsabilidad conforme a las normas de procedimiento (art. 167 del C.G. del P.), pero también deberá cumplir con la carga que el art. 1757 del C.C. refiere como es que le "incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta."

Por ello, el Consejo de Estado, en sentencia antes citada concluyó:

".. es el acreedor a quien le asiste el interés de demostrar la ocurrencia del tal daño y la cuantificación del perjuicio sin que pueda descargar en el juzgador todo el peso de esa carga, aunque este, desde luego; cuenta con la facultad oficiosa en materia probatoria pero dentro de los precisos límites previstos en el artículo 169 del C.C.A. Luego si el acreedor nada prueba en torno a la existencia del daño y a la cuantía del perjuicio, no podrá abrirse paso la pretensión indemnizatoria pues sin la certeza de la ocurrencia del daño y la magnitud del perjuicio, la responsabilidad está irremediablemente condenada al fracaso."

Se trae a lugar este pronunciamiento, pues precisamente tal y como fue presentado el marco de las pretensiones de la reforma de la demanda y los hechos que la conforman, en punto central de la responsabilidad nace del desacuerdo que para la sociedad convocada presenta la interpretación de una cláusula del contrato, y del incumplimiento, dice ella, de no utilizar los diferentes dispositivos para la determinación, cálculo y pago de los kilómetros comerciales efectivamente recorridos.

Como se decantará en el desarrollo de las excepciones, precisamente el proceso se caracterizó por un incumplimiento de la carga procesal atribuible a las partes, especialmente a la convocante, quien no presentó prueba alguna tendiente a demostrar cual era la fuente para la determinación de los kilómetros efectivamente recorridos que según ella anduvo y no se le pagaron, y este es precisamente el asunto, pues no es cualquier fuente, es una fuente técnica, real, comprobable y sería la que determinara dichos kilómetros, conforme a todo el clausulado contractual, es decir, que para imputar la responsabilidad a la sociedad convocada, debía la convocante demostrar que efectivamente cumplió a cabalidad la totalidad del protocolo de implementación tecnológica, que realizó los mantenimientos preventivos, correctivos, que asumió u ordeno los

cambios de los equipos que debían estar instalados en los buses y fallaron, que los responsables de transmitir la información lo hacían en la forma tecnológica implementada, y utilizando los dispositivos autorizados, pero no con un cuadro tipo Excel del cual no puede obtenerse la información, especialmente la procedencia de la misma.

Y, es que el punto es determinante para la declaratoria de incumplimiento parcial, pues conforme al Art. 1609 del C.C. "En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.", pues no habrá incumplimiento de la sociedad convocada, mientras que la convocante no haya cumplido con su deber contractual.

Visto los antecedentes y el marco de la responsabilidad, analicemos el conjunto de los medios exceptivos formulados por la sociedad convocada:

Tal y como se expone en los antecedentes, el fundamento de la excepción "*CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE CONCESION DOS POR PARTE DE METROLINEA S.A.*" radica en que la sociedad convocada cumplió para la época objeto de la disputa con los procedimientos indicados en el contrato para liquidar los kilómetros comerciales efectivamente recorridos; el fundamento de la excepción "*PAGO TOTAL DE LOS COMPROMISOS DE METROLINEA S.A. CONFORME A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES*", lo respalda señalando que MOVILIZAMOS S.A. no puede endilgar incumplimientos a METROLÍNEA S.A. en kilómetros efectivamente recorridos y supuestamente no pagados, cuando su representada sí validó, liquidó, concilió y firmó junto a MOVILIZAMOS S.A. los kilómetros comerciales que efectivamente recorrió MOVILIZAMOS S.A., observando que en ninguna de las Actas se

dejó constancia de algún tipo de inconformismo relacionado con las pretensiones acá incoadas, y nunca se hizo así durante cada catorcena realizada desde el 2 de Julio de 2012 al 9 de Febrero de 2014, porque efectivamente METROLÍNEA S.A. siempre ha liquidado a MOVILIZAMOS S.A. de acuerdo a las disposiciones contractuales, los kilómetros comerciales efectivamente recorridos.”; el fundamento de la excepción “INEXISTENCIA DE ERRORES EN EL PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACION DE KILOMETROS COMERCIALES EFECTIVAMENTE RECORRIDOS”, lo explica aduciendo que las “Actas de liquidación de las cuales debe decirse que dan fe y certeza de cómo el proceso de validación para la liquidación de kilómetros efectivamente recorridos dentro del Contrato de Concesión Dos no presenta errores, de modo que los kilómetros en ellas liquidados, conciliados y pagados fueron los existentes desde el 2 de Julio de 2012 hasta el 9 de Febrero de 2014, sin poder aducir que por la posible existencia de errores en estas Actas se presentó algún tipo de afectaciones económicas como malintencionadamente lo pretende mostrar MOVILIZAMOS S.A., pues fue esta Sociedad quien junto con METROLÍNEA S.A. validó la manera correcta en que se realizaron las liquidaciones de estos kilómetros en el periodo en que se enmarca la pretensión lo cual deja desestimado el hecho de que se reclamen a estas alturas y ante esta instancia la existencia de supuestas “glosas”, toda vez que no hubo lugar a errores en los procesos de liquidación que refieren las Actas que contienen la aceptación expresa de MOVILIZAMOS S.A. de estar a paz y salvo por el pago de kilómetros comerciales efectivamente recorridos desde el día 2 de Julio de 2012 hasta el día 9 de Febrero de 2014.”; el fundamento de la excepción “INEXISTENCIA DE KILOMETROS ADICIONALES RECORRIDOS A LOS EXPRESADOS EN LAS LIQUIDACIONES BAJO ACEPTACION EXPRESA DE MOVILIZAMOS S.A.”, lo respalda en que : “No existen kilómetros recorridos por MOVILIZAMOS S.A. distintos a los que ya se pagaron por el sistema METROLÍNEA. Y se

es tajante en hablar de esa inexistencia porque ni quisiera la parte demandante es capaz de acreditar esos kilómetros, pues no dice cuántos fueron, cuáles fueron, qué buses los recorrieron, en qué día se dieron, etc. Es decir, MOVILIZAMOS S.A. pretende cobrar unos kilómetros como factor de cobro de unas sumas de dinero y no hace el más mínimo esfuerzo en mostrar su existencia. Aunque es lógico porque no se puede demostrar lo inexistente. Es así que no se sabe de dónde saca los cálculos MOVILIZAMOS S.A. porque ni fáctica ni probatoriamente hablando, se hace mención alguna de las circunstancias de modo, tiempo y lugar de como se dieron esos supuestos kilómetros adicionales.”; el fundamento de la excepción “INEXISTENCIA DE DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO”, lo hace consistir en dos argumentos, el primero: “De los anteriores presupuestos necesarios para que se puedan reclamar desequilibrios económicos y, los daños derivados del mismo en la ejecución de un Contrato Estatal se tiene que para el caso concreto ninguno de ellos le puede ser atribuible a mi representada, toda vez que METROLÍNEA S.A. ha adecuado su actuar bajo el principio de buena fe contractual, en el cual se debe ajustar el comportamiento de los contratantes en el cumplimiento del Contrato y que con el mismo se propende por el cuidado de que el otro extremo no sufra afectaciones o detrimento alguno.”; y el segundo: “Finalmente se tiene que se hace pertinente la prosperidad de la presente excepción toda vez que no se evidencia cuál fue el actuar o hecho cometido por mi representada que terminó causando una pérdida económica a MOVILIZAMOS S.A. así como tampoco se observa dentro del plenario el sustento fáctico, técnico, económico y contractual de la suma de dinero en la cual se concreta el daño económico reclamado y sobre el cual se solicita sea condenada mi representada a pagar a favor de la Sociedad demandante, es decir que carece la presente demanda de los elementos necesarios para que se configure el desequilibrio económico en la ejecución del Contrato de

Concesión Dos y en esa medida el que sea procedente el pago de lo pretendido".

Del análisis de las excepciones formuladas, encuentra el Tribunal que efectivamente la sociedad convocada, habilitada por las partes conforme a la Cláusula 77 del contrato objeto de la litis, cumplió y determinó, repetimos con la facultad contractual a ella concedida, y aceptada por la convocante en el momento de suscribir el contrato, con los procedimientos indicados en el contrato. Pues realmente los únicos mecanismos de liquidación de los kilómetros avalados por el contrato eran los que integraban el sistema "SIMLINEA", sin que fuere posible para la convocante utilizar otros diferentes, más cuando la imposibilidad de utilización de la totalidad de los mismos era una carga imputable al concesionario (MOVILIZAMOS S.A.), quien debía cumplir con el Protocolo De Integración Tecnológica, y la declaración de la Dra. SAMALIA SANTAMARIA ROMERO, junto con la certificación por ella expedida de fecha 11 de Diciembre de 2013, reconoce la falla en la remisión de la información en los siguientes términos "*.. existen diferencias ocasionadas por el hacinamiento de los buses en el Patio Taller Provisional, lo que hace que las terminales de Datos no transfieran la información a centro de control y por ende en las liquidaciones van quedando "GLOSAS" que a la fecha se discriminan así: (...)*" (Fol. 130, Tomo I), es una prueba fehaciente que la causa imputable para el supuesto desequilibrio en la liquidación de los kilómetros efectivamente recorridos, no pueda ser imputable a METROLINEA S.A., sino directamente a quien pretende el reconocimiento de los mismos.

Lo anterior aunado a que la única prueba allegada al proceso respecto de los supuestos "*kilómetros comerciales efectivamente recorridos*", corresponda al diligenciamiento de unos datos en un cuadro Excel,

elaborado directamente por los funcionarios de la sociedad convocante, sin que se encuentre un efectivo sustento de los mismos; situación esta que acompañada con las constancias dejadas por el perito designado por el Tribunal, Sr. CARLOS MANTILLA DUARTE, reconoce que el material con el cual este elaboró su trabajo pericial fue exclusivamente el contenido o integrado dentro del proceso<sup>49</sup>, incluido el cuadro en programa Excel, lo cual no puede ser de recibo, pues este, como ya se dijo, fue elaborado por el mismo convocante. Es de recordar que conforme al Art. 167 del C.G.P., *"Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen"* y que por tratarse de establecer el recorrido de unos kilómetros, cuando estos obedecen a procedimientos señalados contractualmente, los mismos deben provenir de la fuente contractual autorizada, es decir, el sistema SIMLINEA, bien había podido el convocante, en uso de su legítimo derecho de petición, haber solicitado información derivada del sistema a la convocada, para técnicamente haberse confrontado con las evidencias informáticas arrojadas por los equipos instalados en cada uno de los vehículos que integran la flota de autobuses de la sociedad MOVILIZAMOS S.A., para así en forma técnica y con las herramientas contractuales se hubiese llegado a la conclusión que efectivamente dichos kilómetros recorridos, no se encontraban liquidados y pagados, o por lo menos con orden de pago, a su favor.

---

<sup>49</sup> A partir del minuto 46 en delante de la declaración del perito Mantilla Duarte, se manifestó lo siguiente: "PREGUNTADO ¿Usted en algún momento al utilizar la información que utilizó para la columna que se denomina movilizamos, verificó la fuente de la información que contenía ese CD? CONTESTADO: Como estaba en el expediente la tome como una prueba aceptada. PREGUNTADO ¿No se verificó la veracidad de la fuente? CONTESTADO: No, si el tribunal la aceptó como prueba, no vi la necesidad de rechazarla o poner en duda la veracidad de esa fuente". 48Min .33segundos: "Las fuentes utilizadas fueron las actas de liquidación y los datos del cd y se miró el componente que también está dentro del CD de los kilómetros conciliados"

El Tribunal tuvo de presente que, según las alegaciones del convocante, su estructura probatoria estaba contenida por una parte en las actas que aportó Metrolínea contentivas de las liquidaciones; de otra parte, en el CD aportado con la demanda - y que no fue explicado y expuesto con claridad, detalle y rigor por la directora financiera de la demandante en el marco de su declaración - y finalmente con el peritaje del economista CARLOS MANTILLA DUARTE. Pero ni las actas aportadas, ni el CD allegado al plenario, ni tampoco el peritaje que en buena medida se basó en el CD, permiten evidenciar la existencia de kilómetros adicionales recorridos y no pagados. Por el contrario, el peritaje lo que sí demostró es que contractualmente no era obligatoria la aplicación de todos los dispositivos al momento de liquidar, y que, si eventualmente existían diferencias, estas eran por problemas de actualización tecnológica. Veamos:

"No encontré en ninguna parte que deben utilizarse todos a la vez, sino que son los elementos que están disponibles. No encontré en ninguna parte del contrato algo que dijera puntualmente que deban utilizarse todos los aplicativos de manera conjunta para liquidar los kilómetros. Si lo miramos desde una perspectiva contractual no hay una obligación de hacerla, si lo miramos desde una perspectiva técnica sería la mejor opción para contrastar información porque bueno - esto puede considerarse como una apreciación - pero encontré en la evidencia que se estudió que hay problemas de actualización tecnológica. Ahí es donde pueden haber las diferencias en las medidas<sup>50</sup>"

En conclusión, el perito tampoco dio fe de dichos kilómetros adicionales y en últimas su insumo para elaborar el dictamen fue en buena medida información que allegó la convocada a través de un CD.

En este orden de ideas, no queda duda que la sociedad METROLINEA S.A., cumplió con las prerrogativas contractuales para realizar las liquidaciones

---

<sup>50</sup> Minuto 24 con 14 segundos de la declaración del perito en cita.

y reconocimientos de kilómetros efectivamente recorridos, y por ello estas excepciones habrán de prosperar, pues es conocido que cuando las reglas de los contratos son claras, a estas debe acudir para solucionar los inconvenientes propios de la ejecución de un contrato, pues bien lo reconocen los artículos 1627 del C.C., al señalar en punto del cumplimiento de las cargas obligacionales que *"El pago se hará bajo todos los respectos en conformidad al tenor literal de la obligación; (...)"*, y el 1618 de la misma codificación que indica *"Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras"*, pues la prerrogativa contractual contenida en la Cláusula 77 del contrato, acompañada con los motivos claros expresados por METROLINEA S.A., frente a las falencias en la utilización de los dispositivos integrados en los autobuses, y el reconocimiento de la Directora del Departamento Contable de MOVILIZAMOS S.A., es suficiente para determinar el cumplimiento de la convocada en punto del procedimiento de liquidación de los kilómetros efectivamente recorridos.

En lo que respecta a la excepción denominada "EJECUTORIA DE LAS LIQUIDACIONES DE VALIDACION Y CONCILIACION DE KILOMETROS COMERCIALES EFECTIVAMENTE RECORRIDOS BAJO ACEPTACION EXPRESA DE MOVILIZAMOS S.A.", esta colegiatura comparte los argumentos esgrimidos por la Señora Procuradora en sus alegatos de conclusión en punto a dos hechos relevantes para el proceso: la buena fe contractual y las características que deben tener las observaciones, constancias, reparos o salvedades que pueda el contratista dejar en las actas de liquidación.

En materia de contratación estatal, ha informado el Consejo de Estado, debe observarse la buena fe contractual objetiva, que consiste en lo siguiente:

“Ya en anteriores oportunidades ésta Subsección había tenido la oportunidad de pronunciarse sobre éste principio al señalar que:

“El artículo 871 del Código de Comercio, con redacción similar al artículo 1603 del Código Civil, ordena que los contratos deberán ejecutarse de buena fe y que por consiguiente obligan a lo que en ellos se pacte y a todo lo que corresponda a su naturaleza.

Estos preceptos, a no dudarlo, consagran la buena fe objetiva que consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte[iii], y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia.

Por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho, esto es la buena fe subjetiva, sino, se repite, el comportamiento que propende por la pronta y plena ejecución del acuerdo contractual.

En consecuencia, si una parte, por ejemplo, pretende privilegiar su interés en detrimento de los intereses de la otra y alejándose de lo que en esencia se ha convenido, este comportamiento contradice ese deber de buena fe objetiva que debe imperar en las relaciones negociales.”[iv].

Luego sí lo que ocurre en un determinado asunto es que se celebra un contrato y una de las partes contratantes tiene conocimiento del mal estado en el que se encuentra la cosa objeto del mismo, asumiendo los riesgos propios de dicha circunstancia y luego en sede judicial pretende privilegiar sus intereses en detrimento de los intereses de la otra alegando no haber previsto ése tipo de riesgos y alejándose de lo convenido en el contrato y lo manifestado en éste, ese comportamiento resulta totalmente reprochable a la luz del principio de buena fe objetiva al que se hace referencia.”<sup>51</sup>

Ahora, no puede dejarse de lado que el mandato del proceder contractualmente bajo los postulados de la buena fe, se desprende de la

---

<sup>51</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Rad. 88001-23-31-000-2008-00012-01 (40.929), julio 25 de 2015. Esta sentencia guarda el precedente en relación con la Buena fe contractual objetiva, contenido en esta otra providencia: Sentencia n° 25000-23-26-000-1997-03619-01(20401) de Consejo de Estado - Sección Tercera, de 3 de abril de 2013.

norma constitucional, inicialmente, consagrada en el Art. 83 que consagra "Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las que aquellos adelanten ante estas.", mandato que ha sido desarrollado por la Corte Constitucional determinando que "... aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una "persona correcta (vis bonus)": Así la buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la "confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada."

Radizando la esencia de dicho postulado en "uno de los principios fundamentales del derecho, ya se mire por su aspecto activo, como el deber de proceder con lealtad en nuestras relaciones jurídicas, o por el aspecto pasivo, como el derecho a esperar que los demás procedan en la misma forma. En general, los hombres proceden de buena fe: es lo que usualmente ocurre. Además, el proceder de mala fe, cuando media una relación jurídica, en principio constituye una conducta contraria al orden jurídico y sancionada por este. En consecuencia, es una regla general que la buena fe se presume: de una parte, es la manera usual de comportarse; y de la otra, a la luz del derecho, las faltas deben comprobarse. Y es una falta el quebrantar la buena fe."

Por ello, es claro que el tema de la buena fe no es ajeno a la contratación estatal, por el contrario, ha sido desarrollado por los altos tribunales de lo contencioso administrativo, y del cual se han derivado conceptos como el de la confianza legítima, la seguridad jurídica, la denominada teoría de los actos propios, o la prohibición de actuar en contra de los propios actos,

los cuales también han sido, estos desarrollos de importancia y aplicación para el derecho privado.

De manera que tal y como se prevé en todos los estatutos de contratación, los contratos han de ejecutarse de buena fe, así lo reconoce el art. 28 de la Ley 80 de 1993, "De la Interpretación de las Reglas Contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de la cláusula y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.", al igual que el Art. 1603 del Código Civil que indica: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.", y en el mismo sentido lo imponen los Art. 863 del C. Co. que indica e impone a las partes en un contrato "proceder de buena fe exenta de culpa en la etapa precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que causen.", y el Art. 871 del Código de Comercio, al señalar: "Los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no solo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre y la equidad natural."

Es por ello, que el principio de la buena fe, sin duda alguna guía todo el iter contractual, que como dijo el Consejo de Estado, en Sentencia del 3 de Diciembre de 2007, "es considerada como un modelo o criterio de actitud y conducta, que debe preceder al contrato, permanecer durante su ejecución y perdurar luego de su cumplimiento" para concretar y

definir de manera directa tal proceder considerando que "la buena fe impone a la administración y a los interesados en contratar con el Estado un proceder caracterizado por la mutua confianza, diligencia, prudencia y colaboración en la construcción del vínculo jurídico para la satisfacción de la necesidad colectiva y de interés público que se persigue con la contratación estatal."

Por ello y para clarificar el contenido del postulado, considera el Tribunal recordar la sentencia T-568 del 23 de Octubre de 1992, en la que se consideró que la buena fe, se diferencia de otras reglas jurídicas, en cuanto no tienen un contenido típico o preestablecido, sino que éste es el que resulta de las circunstancias concretas relativas a la formación y ejecución de las diferentes relaciones que tiene relevancia para el derecho y que reclaman, de los sujetos que en ellas intervienen, un mínimo de recíproca lealtad y mutua colaboración con miras a preservar los intereses legítimos y alcanzar las finalidades merecedoras de tutela jurídica, para lo cual se precisan comportamientos positivos u omisivos que así no sean formalmente prescritos se imponen si aquellos seria y honestamente persiguen una determinada situación o efecto jurídico."

En líneas anteriores, se expresaba como el principio fundamental de la buena fe ha desarrollado herramientas como la confianza legítima, la seguridad jurídica y la teoría de los actos propios, especialmente este último pues en esencia busca honrar la palabra de los contratantes, el manifestarse de acuerdo con una situación jurídica, es un aspecto que genera efectos para el derecho, y así lo ha reconocido el máximo tribunal de lo constitucional al considerar que: "Un tema jurídico que tiene como sustento el principio de la buena fe es el del respeto al acto propio, en virtud del cual, las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe. Principio

constitucional, que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria, con respecto al propio comportamiento efectuado por el sujeto. Se trata de una limitación del ejercicio de derechos que, en otras circunstancias podrían ser ejercidos lícitamente; en cambio, en las circunstancias concretas del caso, dichos derechos no pueden ejercerse por ser contradictorias respecto de una anterior conducta, esto es lo que el ordenamiento jurídico no puede tolerar, porque el ejercicio contradictorio del derecho se traduce en una extralimitación del propio derecho”.

Pues bien, -y aterrizando lo manifestado sobre el instituto jurídico de la buena fe contractual objetiva en el caso que nos compete, bien lo resaltó el Ministerio Público en su alegación final, el comportamiento de las partes, al dejar constancia en los documentos de conciliación de haberse pagado los kilómetros comerciales efectivamente recorridos, como se aprecia en los cuadros de cada una de estas, sentó su posición de aceptación, y no puede ni podrá tenerse como una inobservancia o desacuerdo el manifestar que no se utilizó uno u otro aplicativo, menos cuando de las mismas pruebas allegadas por ella, se podía establecer que la inaplicación de los mismos, era consecuencia de la propia inobservancia de una de las múltiples obligaciones que el contrato celebrado impone al concesionario, hoy convocante..

Nótese sobre el particular lo señalado por la señora Santamaría cuando se le indaga si la información contenida en el CD - que para la convocante es la prueba fundante de su reclamación - fue dada a conocer a Metrolínea S.A antes de la presentación de la demanda:

"La información sí porque ellos la tienen, pero el cd no, creo que no porque nunca hemos conciliado."<sup>52</sup>

Más adelante señala:

"esta información nosotros la teníamos **desde antes**, pues sabíamos nuestras diferencias. PREGUNTADO POR EL TRIBUNAL: ¿desde antes de qué, por favor nos ubica fechas?, CONTESTADO: **Bueno nosotros teníamos conocimiento de los faltantes que tenía Metrolínea en los periodos de julio de 2012 a febrero de 2014**, ¿porque se tomó la decisión de hacer el cd?, este cd se hizo este año en enero con información que suministró Metrolínea para esa misma fecha, ¿porque lo hicimos así? Para que fuera información que sirviera objeto de la demanda y que estuviera como quien dice, no hubiese inconvenientes en cuanto a que nos fueran a decir que no nos deben esa plata".

Cuando se le pregunta al señor Arenas Rodríguez, sobre la reclamación formulada por Movilizamos, y si en alguna oportunidad previo a la presentación de la demanda, se realizó por la convocante una reclamación formal y precisa sobre kilómetros recorridos y no cancelados, responde:

"PREGUNTA EL TRIBUNAL: ¿Durante el tiempo que ha ejercido como director técnico de operaciones, ha recibido usted por parte de Movilizamos algún requerimiento por no estar acordes los kilómetros comerciales recorridos según el sistema de Metrolínea y los que ellos consideran recorrieron los vehículos afiliados a ese operador? CONTESTADO: Pues desde que estoy como director técnico de operaciones **el requerimiento formal es lo que nos tiene hoy** en este proceso, que ya es un proceso que esta por fuera llamémoslo así, está dentro de los términos procesales y dentro de la ejecución del contrato, **pero de manera puntual que aquí en esta catorcena me faltaron dos kilómetros no, porque se ha hecho efectivamente el procedimiento, la conciliación, la liquidación y se procede al pago.**"<sup>53</sup>

<sup>52</sup> En el Audio de la declaración a la 1 hora, 11 minutos.

<sup>53</sup> En el Audio de la declaración a la 1 hora, 20 minuto, 20 segundos.

En línea con lo anterior, cuando le pregunta el Ministerio Público a la señora Samalia, sobre las salvedades en las actas de liquidación parcial, los valores y kilómetros, la testigo respondió que:

"en las actas quedaba escrito pendiente por revisar aplicativo MRC.

PREGUNTADO POR LA PROCURADORA: pero ¿Por qué no dejaban de una vez señalado cuales eran las diferencias y los valores?

CONTESTADO: Porque para esa época solamente Movilizamos tenía los valores, ni Metrolínea ni Tisa habían revisado esa aplicativo entonces no se podía dejar, porque era solamente lo que decía Movilizamos.

PREGUNTADO PROCURADORA: Aclárame porqué en respuesta anterior ustedes dijeron que si tenían acceso al aplicativo MRC. ¿no podían ustedes saber las diferencias entre lo que le liquidaban y lo que quedaba pendiente?

CONTESTADO: claro nosotros conocíamos las diferencias y por eso fue que empezó como el proceso de cobro hacia Metrolínea, pero Metrolínea nunca revisó ese aplicativo.

PREGUNTADO POR LA PROCURADORA: ¿La pregunta es específica porqué dejaron solamente pendiente por revisar y no dejaron específicamente valores y kilómetros que estaban pendientes?

CONTESTADO: Porque Metrolínea no aceptaba que pusieramos el valor y kilómetros porque ellos no estaban seguros si era ese o no el valor.

PREGUNTADO POR LA PROCURADORA: ¿quedo algún registro de que ustedes si tenían esos valores, o de que los obligaron a no dejar esas constancias en las actas?

CONTESTADO Quedo registro noo.., era lo que se firmaba en las actas, solamente quedaba pendientes por revisar MRC.

PREGUNTADO POR LA PROCURADORA: ¿sírvase informarnos porqué dejaron tan abierto el pendiente revisar y no fijaron una fecha específica de cuando iba a ser la revisión?

CONTESTADO Porque tanto los liquidadores de Metrolínea como de Tisa no tenían la potestad de decidir cuándo nos volvíamos a reunir para conciliar, ellos debían elevar a su jefe inmediato.

De los apartes entrecomillados este Tribunal colige sin mayor hesitación que para el periodo objeto de la reclamación del supuesto incumplimiento contractual, el convocante no efectuó sus reclamaciones y salvedades con el detalle, precisión y rigor técnico y metodológico que se ameritaba, detalle y precisión que según el apoderado de la convocante y de la misma directora financiera de Movilizamos está contenida en el CD – que dicho sea de paso se catalogó por el convocante como prueba pericial no reuniendo los requisitos formales del artículo del artículo 226 del C.G.P –

prueba digital que solo fue conocida por la convocada hasta el momento de la presentación de la demanda. Y, desde luego, el no informar a su contratante formalmente y con todo detalle en el marco de las liquidaciones que se iban surtiendo sobre las diferencias de kilómetros y respectivos valores para después ser sorprendidos con una demanda, ciertamente es un comportamiento que no puede pasar inadvertido por el Tribunal.

Esto es tan diamantino que cuando se le pregunta al director de operación de Metrolínea S.A sobre la existencia de una reclamación informa que *"pues desde que estoy como director técnico de operaciones el requerimiento formal es lo que nos tiene hoy en este proceso", "pero de manera puntual que aquí en esta catorcena me faltaron dos kilómetros no", es decir el convocante omitió realizar las reclamaciones con claridad y de manera formal en las actas de liquidación parcial.*

Por ello esta Colegiatura insiste en que no se observa constancias en las actas de liquidación, que tengan fortaleza alguna, o cumplan con los requisitos que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha indicado, pues bien lo señala la corporación "las constancias que el contratista inconforme consigna en el acta no pueden ser de cualquier tipo; es necesario que reúna las siguientes características: que identifique adecuadamente los problemas surgidos con ocasión del contrato, es decir, que sea clara, concreta y específica; no obstante no tiene que expresar técnicamente toda una reflexión y justificación jurídico-económica, pero si debe contener, así sea de modo elemental, la identificación del problema, es decir, los motivos concretos de inconformidad (..)"

Todo lo anterior, permite resaltar, como lo hizo el Ministerio Público en sus alegaciones finales, que el obrar por parte de la sociedad convocante,

no se ciñó propiamente a estos postulados, pues si como lo dijo la testigo SAMALIA en las citas a su declaración anotadas arriba, que *"nosotros teníamos conocimiento de los faltantes que tenía Metrolínea en los periodos de julio de 2012 a febrero de 2014"*, ¿por qué razón no se incluyeron en las actas de liquidación parcial?, la respuesta que presenta la testigo es que Metrolínea no aceptaba que pusiéramos el valor y kilómetros porque ellos no estaban seguros si era ese o no el valor, sin embargo a renglón seguido afirma que no quedo registro documental de que los obligaran a no dejar esas constancias en las actas.

Con el análisis objetivo de las pruebas se concluye que guardaron silencio, cuando en todas las actas de conciliación para el pago de kilómetros comerciales efectivamente recorridos, se dejaba las siguientes constancias, en la mayoría de ellas "Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada y de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo." (Ver actas 016, 017, 018, 109-1, 020, 020-1, 021, 021-1, 022, 023, 024, 025, 026, 026-1, 027, 027-1, todas de 2012: actas 001, 001-1, 002, 004, 004.1, 006, 006-1, 007, 008, 009, 010, 011, 012, 013, 014, 015, 016, 017, 018, 019, 020, 021, 022, 023, 024, 025, 026, 027, 028, y 029, todas del año 2013; y, las actas 002, 003, 004, 005 y 006 de 2014) y otras en las que se indicaba: "Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada y de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo por concepto de reliquidaciones ya que algunos viajes no están registrados en los respectivos sistemas destinados con este in (...)" (Ver actas 015-1, 016-1, 017-1, 017-2, 018-1), esta constancia, que hace parte de las actas suscritas por las partes contratantes, no puede darse un significado diferente al compartir, o estar de acuerdo en la liquidación, y deja observar que la actitud de las partes, en este caso la convocada, es clara, pues en aquellos casos en los cuales

consideró la necesidad de reliquidar, procedió a realizarlo como se observa en la prueba documental aportada; no podría decirse lo mismo de la sociedad convocante, pues ella al formular la demanda arbitral, y pretender el reconocimiento de kilómetros comerciales efectivamente recorridos, sobre los cuales había suscrito y aceptado la constancia de estar conforme con los valores a pagar, es propio, precisamente de esa conducta que el tribunal de lo constitucional y de lo contencioso administrativo, ha calificado como actuar en contra del postulado de la buena fe, y estar obrando en contra de sus propios actos y conducta, lo cual no puede ser de recibo en sede de este tribunal, y así se reconocerá al aceptar y declarar como probada la excepción objeto de análisis.

## **2. Frente a la excepción denominada "DESCONOCIMIENTO POR PARTE DEL DEMANDANTE EN SUS PRETENSIONES DE LAS OBLIGACIONES RECIPROCAS PLASMADAS EN EL CONTRATO".**

Expone el excepcionante como fundamento, el contenido de la Cláusula 15, que señala como "*OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO*", en su literal T): "*Cumplir con el Protocolo de Integración Tecnológica entre Concesionarios de conformidad con el Anexo No 4 del presente contrato, para la entrada en operación de transporte de los autobuses al Sistema Metrolínea y durante la operación del mismo.*", y el contenido de la Cláusula 15.4, que consigna: "**Obligaciones Respecto los Equipos, Elementos y Dispositivos A Bordo de los Autobuses que Forman Parte del Sistema de Información del Sistema Metrolínea:** a) *Adquirir, instalar, configurar, probar y poner en marcha a través del concesionario del Sistema de Recaudo y Control del Sistema Metrolínea; los equipos, elementos y dispositivos pasivos y demás componentes a bordo de los autobuses descritos en el Protocolo de Integración*

Tecnológica entre Concesionarios de conformidad con el Anexo No 4. **b)** Proveer, en coordinación con el concesionario del Sistema de Recaudo y Control del Sistema Metrolínea responsable de la integración tecnológica del Sistema Metrolínea, los espacios necesarios para los equipos y dispositivos que serán instalados en cada autobús para la operación del Sistema Simlínea. **c)** Recibir la custodia de los equipos, dispositivos, componentes y elementos del Sistema Simlínea que estarán a bordo del autobús. **d)** Responder por el costo relacionado con el mantenimiento preventivo, predictivo y correctivo de los equipos, dispositivos, componentes y elementos del Sistema Simlínea que estarán a bordo de los autobuses por él adquiridos, conforme a los requerimientos de mantenimiento y funcionamiento establecidos por el fabricante y revisados por el responsable de la integración tecnológica. En todo momento, las revisiones, los mantenimientos o cualquier otra acción que se realice sobre los equipos a bordo del autobús que forman parte del Sistema Simlínea, deberán ser intervenidos por el concesionario del Sistema de Recaudo y Control del Sistema Metrolínea. **e)** Reponer los equipos a bordo del autobús, cuando estos sufran deterioros o presenten fallas por el uso inadecuado que le haya dado el concesionario de operación o sus dependientes, asumiendo bajo su costo y responsabilidad, la instalación de los mismos. **f)** Disponer el área específica de soporte tecnológico para el uso permanente del concesionario del Sistema de Recaudo y Control del Sistema Metrolínea. La ubicación de dicha área podrá ser modificada de acuerdo con las necesidades de operación del Sistema Metrolínea, previamente aprobada por Metrolínea S.A. **g)** Permitir el ingreso del concesionario del Sistema de Recaudo y Control del Sistema Metrolínea, para la intervención de los equipos, elementos y dispositivos a bordo de los autobuses en cualquier momento que se requiera, para el adecuado funcionamiento de los mismos, previo procedimiento que Metrolínea S.A. acordará en conjunto

*con los concesionarios operadores de transporte y con el concesionario del Sistema de Recaudo y Control.-. h) Abstenerse de realizar instalaciones o intervenciones a los equipos o a los componentes de los equipos y dispositivos a bordo de los autobuses directa o indirectamente o a través de agentes o personas diferentes al concesionario del Sistema de Recaudo y Control del Sistema Metrolínea. Sin perjuicio de las sanciones por el incumplimiento de las acciones descritas, el concesionario deberá responder por las sanciones pecuniarias que le hayan impuesto al concesionario del Sistema de Recaudo y Control y que se deriven del incumplimiento del concesionario de operación de las obligaciones aquí contenidas."*

Efectivamente, esta cláusula contractual, aceptada por MOVILIZAMOS S.A., es una verdadera obligación a su cargo, que debe cumplir a cabalidad, generando con ello una responsabilidad en caso de no cumplirse, o de cumplirse imperfectamente o de cumplirse tardíamente, como lo enseña el artículo 1614 del C.C., pues conforme a la misma, era de su resorte, la adquisición, instalación, mantenimiento, uso, reposición, entre otros compromisos, para garantizar que efectivamente la información relacionada con los kilómetros efectivamente recorridos llegará a los terminales del sistema "SIMLINEA", para garantizar una liquidación acorde con la realidad, sin que se pudiese, como ya se ha repetido, utilizarse sistemas o mecanismos diferentes para la determinación de los mencionados kilómetros comerciales efectivamente recorridos, y fue precisamente el incumplimiento de esta carga, la que motivo, la que determinó la decisión de no utilizar todos los aplicativos en la liquidación, decisión ésta que conforme se ha explicado, se encuentra ajustada al clausulado contractual, y aceptada por el operador, pues este guardo silencio respecto a la determinación, silencio legal, pues bien habría podido atacar a través de los medios de control establecidos en el

CPACA la determinación del ente gestor, si la consideraba arbitraria o ilegal, pero no lo hizo, ni allí, no ahora, pues dentro del marco de las pretensiones, en momento alguno se somete a consideración del tribunal la ilegalidad de esta determinación, si es que se considera violatoria de la ley, en este caso de la ley contractual. Precisamente es este el argumento central para considerar que la excepción propuesta está llamada a prosperar, ya que efectivamente la sociedad MOVILIZAMOS S.A., reconoce que los dispositivos del sistema instalados en sus autobuses, en algunas ocasiones no funcionaban, siendo de su carga el mantenimiento o cambio de los mismos, y el suministro de la información a través de los demás dispositivos, incluidos los radios que se encuentran instalados en cada uno de ellos. De manera que si llegase a tenerse kilómetros efectivamente recorridos, no reconocidos por METROLINEA S.A., son aquellos que arroje el propio sistema "SIMLINEA", el cual depende de la correcta alimentación y envío de datos, que de llegar a fallar, no era por causa imputable a esta sino al concesionario, conforme al marco obligacional por este asumido, no solamente en el contrato, sino en los anexos que integran el mismo, los cuales hacen parte del mismo clausulado contractual.

Ahora bien, de conformidad con la Cláusula 15 del "CONTRATO DE CONCESIÓN DOS PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE MASIVO DE PASAJEROS DEL SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO DEL ÁREA METROPOLITANA DE BUCARAMANGA", el Convocante OPERADORA DE TRANSPORTE MASIVO MOVILIZAMOS S.A., adquirió las siguientes obligaciones:

*"A través del presente contrato, el concesionario adquiere las siguientes obligaciones, sin perjuicio de las establecidas en otros apartes del mismos o en las leyes aplicables:*

*"15.1. Obligaciones Respecto a la Prestación del Servicio Público de Transporte Terrestre Masivo:*

*"(..)*

*""i) Asumir la totalidad de riesgos derivados de la celebración y ejecución del presente contrato, salvo por aquellos riesgos expresamente asignados a Metrolínea S.A. o asumidos por terceros.*

*"(...)*

*""t) Cumplir con el Protocolo de Integración Tecnológica entre Concesionarios de conformidad con el Anexo 4 del presente contrato, para la entrada en operación de transporte de los autobuses al Sistema Metrolínea y durante la operación del mismo.*

*""cc) Mantener en condiciones óptimas de funcionamiento, seguridad y limpieza los vehículos, así como los equipos adicionales que se instales en los autobuses, o en cualquier otra instalación o dependencia a su cargo, destinados al Sistema Metrolínea de conformidad con lo previsto en este contrato.*

*"(...)*

*"oo) Informar de manera inmediata al Sistema de Seguridad Física del Sistema Metrolínea y al centro de control, mediante los recursos tecnológicos dispuestos en el autobús sobre las anomalías presentadas a bordo del vehículo que representen riesgos para los clientes del Sistema Metrolínea, para el vehículo o cualquiera de los recursos humanos y/o tecnológicos a bordo.*

*"rr) En general, la obligación de cumplir cabalmente con las condiciones y modalidades previstas contractualmente para la ejecución y desarrollo de la presente concesión, encontrándose el concesionario obligado a actuar dentro del marco de sus obligaciones contractuales y teniendo en cuenta particularmente el carácter público del servicio que presta."*

A folio 125-129 del Cuaderno N° 1 obra escrito mediante el cual la Convocante formuló Reclamación Directa a la Convocada, el día 16 de diciembre de 2013, y en el numeral 7° de este escrito de Reclamación Directa, indica:

*"7. Como perjuicio agregado a la presente, se encuentra la deuda económica correspondiente a las denominadas (glosas), de las cuales al día diecisiete (17) de Noviembre no se han cancelado por parte de Metrolínea S.A. la suma de MIL SETECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL CIENTO SESENTA Y OCHO PEROS (\$1.799.539.168.00), equivalentes a los kilómetros recorridos dejados de cancelar por fallas en la transmisión de datos entre los buses y el sistema SIMLÍNEA, las cuales no han sido*

*liquidados por su parte y que no son inconvenientes imputables a Movilizamos S.A."*

Y a folio 116 del expediente obra documento denominado FORMATO UNICO DE RECLAMACIÓN DIRECTA suscrito por la OPERADORA DE TRANSPORTE MASIVO MOVILIZAMOS S.A. y se resalta el numeral 4 visible a folio 120, así:

**"4. SOLUCIÓN A LAS GLOSAS:**

*"Respecto al tema concerniente a (Glosas), es preciso indicar que a la fecha Metrolínea S.A. adeuda por este concepto la suma de \$1.976.106.252, equivalentes a los kilómetros recorridos dejados de cancelar por fallas en la transmisión de datos entre los buses y el sistema SIMLINEA, las cuales no han sido liquidados por su parte y que no son inconvenientes imputables a Movilizamos S.A., a lo cual es necesario indicarle al Ente Gestor que es preciso de su parte rememorar lo siguiente:*

*"I. Las (Glosas) en las liquidaciones sencillamente no pueden seguir presentándose, toda vez que Movilizamos S.A. ha garantizado inclusive por medios externos al propio SITM, mecanismos alternativos para la confrontación de esta información, con el fin de no generar posteriores llamados de atención por parte del Ente Gestor, al igual que siempre hemos estado prestos a solucionar de manera efectiva y eficaz, los inconvenientes que de nuestra parte puedan generar la inducción de las denominadas (Glosas).*

*"No obstante, es necesario realizar la observación y hacer un llamado a la compilación de los elementos que crea necesarios y la información (...) para que desarrolle esta credibilidad en sus sistemas de liquidación, los cuales por acciones exógenas de los demás contratistas del sistema, hacen que nuestra operadora se vea afectada, a lo cual solo y únicamente deberá hacerse responsable Metrolínea S.A. como Gestor administrativo del SITM de Bucaramanga.*

*"II. Respecto de las acciones tomadas por Metrolínea S.A. para mitigar la aparición de las denominadas (Glosas) en las liquidaciones por pagos de kilómetros recorridos, es de indicar que no han generado el objetivo previsto por ustedes y que de esta manera se siguen presentando los inconvenientes y en ocasiones por montos más elevados dentro de las liquidaciones que quincenalmente el Ente Gestor debería pagar a Movilizamos S.A.*

*"En este orden de ideas, es de precisar que las aseveraciones que en el oficio de respuesta a la reclamación directa motivo de la presente*

*se han dado a conocer por Metrolínea S.A., respecto de las "(...) acciones de mejora, bien conocidas por ustedes(...)", no encontramos tipificadas ni mucho menos especificadas textualmente dichas acciones, y por el contrario solo podemos hacer referencia a las exclamaciones verbales que bien han comentado los interventores del contrato y algunas que de parte de la gerencia se han expuesto, por ejemplo la promulgada por la señora Gerente de Metrolínea S.A., Dra. Laura Cristina Gomez Ocampo, quien el día 12 de diciembre de 2013, en reunión llevada a cabo en la sala de juntas de las instalaciones del Ente Gestor, textualmente replicó "(...) señores gerentes de los operadores, deben motivar las reclamaciones por las glosas para que sean pagadas, yo misma las estoy revisando y autorizando para que se cancelen (...)", por tanto, es deber de Metrolínea S.A. propender por la pronta cancelación de estas (Glosas) y a su vez, sentar precedentes de manera textual y a fines de que la operadora exija tácitamente su cancelación, más aún cuando no son errores de verificación que recaigan a Movilizamos S.A. y si imputables a desordenes logísticos de Metrolínea S.A. y su concesionario del sistema de recaudo y control.*

*"III. De otra parte, Movilizamos S.A. desconoce la actividad de desagregación de las (Glosas) que indica Metrolínea S.A. para identificar de manera puntual a que corresponde cada una, además siendo el caso que es para nosotros de total interés participar activamente de este procedimiento y a su vez conocer puntualmente las fallas para coadyuvar en la solución de las mismas y de manera inmediata, por lo cual consideramos necesario para el caso participar dicho sistema y la información que se está implementando, de manera conjunta con Movilizamos S.A. para los fines del caso. (...)"*

A folio 112 del cuaderno 1 obra Acta de Reunión N° 10 de 01 de 06 de mayo de 2014, en la cual consta que los OBJETIVOS de esta reunión es "Reunión convocada mediante oficio radicado 918 del 28 de abril de 2014 relacionada con la Reclamación Directa 1777", en la cual consta que MOVILIZAMOS S.A. intervino de la siguiente manera:

*"Movilizamos S.A. propone hacer una modificación a la cláusula de integración del contrato incluyendo como mecanismo subsidiario el MRC, teniendo en cuenta que los equipos a bordo como el TD y el radio fallan constantemente, el mantenimiento y la compra de los mismos resulta difícil teniendo en cuenta que los radios se mantienen y se compran en el exterior, y los TD son responsabilidad de TISA y se dañan constantemente.*

Y METROLÍNEA S.A. intervino de la siguiente manera:

*"Metrolínea S.A., deja constancia de que mientras no se modifique la cláusula de integración tecnológica se seguirá aplicando lo ya dispuesto.*

*"Así mismo se va a oficiar a TISA por parte de la Dirección de Operaciones con el objeto de buscar soluciones para superar las falencias de los equipos a bordo (TD - RADIOS -CENTRO DE CONTROL) en la transmisión de la información, teniendo en cuenta que las antenas instaladas por TISA no tienen cubrimiento en la totalidad del AMB, de tal forma que esta situación se corrija o se opte por otro mecanismo tecnológico, otro tipo de radios que se acoplen con los existentes, que sean más accequibles y que se consigan en el país."*

A folio 102 obra Acta de Reunión N° 02 de 13 de junio de 2014, en la cual consta que los OBJETIVOS de esta reunión es "REANUDACION DEL ACTA 01 RELACIONADA CON LA RECLAMACIÓN DIRECTA N° 1777". En la cual METROLÍNEA S.A. interviene de la siguiente manera:

*"Así mismo, respecto a los TD y RADIOS se continuará aplicando lo dispuesto en el contrato, encontrándonos a la espera del informe que presente el P.E. Recaudo y Control relacionado con este tema, para lo cual el Director de Operaciones manifiesta será allegado la próxima semana."*

A folio 76 obra Acta de Reunión N° 04 de 29 de agosto de 2014, en la cual consta que los OBJETIVOS de esta reunión es "CONTINUACION NEGOCIACIÓN DIRECTA CONFLICTO SURGIDO MEDIANTE RECLAMACIÓN DIRECTA CON RADICADO N° 1777 DE DICIEMBRE 16 DE 2013".

En la cual quedó consignado lo siguiente:

*"(...) En dicha acta quedo pendiente resolver un solo punto de la reclamación relacionado con las denominadas glosas para lo cual entidad indagó a través de comunicación N° 2172 de 31 de julio de 2014 dirigida a la Dirección Financiera de la entidad sobre la existencia*

y reconocimiento de glosas a favor del concesionario, dando respuesta mediante comunicación radicado N° 2202 de 1 de agosto de 2014 manifestando que en la dirección financiera no existen glosas relacionadas con la operación.

"Así las cosas es necesario recordar que con respecto a las denominadas glosas relacionadas en las peticiones 1, 4 y 5 de la reclamación a las que hace referencia Movilizamos, se expresa que el valor de las mismas es de \$1.799.539.168 de acuerdo a lo señalado en el numeral 7 de los hechos de la reclamación con corte al 17 de noviembre de 2013, las mismas corresponden a los siguientes períodos de liquidación: (...)

"Adicionalmente Movilizamos manifiesta que con posterioridad a la fecha de corte indicada en el numeral 7 se generaron otras glosas durante las siguientes quincenas sumando en total \$1.976.106.252 así: (...)

"Con respecto a este punto la entidad manifiesta que dentro del contrato de concesión no se prevén las denominadas glosas a las que hace referencia el concesionario, tal y como se expuso en la comunicación con la cual se dio respuesta inicialmente a la reclamación, razón por la cual no es procedente la petición relacionada en el punto 4 de elaborar un procedimiento de liquidación para el reconocimiento de las denominadas glosas, por lo cual las partes acuerdan no continuar con la reclamación de esta petición.(...)

Continúa folio 79: "(...) No obstante lo anterior manifiesta el concesionario que el cumplimiento del plan de mejoramiento estaba supeditado a la exposición y análisis previo del informe del profesional especializado de recaudo y control en cuanto a las fallas o falencia del protocolo de integración tecnológica de los concesionarios (TD y RADIOS), el cual se presentó de manera posterior a la terminación del plazo adicional otorgado por Metrolínea.

"Movilizamos solicita que en atención a que la cláusula 80 numeral se tenga en cuenta la validación de kilómetros a través de MRC de manera excepcional o subsidiaria toda vez que la validación de pasajes generan viajes que constituyen pago al sistema Metrolínea, además es una fuente de validación de viajes externa de Movilizamos y hace parte de la integración tecnológica del sistema siendo partícipe de la esencia de Metrolínea.

"Habiéndose designado por los miembros de la Junta Directiva de Movilizamos al Doctor ALFONSO PINTO AFANADOR, y con el objeto de tomar una decisión de fondo, se le concede el uso de la palabra, para que se pronuncie al respecto:

*"Como es de conocimiento de Metrolínea S.A. a partir de las catorce del 14 de julio al 27 de julio de 2014 hasta la fecha, se ha suprimido la aplicación de conciliación con el sistema MRC generando inconformidad en las liquidaciones de pago por realizarse de manera unilateral.*

*"Metrolínea manifiesta nuevamente que los instrumentos o mecanismos tecnológicos establecidos en el contrato para el reconocimiento y liquidación de los viajes que constituyen pago por los kilómetros recorridos por el concesionario y los cuales fueron plasmados en el procedimiento adoptado por la entidad y el cual fue socializado y notificado al concesionario: son los aplicativos conocidos como el Sistema de Planeamiento Y Análisis (SPA) y el aplicativo de Despachos del Centro de Control.*

*"Ya que estos, mecanismos son el mecanismo idóneo para el registro de los kilómetros efectivamente recorridos producto de la actividad de transporte ejecutada por el concesionario, en cambio el Mercury Cristal Report (MRC) constituye un elemento tecnológico para el registro de validaciones en el Sistema Integrado de Transporte, por lo tanto este mecanismo no puede entenderse como válido para hacer la medición de kilómetros recorridos.*

*"Ahora, Metrolínea S.A. ha estudiado la posibilidad de incluir otro medio o mecanismo inalterable y preciso al procedimiento que permita comparar los datos obtenidos del Sistema Simlínea con otro sistema similar que permita confrontar la unidad (kilómetros) que se pretende verificar, que en este caso es el MODULO DE MONITOREO DE LA OPERACIÓN contemplado en el nexo 4, 5 Y 6 DE LOS Contratos de Concesión para la operación SITM.*

*"El módulo de monitoreo es una herramienta establecida en el contrato cuya funcionalidad permite captar varias variables (temperatura del motor, presión de aceite, aceleración, etc.) entre las cuales también se encuentra los kilómetros recorridos por los vehículos.*

*"Es importante señalar que el anexo 4 señala tanto los límites como las obligaciones de cada concesionario en relación a los equipos a bordo de los autobuses, en este orden de ideas, cada vehículo autorizado para la operación dentro del Sistema Metrolínea debe cumplir con la disponibilidad de todos y cada uno de los equipos y dispositivos electrónicos a bordo, en condiciones adecuadas y efectivas de funcionamiento dentro del Sistema Simlínea, configurado e integrado con el equipo de TISA, máxime cuando es un requerimiento contractual y técnico contar con el Módulo de Monitoreo a bordo del autobús, y del cual a la fecha el concesionario de operación se encuentra en mora de su cumplimiento.*

*"Al respecto el Dr. ALFONSO PINTO AFANADOR manifiesta que el Gerente de la época Doctor FELIX FRANCISCO RUEDA FORERO autorizó la exoneración de instalación de éste módulo.*

*"Metrolínea S.A. manifiesta que no tiene conocimiento del hecho, motivo por el cual solicitamos alleguen el documento respectivo donde conste la autorización u aprobación por parte del Gerente de la época.(...)*

A folio 73 obra oficio de 16 de septiembre de 2014 dirigido a OPERADORA DE TRANSPORTE MASIVO MOVILIZAMOS S.A por METROLINEA S.A., cuya referencia es MODULO DE MONITOREO DE LA OPERACIÓN. En este oficio se consignó lo siguiente:

*"Conforme a lo expresado por ustedes en la audiencia de reclamación, la cual tuvo lugar el pasado 29 de agosto del año 2014, y según lo manifestado por el Doctor Alfonso Pinto en relación a la presunta excepción del módulo de monitoreo de la operación, nos permitimos adjuntar dos (2) folios relacionados a este tema y los cuales fueron recuperados del archivo del ente gestor.*

*"Acorde al oficio M-DOP-16283-291009 se hace el señalamiento por parte del ente gestor para que se cumpla el requisito contractual para la instalación del Módulo de Monitoreo de la Operación, en donde se hace el hincapié a la necesidad de trabajar coordinadamente con el Concesionario de Recaudo y Control, al tratarse de un tema técnico interrelacionado entre concesionarios de operación y el recaudador. Seguido el oficio previamente relacionado, el ente gestor brindo respuesta con el oficio M-DOP-16488-131109, en respuesta al comunicado radicado GG-M5.0411.09 de Movilizamos y en cuya respuesta el contenido descrito otorga a Movilizamos una prórroga de cuatro (4) meses para cumplir con la instalación de módulo en mención, no entendiéndose lo anterior como la eliminación a la exigencia contractual en relación al módulo de monitoreo de la operación.*

*"Con lo anterior, a la fecha el Concesionario de Operación que usted representa se encuentra en mora de cumplimiento a las condiciones técnicas y tecnológicas en relación al módulo de monitoreo de la operación, toda vez que este módulo no se encuentra instalado, configurado e integrado con el Sistema Simlínea, tal y como lo es requerido acorde a los anexos técnico del contrato de concesión.*

*"La posición del ente gestor en relación a esta condición técnica y tecnológica es clara, para lo cual una vez más invitamos a Movilizamos S.A. para cumplir con las exigencias contractuales, siendo estas no solo una obligación, sino además una necesidad funcional para el Sistema de Control y Gestión de Flota, la cual se traduce en la mejoría sustancial para el control y supervisión de la operación de transporte, lo cual garantizaría para los usuarios el mantenimiento de los estándares de calidad, seguridad y accesibilidad requeridas por el Sistema Integrado de transporte Masivo, para lo cual se concede dos (2) meses para dar cumplimiento a la implementación del módulo en mención: (..)"*

A folio 74 del expediente cuaderno 1 obra oficio M-DOP-16283-291009 de 29 de octubre de 2009 mencionado en el oficio anterior.

A folio 75 del expediente cuaderno 1 obra oficio M-DOP-16488-131109 de 13 de noviembre de 2009 mencionado en el oficio anterior.

A folio 39 cuaderno 1 obra Acta de Reunión N° 07 del 01 de octubre de 2015, en la cual consta que los OBJETIVOS de esta reunión es "REUNION DE NEGOCIACION DIRECTA ESTIPULADA EN LA CLAUSULA 150 DEL CONTRATO DE CONCESION DOS, INSTAURADA POR MOVILIZAMOS S.A. MEDIANTE OFICIO RADICADO N° 1777 DEL 16 DE DICIEMBRE DE 2013".

En esta Acta quedó consignado lo siguiente:

*"Glosas y mecanismos para confrontar kilómetros:*

*"INTERVENCIÓN DE METROLINEA:*

*"Como se le ha manifestado en reiteradas oportunidades mediante oficios enviados por el ente gestor al concesionario el contrato de concesión regula en la cláusula 77 los mecanismos tecnológicos a través de los cuales se deben realizar la contabilización de los kilómetros recorridos, la cual establece: (...)*

*"A su vez, la Cláusula 80 del mismo establece en su literal a) numeral 3 lo siguiente: "8...)*

"Los instrumentos o mecanismos tecnológicos establecidos en el contrato para el reconocimiento y liquidación de los viajes constituyen pago por los kilómetros recorridos por el concesionario y los cuales fueron plasmados en el procedimiento adoptado por la entidad y el cual fue socializado y notificado al concesionario; son los aplicativos conocidos como el Sistema de Planeamiento y Análisis (SPA) y el aplicativo de Despachos del Centro de Control.

"Es importante precisar que el Sistema de Planeamiento y Análisis (SPA) a través de los instrumentos a bordo como los terminales de datos constituyen el mecanismo idóneo para el registro de los kilómetros efectivamente recorridos producto de la actividad de transporte ejecutada por el concesionario.

"Con base a lo anterior, la confrontación debe realizarse con la utilización de cualquier medio o mecanismo inalterable y preciso que permita comparar los datos obtenidos del Sistema Similínea con otro sistema similar, que permita confrontar la unidad (kilómetros) que se pretende verificar, es así que la confrontación no puede entenderse como complementación y debe hacerse con instrumentos iguales o similares.

"Bajo este contexto, es que METROLINEA S.A. consulta la información y la encuentra disponible solo en la medida en que el concesionario de fiel cumplimiento del Protocolo de Integración Tecnológica, toda vez que su alcance, corresponde a los elementos, equipos, y procedimientos dispuestos en los vehículos pertenecientes al SITM, es decir, el cumplimiento de las condiciones técnicas, tecnológicas y funcionales de los autobuses representan un requerimiento interrelacionado con los instrumentos o mecanismos tecnológicos utilizados por Metrolínea, siendo este el insumo técnico establecido para el reconocimiento de los kilómetros recorridos que constituyen pago.

"En conclusión, en la medida que el concesionario de fiel cumplimiento del protocolo de Integración Tecnológico entre concesionario, en esa misma medida se verá reflejada la información a través de los aplicativos conocidos como el Sistema de Planeamiento y Análisis (SPA) y el aplicativo de Despachos del Centro de Control, **contrario sensu** se seguirán presentando diferencias entre los kilómetros programados y los finalmente reconocidos, circunstancia no atribuible al ente gestor, sino al incumplimiento por parte de los concesionarios respecto de las obligaciones contenidas en la Cláusula 15.1 literal t (Anexo 4).

"Y es por lo anterior, que las fallas o los eventos que resulten en los equipos y dispositivos electrónicos a bordo de cada autobús y afectan la disponibilidad del autobús para operar en el Sistema Metrolínea,

son de responsabilidad de los concesionarios atenderlas para permitir reactivar la responsabilidad del autobús para ser operador dentro del Sistema Metrolínea y, por consiguiente su inobservancia o desatención al cumplimiento de tales situaciones no generan derecho a reclamaciones a Metrolínea S.A. o a terceros, ni los eximirá para responder por las sanciones o multas que imponga Metrolínea S.A. por la indisponibilidad del autobús y la calidad del servicio comprometida, situación ésta, que tampoco exime al concesionario de recaudo y Control de responder por las mismas (Anexo 4 Numeral 4.16.2.).

"En síntesis, no es dable realizar pago alguno de las denominadas "glosas" a cargo del fondo general, teniendo en cuenta que los mismos no fueron registrados a través de los instrumentos señalados en el contrato, en otras palabras, las mismas no se encuentran reguladas dentro del clausulado del contrato de concesión DOS, el cual previó en su cláusula 77 y 80 los mecanismos tecnológicos a través de los cuales se deberían realizar la contabilización de los kilómetros recorridos.

#### "MECANISMO TECNOLÓGICO PARA CONFRONTAR KILOMETROS RECORRIDOS

"Sin perjuicio de los mecanismos tecnológicos establecidos en el contrato para el reconocimiento y liquidación de los viajes que constituyen pago por los kilómetros recorridos por el concesionario y los cuales fueron plasmados en el procedimiento adoptado por la entidad, el mecanismo inalterable y preciso que permite comparar los datos obtenidos del sistema Simlínea con otro sistema similar que permita confrontar la unidad (kilómetros) que se pretende verificar, es el MODULO DE MONITOREO DE LA OPERACIÓN contemplado en el ANEXO 4, 5 y 6 del Contrato DOS suscrito.

"El módulo de monitoreo es una herramienta establecida en el contrato cuya funcionalidad permite captar varias variables (temperatura del motor, presión de aceite, aceleraciones, etc.) entre las cuales también se encuentran los kilómetros recorridos por los vehículos.

"Es importante señalar que el anexo 4 señala tanto los límites como las obligaciones de cada concesionario en relación a los equipos a bordo de los autobuses, en este orden de ideas, cada vehículo autorizado para la operación dentro del Sistema Metrolínea S.A. debe cumplir con la disponibilidad de todos y cada uno de los equipos y dispositivos electrónicos a bordo, en condiciones adecuadas y efectivas de funcionamiento dentro del Sistema Simlínea, configurado e integrado con el equipo TISA, máxime cuando es un requerimiento contractual y técnico contar con el Módulo de Monitoreo a bordo del

autobús, y del cual a la fecha el concesionario de operación se encuentra en mora de su cumplimiento.

#### "INTERVENCIÓN DE MOVILIZAMOS S.A.

"MOVILIZAMOS S.A. considera que no se le está dando la interpretación y alcance legal debido a las cláusulas 77 y 80 del acuerdo entre las partes, en el entendido que, tal cual, taxativamente la trae a colación la presente acta, el pago y la participación de los agentes del sistema que requieren procesos de validación mediante la medición de kilómetros comerciales efectivamente recorrido, viajes que constituyen pago y a su vez, Metrolínea S.A. procederá y permitirá considerar y confrontar la información técnica del sistema Simlínea con aquella que cada agente obtenga. En este entendido debemos advertir que es un desarrollo normal de la operación que día a día se presente diferencias en los kilómetros comerciales efectivamente reconocidos por Movilizamos S.A. que para prever posibles detrimentos en el pago de los mismos a los concesionarios el contrato a (sic) advertido de la creación de procedimientos, tales como los estimados en el Acta 01 del 14/04/2015 y las 04 del 08/04/2014 donde claramente se han establecido parámetros que permiten someter condicionadamente la confrontación del sistema Simlínea con la información que de cualquier forma recopile el concesionario, no obstante, MOVILIZAMOS a (sic) optado por adherir como propio la información obtenida del sistema Mercury o MRC, entiendo que como la cláusula 80 del contrato de concesión lo advierte en el literal a numeral 3 "la validación de parámetros técnicos, tales como kilómetros efectivamente recorridos, viajes que constituyen pago y otros", taxativamente se advierte que no solamente la validación de kilómetros significa pago efectivo al concesionario que de igual forma los viajes que constituyen pago son garantes de la obtención de emolumentos por la prestación del servicio, entendido esto, nuevamente debemos recalcarle al ente gestor que desde el año 2012, 2013 y hasta el 2014 se vinieron cancelando efectivamente las diferencias por kilómetros recorridos no cancelados "glosas" por intermedio de este aplicativo MRC y que la administración vigente de Metrolínea S.A. (Dra. Laura Cristina Gómez Ocampo en calidad de >Gerente General de Metrolínea S.A.) ha autorizado y realizado los desembolsos correspondientes a estas diferencias amparada en la confrontación del sistema Simlínea con el MRC, lo cual sobrepone que no existe ningún vicio de ilegalidad y que ha sido un derecho legalmente obtenido por el concesionario que ha permitido garantizar el pago del servicio prestado al sistema, ahora bien, no entendemos porque se pretende desconocer una práctica que ya había realizado la presente administración y anteriores, y que desconoce la naturaleza contractual que nos rige al parecer en busca de mermar el reconocimiento del pago de los kilómetros efectivamente recorridos por Movilizamos escudándolos además en nuevos procedimientos

*liquidatorios que carecen de todo fundamento técnico, legal y de estructuración operativa ya que se ha venido realizando de manera impositiva y que lo único que ha derivado a (sic) sido en afectar económicamente el patrimonio de Movilizamos.*

*"Debemos aseverar una vez más, que la creación de los procedimientos se realizaron cumpliendo con las condiciones técnicas, jurídicas y estructurales que requiere el contrato y que a su vez se desarrollaron de manera bilateral en las incidencias y fechas de las actas referidas anteriormente, motivos que contrarían las nuevas disposiciones procedimentales que pretende implementar la Dirección Técnica de Operaciones de manera caprichosa y en total contravía de lo estimado en el Contrato de Concesión.*

*"Así las cosas, Movilizamos S.A. reitera que a hoy se adeuda por concepto de kilómetros efectivamente recorridos y dejados de cancelar por parte del ente gestor a nuestra empresa la suma de 1.976.106.256 pesos, los cuales no han sido liquidados y que son totalmente imputables a desaciertos efectuados por el ente gestor, más aún, cuando sus sistemas aplicativos presentan serias fallas que se han podido evidenciar como lo son en la obtención de datos por parte del concesionario de recaudo y Control, la falta de credibilidad del sistema SPA como ya se ha dispuesto en comunicaciones anteriores y la misma aceptación del concesionario de Recaudo y Control de las deficientes condiciones físicas y tecnológicas, que ha provisto Metrolínea para la obtención de datos y que sobreponen una evidente negligencia que no permite garantizar el pago de los kilómetros recorridos por nuestra operadora; por tanto, Movilizamos recalca sus esfuerzos en advertir que el detrimento patrimonial que Metrolínea S.A. le está causando a nuestra empresa se mantiene vigente y en un alto grado de inobservancia por parte de su dirección, más aún en el contexto que contractualmente se abre la puerta de confrontación como lo estiman las cláusulas 77 y 80 las cuales al parecer se pretenden interpretar de manera leonina por parte del ente gestor hacia Movilizamos.*

*Respecto al Módulo de Monitoreo corroboramos los argumentos expuesto por el Doctor Pinto Afanador en el Acta N° 05 del 02 de julio de 2015. (...)"*

*A folio 34 del cuaderno 1 obra oficio de 11 de noviembre de 2015 dirigido a MOVILIZAMOS por METROLINEA mediante el cual se da por terminada la etapa de transacción de acuerdo con el literal k) de la cláusula 150 del Contrato de Concesión DOS.*

Del análisis de este material probatorio, obrante en el plenario, se desprende que la OPERADORA DE TRANSPORTE MASIVO MOVILIZAMOS

S.A. omitió cumplir el procedimiento establecido en el Protocolo de Integración Tecnológica entre Concesionarios que corresponde al Anexo 4 que hace parte integral del Contrato de Concesión DOS de la Operación, en cuyo numeral 1. 'DEFINICIÓN, ALCANCE Y OBLIGACIONES GENERALES, se estipuló:

"(..) Un autobús incorporado al Sistema Metrolínea que presente el Concesionario de Operación, se considera apto para operar en el Sistema Metrolínea, si tiene debidamente instalados, configurados, probados, certificados y homologados y en pleno funcionamiento, todos los equipos y dispositivos requeridos, que estarán a bordo para las actividades propuestas.

Previamente a la realización de cualquier recorrido durante la operación, cada autobús debe haberse reportado e incorporado al Sistema Simlínea y adicionalmente, el conductor debe haber realizado el reporte de inicio de recorrido.

Para el inicio de la operación de un autobús por primera vez o en aquellos casos, en que el autobús reingrese después de un evento de mantenimiento, el Concesionario de Operación y el Concesionario del Sistema de Recaudo y Control estarán obligados a dejar constancia escrita de aceptación de las pruebas y efectivo funcionamiento de los equipos, software y dispositivos a bordo. Cumplido este procedimiento y hecha efectiva la constancia que hayan firmado los concesionarios, la misma servirá de base para el certificado de cumplimiento tecnológico de flota que expide Metrolínea S.A.

De la misma manera, si durante la operación se presentan fallas o interrupciones en el funcionamiento de cualquiera de los equipos y dispositivos a bordo y/o en las comunicaciones a causa de fallas de cualquier índole, atribuibles a los equipos a bordo, el vehículo deberá ser suspendido de la operación y de la ruta, situación, en la cual Metrolínea S.A. suspenderá la vigencia, según sea el caso, del certificado de cumplimiento tecnológico de flota, hasta que sea revisada y corregida la imperfección o falla detectada, para lo cual, el Concesionario de Operación deberá demostrar que el autobús se encuentra nuevamente apto para operar, mediante el reporte que realice al Sistema Simlínea comprobando que el problema se ha subsanado. El Concesionario de Operación generará un reporte electrónico a Metrolínea S.A., dejando una constancia en el sistema sobre tal hecho.

Una vez se demuestre por parte del Concesionario de Operación y por el Concesionario del Sistema de Recaudo y Control, que el autobús es apto para operar o continuar operando en el Sistema Metrolínea, Metrolínea S.A. reactivará el certificado de cumplimiento tecnológico de flota que expide para permitir la operación del vehículo. (..)"

A lo largo del Trámite Arbitral la Operadora de Transporte Masivo Movilizamos S.A. no logró probar que ante las fallas presentadas en el sistema hubiese iniciado ante Metrolínea S.A., el procedimiento para su corrección, tal como lo estipula el Contrato de Concesión DOS y su Anexo 4 denominado Protocolo de Integración Tecnológica entre Concesionarios por lo tanto y de conformidad con este Protocolo "(..) el concesionario de operación deberá asumir bajo su responsabilidad, costo y riesgo todos los costos que se deriven ante fallas de cualquiera de los equipos y dispositivos electrónicos, sin perjuicio a la multa a que haya lugar. (..)". En ese orden de ideas, esta Colegiatura estima que la excepción estudiada también tiene vocación de prosperar.

**3. Excepción denominada: "EXIGIBILIDAD DE OBLIGACIONES REALIZADAS POR MOVILIZAMOS S.A. QUE NO SE PACTARON CONTRACTUALMENTE A CARGO DE METROLÍNEA S.A."**

La cual fundamenta en que no existe dentro del contrato la obligación de reconocimiento de las denominadas "glosas", como tampoco la obligatoriedad de pactar junto con el concesionario el sistema o aplicativos usados en la convalidación del proceso de liquidación de los kilómetros comerciales efectivamente recorridos, y efectivamente como ya se advirtió no encuentra el Tribunal tal obligatoriedad o compromiso derivado del contrato.

Respecto al punto de las denominadas "GLOSAS", el Tribunal no comparte la apreciación del togado representante de la entidad convocada, pues si bien es cierto, tal palabra no aparece dentro del contrato, también es cierto, que al contratista le asiste el derecho a formular sus desacuerdos, denominándolos de una u otra forma, pero siempre estos deberán estar

debidamente sustentados, pues las constancias o desacuerdos, los debe, si así quisiera reclamar con posterioridad, presentarlos debidamente sustentados, no en la forma como indican los documentos allegados al expediente, en cuanto a las denominadas "Actas de Conciliación", en las cuales aparecen desacuerdos, pero sin sustento real o serio.

En este punto, la colegiatura desea expresar que las constancias de desacuerdo deben reunir ciertos requisitos que en el caso concreto no fueron sufragados por el contratista.

Para tal efecto, se citará el siguiente aparte jurisprudencial que por su pertinencia conviene citarlo en extenso:

"Es bueno precisar que si bien lo normal es que la liquidación se produzca tan pronto finaliza la ejecución del contrato, existen situaciones en las que ocurre antes. Es el caso en que termina por una razón distinta a la ejecución normal y satisfactoria: como cuando las partes lo logran de común acuerdo, o lo hace el Estado en forma unilateral, o porque se declara la caducidad, o se presenta otra circunstancia imprevista que imposibilita continuar la ejecución. En estos, y en otros eventos de naturaleza similar, la liquidación procede en los términos indicados.

Pero cualquiera sea la causa o forma como se llegue a la liquidación bilateral, lo cierto es, que la jurisprudencia ha señalado, reiteradamente, que cuando esto acontece no es posible que las partes intenten una acción judicial, para reclamar por los daños e inconformidades, si la parte interesada no dejó constancias de insatisfacción en relación con el aspecto concreto que aspira a reclamar ante el juez.

En este sentido, constituye requisito de la acción contractual la existencia de la inconformidad, que debe quedar expresa y escrita en el acta de liquidación bilateral. Por eso ha considerado esta Sala -sentencia de julio 6 de 2.005. Exp. 14.113- que: "... la constancia que el contratista inconforme consigna en el acta no puede ser de cualquier tipo; es necesario que reúna las siguientes características: que identifique adecuadamente los problemas surgidos con ocasión de contrato, es decir, que sea clara, concreta y específica; no obstante no tiene que expresar técnicamente toda una reflexión y justificación

jurídico-económica, pero si debe contener, así sea de modo elemental, la identificación del problema, es decir, los motivos concretos de inconformidad...".

Esta misma línea de pensamiento la había expresado esta Sección en la sentencia del 14 de febrero de 2.002 -exp. 13.600-: "... no es dable jurídicamente exigir, como lo pretende el demandado, que la objeción contenga una relación completa, sustentada y detallada de cada uno de los rubros respecto de los cuales existe la divergencia; lo que es importante es que haya manifestado su desacuerdo en forma clara y concreta." Lo anterior condujo a señalar que constancias puestas por las partes, como por ejemplo: "me reservo el derecho a reclamar o demandar", no satisfacen la exigencia jurisprudencial.

En este sentido, también había expresado la Sala en la sentencia del 9 de marzo de 2000 -exp. 10.778- que: "De acuerdo con lo anterior, la nota dejada por el demandante en el acta de liquidación del contrato suscrita el 8 de abril de 1991 ME RESERVO EL DERECHO A RECLAMAR, así para el juzgador pueda entenderse que es para pretender el reconocimiento de lo que reclamó directamente a la administración sin resultado positivo alguno, no abrió la instancia judicial para su examen al haber aceptado en forma expresa el acta de liquidación. Por ello, la pretensiones del demandante no están llamadas a prosperar ya que la liquidación del contrato por el mutuo acuerdo de las partes y sin salvedades expresas y concretas impide el examen judicial de la revisión de los precios del contrato."<sup>54</sup>

El anterior precedente jurisprudencial se ha mantenido, e incluso en el presente año el Consejo de Estado, sigue insistiendo en que:

"las salvedades u objeciones que el contratista deja en el acta de liquidación del contrato deben ser claras y concretas; de otra manera, su inclusión resulta ineficaz. Conforme a lo anterior, se tiene que la liquidación efectuada de común acuerdo por personas capaces de disponer constituye, entonces, un verdadero negocio jurídico bilateral, que tiene, por lo tanto, fuerza vinculante, a menos que se demuestre la existencia de un vicio del consentimiento".<sup>55</sup>

<sup>54</sup> Consejo de Estado, sección tercera. Rad. 05001-23-31-000-1998-00038-01 (27.777), del 20 de octubre de 2014.

<sup>55</sup> Consejo de Estado, sección tercera. 05001-23-31-000-2008-01090-01(57385), del 14 de febrero de 2019

Es cierto, como se puede observar en el siguiente cuadro, que frente a la mayoría de las Actas de Conciliación de Kilómetros, se dejaban observaciones relacionadas con el aplicativo utilizado, pero de una manera genérica, sin argumentarse en momento alguno la incompatibilidad o imposibilidad de tal acto, o la exigencia de utilizar otros aplicativos, sin embargo, posteriormente se observa como la sociedad METROLINEA S.A., si consideraba la necesidad de aplicar dichos dispositivos para encontrar los kilómetros efectivamente recorridos, reliquidaba las actas y procedía a su pago.

Dicho cuadro muestra lo siguiente:

a) Para el periodo correspondiente al año 2012, se observa:

Acta No.	Periodo	Constancia	Folio
015-1	Julio 2 a 15 del 2012	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo por concepto de re liquidaciones ya que algunos viajes no están registrados en los respectivos sistemas destinados para tal fin, debido a los constantes daños en los radios y terminales de datos de los vehículos	382, Tomo II
016	Julio 16 a 29 de 2012	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo	392, Tomo II
016-1	Julio 16 a 29 de 2012	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo por concepto de re liquidaciones ya que algunos viajes no están registrados en los respectivos sistemas destinados para tal fin, debido a los constantes daños en los radios y terminales de datos de los vehículos	402, Tomo II
016-2	Julio 16 a 22 y 23 29 de 2012	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman	409, Tomo II

		el sistema integrado de transporte masivo por concepto de alimentación del Municipio de Piedecuesta	
017	Julio 30 a Agosto 12 de 2012	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo	412, Tomo II
017-1	Julio 30 a Agosto 12 de 2012	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo por concepto de re liquidaciones ya que algunos viajes no están registrados en los respectivos sistemas destinados para tal fin, debido a los constantes daños en los radios y terminales de datos de los vehículos	419, Tomo II
017-2	Julio 30 al 5 y 6 al 12 de Agosto de 2012	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo por concepto de alimentación del Municipio de Piedecuesta	431, Tomo II
018	Agosto 13 al 26 de 2012	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo	436, Tomo II
018-1	Agosto 13 al 26 de 2012	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo por concepto de re liquidaciones ya que algunos viajes no están registrados en los respectivos sistemas destinados para tal fin, debido a los constantes daños en los radios y terminales de datos de los vehículos	442, Tomo II
019	Agosto 27 al 9 de Septiembre de 2012	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo	450, Tomo II
019-1	Agosto 27 al 9 de Septiembre de 2012	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo	456, Tomo II
020	Septiembre 10 al 23 de 2012	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo	462, Tomo II
020	Septiembre 10 al 23 de 2012	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por	462, Tomo II

		cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo	
020-1	Septiembre 10 al 23 de 2012	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo	469, Tomo II
021	Septiembre 24 a Octubre 7 de 2012	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo	474, Tomo II
021-1	Septiembre 24 a Octubre 7 de 2012	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo	482, Tomo II
022	Octubre 8 al 21 de 2012	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo	489, Tomo II
023	Octubre 22 al 4 de Noviembre de 2012	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo	497, Tomo II
024	Noviembre 5 al 18 de 2012	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo	503, Tomo II
025	Noviembre 19 al 2 de Diciembre de 2012	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo	508, Tomo II
026	Diciembre 3 al 16 de 2012	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo	515, Tomo II
026-1	Diciembre 3 al 16 de 2012	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo	521, Tomo II
027	Diciembre 17 al 30 de 2012	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo	528, Tomo II
027-1	Diciembre 17 al 30 de 2012	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo	535, Tomo II

Para este periodo de 2012, frente a cada reunión de conciliación de kilómetros, la sociedad MOVILIZAMOS S.A., quien intervenía a través de diferentes funcionarios, en unos casos a través de la Dra. Samalia Santamaría (Directora del Departamento Contable), y en otros a través del señor Luis Rivera (Director de Mantenimiento), dejaban Observaciones, relacionadas con la utilización de uno u otro aplicativo, como se observa en los documentos vistos a los folios 394 en relación con el Acta 016 la cual fuera reliquidada en las actas 016-1 y 016-2; al 414 en relación con el acta 017 la cual fue reliquidada mediante las actas 017-1 y 017-2, al 476 en relación con el acta 021 la cual fuera reliquidada mediante acta 021-1, a los folios 490 respecto del acta 022, al 499 respecto del acta 023, 505 respecto del acta 024, 510 respecto del acta 025, 517 respecto del acta 026 la cual fue reliquidada mediante acta 026-1 y 530 respecto del acta 027, la cual fue reliquidada mediante acta 027-1.

Sin embargo, todas estas observaciones, fueron posteriormente resueltas como consta en los documentos denominados "LIQUIDACION DE LOS AGENTES FINANCIEROS OPERADORES DE TRANSPORTE", actas en las cuales revisaban las observaciones y determinaban reconocerlas, y cuando estas tenían fundamento reliquidarlas como se indica en el cuadro que sigue:

Acta	Concepto de Liquidación o Reliquidación	Folio
016	"En la presente liquidación se hizo la respectiva búsqueda de los viajes pendientes por pagar, se utilizó como medio de encuentro los sistemas SPA y MRC, los viajes de las rutas de primera fase que no presentaron cambios se calcularon mediante método de promedio."	Fol. 406, Tomo II
017	"La presente liquidación se realizó consultando únicamente el aplicativo de Despacho, quedando pendiente la consulta de viajes no encontrados haciendo uso de otros aplicativos que conforman la plataforma SIMLINEA."	418, Tomo II

017-1	"En la presente liquidación se hizo la respectiva búsqueda de los viajes pendientes por pagar, se utilizó como medio de encuentro los sistemas SPA y MRC, los viajes de las rutas de primera fase que no presentaron cambios se calcularon mediante método de promedio."	424, Tomo II
018	"La presente liquidación se realizó consultando únicamente el aplicativo de Despacho, quedando pendiente la consulta de viajes no encontrados haciendo uso de otros aplicativos que conforman la plataforma SIMLINEA."	441, Tomo II
018-1	En la presente liquidación se hizo la respectiva búsqueda de los viajes pendientes por pagar, se utilizó como medio de encuentro los sistemas SPA y MRC, los viajes de las rutas de primera fase que no presentaron cambios se calcularon mediante método de promedio."	447, Tomo II
019	"La presente liquidación se realizó consultando únicamente el aplicativo de Despacho y SPA, quedando pendiente la consulta de viajes no encontrados haciendo uso de otros aplicativos que conforman la plataforma SIMLINEA."	455, Tomo II
019-1	"Esta reliquidación corresponde al periodo del 17 de Agosto al 9 de Septiembre de 2012, pagado inicialmente con los sistemas de Despacho y SPA, en la presente se hizo la respectiva búsqueda de los viajes pendientes por pagar, y para este fin se utilizó como medio de encuentro el sistema MRC quedando al día en tanto a los pagos de este periodo."	459, Tomo II
020	"Esta reliquidación corresponde al periodo del 17 de Agosto al 9 de Septiembre de 2012, pagado inicialmente con los sistemas de Despacho y SPA, en la presente se hizo la respectiva búsqueda de los viajes pendientes por pagar, y para este fin se utilizó como medio de encuentro el sistema MRC quedando al día en tanto a los pagos de este periodo"	466, Tomo II
020-1	"Esta reliquidación corresponde al periodo comprendido del 10 al 23 de Septiembre de 2012, pagado inicialmente con los sistemas de Despacho y spa, en la presente se hizo la respectiva búsqueda de los viajes pendientes por pagar, y para este fin se utilizó como medio de encuentro el sistema MRC quedando al día en tanto a los pagos de este periodo."	472, Tomo II
021	"La presente liquidación se realizó consultando únicamente el aplicativo de Despacho y algunas rutas por SPA, queda pendiente la consulta de viajes no encontrados haciendo uso de otros aplicativos que conforman la plataforma SIMLINEA."	478, Tomo II
021-1	"Esta reliquidación corresponde al periodo comprendido del 24 de Septiembre al 07 de Octubre de 2012, pagado inicialmente con los sistemas de Despacho, en la presente se hizo la respectiva búsqueda de los viajes pendientes por pagar, y para este fin se utilizó como medio de encuentro el sistema SPA y MRC quedando al día en tanto a los pagos de este periodo."	485, Tomo II
022	"La presente liquidación se realizó consultando únicamente el aplicativo de Despacho y SPA, queda pendiente la consulta de viajes del día 18 de Noviembre ya que no hay información por SPA, el ajuste se pagará en la siguiente liquidación"	502, Tomo II
024	"La presente liquidación se realizó consultando únicamente el aplicativo de Despacho y algunas rutas por SPA, queda pendiente la consulta de viajes no encontrados haciendo uso de otros aplicativos que conforman la plataforma SIMLINEA. Adicionalmente se descuenta multa por	507, Tomo II

	incumplimiento parcial del Contrato de Concesión No. 2, Resolución (...) "	
026	"La presente liquidación se realizó consultando la información de Despacho, para lo cual queda pendiente una reliquidación para aplicativos SPA y/o MRC."	520, Tomo II
026-1	Esta reliquidación corresponde al periodo comprendido del 3 al 16 Diciembre de 2012, pagado inicialmente con los sistemas de Despacho, en la presente se hizo la respectiva búsqueda de los viajes pendientes por pagar, y para este fin se utilizó como medio de encuentro el sistema SPA y MRC quedando al día en tanto a los pagos de este periodo."	524, Tomo II
027	"La presente liquidación se realizó consultando la información de Despacho, y se paga el pendiente del día 18 de Noviembre de 2012 que estaba para revisión por SPA, por un valor de ..."	532, Tomo II
027-1	"Esta reliquidación corresponde al periodo comprendido del 17 al 30 Diciembre de 2012, pagado inicialmente con los sistemas de Despacho, en la presente se hizo la respectiva búsqueda de los viajes pendientes por pagar, y para este fin se utilizó como medio de encuentro el sistema SPA quedando pendiente la búsqueda por MRC."	540, Tomo II

b) Para el año 2013 y parte del año 2014, sucede exactamente lo mismo, como se puede apreciar en el siguiente cuadro:

Acta No.	Periodo	Constancia	Folio
001	Diciembre 31 de 2012 a 13 de Enero de 2013	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo	541, Tomo II
001-1	Diciembre 31 de 2012 a 13 de Enero de 2013	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo	548, Tomo II
002	Enero 14 a 27 Enero de 2013	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo	552, Tomo II
004	Enero 28 a 10 de Febrero de 2013	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo	555, Tomo II
004-1	Enero 28 a 10 de Febrero de 2013	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo	562, Tomo II

006	Febrero 11 a 24 de 2013	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo	569, Tomo II
006-1	Febrero 11 a 24 de 2013	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo	575, Tomo II
007	Febrero 25 a 2 de Marzo de 2013	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo	581, Tomo II
008	Marzo 11 al 24 de 2013	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo	582, Tomo II
008-1	Marzo 11 al 24 de 2013	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo	590, Tomo II
009	Marzo 25 al 7 de Abril de 2013	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo	596, Tomo II
010	Abril 8 al 21 de 2013	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo	603, Tomo II
011	Abril 21 a Mayo 5 de 2013	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo	611, Tomo II
012	Mayo 6 a 19 de 2013	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo	615, Tomo II
013	Mayo 20 a 2 de Junio de 2013	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo	624, Tomo II
014	Junio 3 a 16 de 2013	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo	633, Tomo III
015	Junio 17 a 30 de 2013	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman	643, Tomo III

		el sistema integrado de transporte masivo	
015	Junio 17 a 30 de 2013	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo	643, Tomo III
016	Julio 1 al 14 de 2013	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo	655, Tomo III
017	Julio 15 al 28 de 2013	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo	659, Tomo III
019	Julio 29 a Agosto 11 de 2013	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo	666, Tomo III
020	Agosto 12 a 25 de 2013	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo	673, Tomo III
021	Agosto 26 a Septiembre 8 de 2013	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo	683, Tomo III
022	Septiembre 9 a 22 de 2013	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo	688, Tomo III
023	Septiembre 23 a 6 de Octubre de 2013	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo	695, Tomo III
024	Octubre 7 al 20 de 2013	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo	702, Tomo III
025	Octubre 21 a Noviembre 3 de 2013	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo	706, Tomo III
026	Noviembre 4 a 17 de 2013	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo	714, Tomo III

027	Noviembre 18 a 1 de Diciembre de 2013	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo	721, Tomo III
028	Diciembre 2 a 15 de 2013	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo	727, Tomo III
029	Diciembre 16 al 29 de 2013	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo	734, Tomo III
002	Diciembre 30 de 2013 a Enero 12 de 2014	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo	741, Tomo III
003	Enero 13 a 26 de 2014	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo	745, Tomo III
005	Enero 27 a Febrero 9 de 2014	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo	749, Tomo III
006	Febrero 10 a 23 de 2014	Los concesionarios y Metrolínea S.A., dan conformidad del valor a pagar por cada una de las rutas que conforman el sistema integrado de transporte masivo	752, Tomo III

Y, frente a estas actas nuevamente son reconsideradas a través del organismo encargado de realizar la "LIQUIDACION DE LOS AGENTES FINANCIEROS OPERADORES DE TRANSPORTE", organismo que revisaba las "observaciones" tanto dejadas por el ente gestor como por el operador, para determinar la orden de pago respectivo, como se observa:

Acta	Concepto de Liquidación o Reliquidación	Folio
001	"La presente liquidación se realizó consultando el aplicativo SPA y planillas realizadas por Tisa, adicionalmente se descuenta multa por incumplimiento parcial (...)"	Fol. 545, Tomo II
004	"La presente liquidación se realizó consultando los aplicativos SPA y Despachos"	559, Tomo II
004-1	"Esta reliquidación corresponde al periodo comprendido entre el 28 de Enero y el 10 de Febrero de 2013, pagado inicialmente los sistemas Despachos y SPA y MRC, en la presente se hizo la respectiva búsqueda de los viajes	565, Tomo II

	pendientes por pagar, y para este fin se utilizó como medio de encuentro los sistemas SPA y MRC quedando al día en tanto a los pagos de este periodo."	
006	"La presente liquidación se realizó consultando los aplicativos SPA y Despachos, aplicando la nueva tarifa por tipología de vehículo (...9"	574, Tomo II
006-1	Esta reliquidación corresponde al periodo comprendido entre el 11 de Febrero al 24 de Febrero, pagado inicialmente los sistemas Despachos y SPA y MRC, en la presente se hizo la respectiva búsqueda de los viajes pendientes por pagar, y para este fin se utilizó como medio de encuentro los sistemas MRC quedando al día en tanto a los pagos de este periodo."	578, Tomo II
008	"La presente liquidación se realizó consultando los aplicativos SPA y Despachos (...)"	587, Tomo II
008-1	"Esta reliquidación corresponde al periodo del 11 al 24 de Marzo de 2012, pagado inicialmente con los sistemas de Despacho y SPA, en la presente se hizo la respectiva búsqueda de los viajes pendientes por pagar, y para este fin se utilizó como medio de encuentro el sistema MRC quedando al día en tanto a los pagos de este periodo."	595, Tomo II
009	"Esta reliquidación se realizó consultando los aplicativos SPA y Despachos"	600, Tomo II
010	"Esta reliquidación se realizó consultando los aplicativos SPA y Despachos. Adicionalmente se descuenta multa (...)"	610, Tomo II
012	"Esta reliquidación se realizó consultando los aplicativos SPA y Despachos"	621, Tomo II
013	"Esta reliquidación se realizó consultando los aplicativos SPA y Despachos"	630, Tomo III
014	"La presente liquidación se realizó consultando únicamente el aplicativo de Despacho y SPA. Adicionalmente se descuenta (...)"	640, Tomo III
015	"La presente liquidación solo contempla la información encontrada por medio del aplicativo de Despachos. Queda pendiente para la reliquidación la búsqueda en SPA y MRC"	648, Tomo III
015-1	"Esta reliquidación corresponde al periodo del 17 al 30 de Junio de 2012, pagado inicialmente con los sistemas de Despacho, en la presente se hizo la respectiva búsqueda de los viajes pendientes por pagar, y para este fin se utilizó como medio de encuentro el sistema SPA quedando pendiente la búsqueda por MRC."	654, Tomo III
019	"La presente liquidación solo contempla la información encontrada por medio del aplicativo de Despachos y SPA. Queda pendiente la búsqueda por MRC"	670, Tomo III
020	"La presente liquidación solo contempla la información encontrada por medio del aplicativo de Despachos y SPA. Queda pendiente la búsqueda por MRC"	680, Tomo III
022	"La presente liquidación solo contempla la información encontrada por medio del aplicativo de Despachos y SPA. Queda pendiente la búsqueda por MRC"	692, Tomo III
023	"La presente liquidación solo contempla la información encontrada por medio del aplicativo de Despachos y SPA. Queda pendiente la búsqueda por MRC"	699, Tomo III
025	"La presente liquidación solo contempla la información encontrada por medio del aplicativo de Despachos y SPA. Queda pendiente la búsqueda por MRC"	711, Tomo III

026	"La presente liquidación solo contempla la información encontrada por medio del aplicativo de Despachos y SPA. Queda pendiente la búsqueda por MRC"	720, Tomo III
028	"La presente liquidación solo contempla la información encontrada por medio del aplicativo de Despachos y SPA. Queda pendiente la búsqueda por MRC (...)"	732, Tomo III
029	"La presente liquidación solo contempla la información encontrada por medio del aplicativo de Despachos y SPA. Queda pendiente la búsqueda por MRC"	738, Tomo III

Es cierto que, frente a las actas de conciliación, en las cuales participaba la sociedad convocante y la convocada, la primera de ellas, nuevamente deja en algunos de los casos observaciones generales, sin sustento específico alguno, como puede observarse a los folios 543 frente al Acta 01, fol. 554 frente al Acta 002, fol. 557 frente al Acta 003, fol. 571 frente al Acta 006, fol. 584 frente al Acta 008, fol. 598 frente al Acta 009, fol. 605 frente al Acta 010, fol. 613 frente al Acta 011, fol. 617 frente al Acta 012, fol. 626 frente al Acta 013, fol. 6378 frente al Acta 014, fol. 645 frente al Acta 015, fol. 657 frente al Acta 016, fol. 661 frente al Acta 017, fol. 668 frente al Acta 018, fol. 675 frente al Acta 020, fol. 686 frente al Acta 012, fol. 690 frente al Acta 022, fol. 697 frente al Acta 023, fol. 704 frente al Acta 024, fol. 708 frente al Acta 025, fol. 716 frente al Acta 026, fol. 723 frente al Acta 027, fol. 729 frente al Acta 028, fol. 736 frente al Acta 029, fol. 717 frente al Acta 003, fol. 750 frente al Acta 005 y fol. 753 frente al Acta 006, sin embargo, repetimos y con fundamento en los precedentes jurisprudenciales ya citados, no son las simples observaciones a los documentos de liquidación parcial o pago parcial en los contratos de ejecución sucesiva, lo que habilita a las partes para exponer sus desavenencias frente a las liquidaciones realizadas por las entidades, estas para que tengan la capacidad de lograr doblegar la voluntad estatal deben ser serias, sustentadas, justificadas, objetivas, y de todo ello debe dejarse constancia en el documento que contenga esta liquidación parcial de cuentas.

De otra parte, y en lo que si le asiste razón a la entidad es que no existe dentro del contrato la obligatoriedad o compromiso, de establecer los procedimientos de validación de manera conjunta, pues como se ha reiterado a lo largo del presente proveído, al aceptarse las condiciones contractuales por parte del operador, incluyó entre estas la Cláusula 77 del contrato, de donde se desprende que a METROLINEA S.A., se le concede el derecho derivado del contrato de establecer los "procedimientos que permitirán considerar y confrontar la información técnica del Sistema Similínea con aquella que cada agente obtenga.", por ello la excepción en comento prosperara parcialmente, en lo que corresponde a la segunda parte de la misma, más no en la primera.

#### **4. INCONGRUENCIA ENTRE LOS HECHOS Y LAS PRETENSIONES FORMULADAS POR EL ACTOR.**

La parte convocada formula la presente excepción argumentando que los hechos alegados no guardan coherencia con las pretensiones alegadas. Pues según la parte pasiva tales hechos no son ciertos agregando que la cuantificación resultante de los incumplimientos alegados carece de sustento técnico, contractual y económico.

Para el Tribunal la excepción en cuestión no está llamada a prosperar por cuanto las eventuales incongruencias, si las hubiere, entre hechos alegados y pretensiones de la demanda no impide que se produzca una decisión de fondo después de surtirse el trámite probatorio que tiene por propósito precisamente el de dilucidar la existencia de los hechos dados a conocer al juez y sus efectos en los posibles reconocimientos o condenas o la negativa de los mismos que se establezcan en la sentencia o laudo en este caso. Debe precisarse además que el actor procedió a reformar la

demanda originalmente presentada, incorporando especialmente una nueva pretensión declarativa de un incumplimiento parcial del contrato de concesión por parte de la convocada.

## **5. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA.**

El maestro DEVIS ECHANDIA conceptuó, al respecto: "**Tener legitimación en la causa consiste en ser la persona que, de conformidad con la ley sustancial, puede formular o contradecir las pretensiones contenidas en la demanda o en la imputación penal, por ser el sujeto activo o pasivo de la relación jurídica sustancial pretendida o del ilícito penal imputado, que deben ser objeto de la decisión de juez, en el supuesto de que aquella o éste existan; o en ser el sujeto activo o pasivo de una relación jurídica sustancial que autorice para intervenir en el proceso ya iniciado.**"

56

La parte convocada argumenta que esta excepción se configura en razón a que tanto MOVILIZAMOS S.A. como METROLINEA S.A. son integrantes del SITM METROLINEA S.A. como Agentes del mismo, y por tanto son actores en igualdad de condiciones frente al SITM, hecho que enerva la acción contra METROLINEA S.A., que no tiene autonomía económica sobre la totalidad de los recursos del SITM, con los cuales se cubriría la pretendida eventual condena a METROLINEA S.A.

---

<sup>56</sup> DEVIS ECHANDIA HERNANDO. Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso. Tomo I. Novena Edición. Editorial ABC. Bogotá 1983. Pg. 282

Estas consideraciones desconocen un hecho protuberante en la presente Litis, cual es la suscripción del contrato de concesión No. 2 celebrado por MOVILIZAMOS S.A. y METROLINEA S.A. el 8 de febrero de 2008, que constituye el origen y la fuente de las pretensiones de la convocante. De ahí que METROLINEA S.A. si se halla legitimada por pasiva en el presente proceso, dado que a ella le corresponde contractualmente realizar el reconocimiento de la remuneración a que tiene derecho MOVILIZAMOS S.A. con base al período pactado (catorcenas) Cláusula 80 del Contrato. Por lo cual tampoco podrá prosperar la presente excepción.

## **9. CONDENA EN COSTAS**

El Tribunal ha ponderado las normas que orientan la determinación de costas en los procesos en los que interviene como demandante o demandado un ente estatal y ha concluido que no existe mérito para imponer condena en costas en este caso.

El artículo 365 del Código General del Proceso, dispone que en los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, se condenará en costas a la parte vencida, la cual se sujetará a las reglas indicadas en la mencionada norma.

Al respecto, en sentencia del treinta (30) de agosto de dos mil dieciséis (2016), **Radicación:** 050012333000201200490-01 **[20508]**, el H. Consejo de Estado sentenció:

"Ahora bien, la condena en costas se halla prevista en el artículo 188 del CPACA, que consagra lo siguiente:

**"Condena en costas.** Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil".

Pues bien, el artículo 365 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), señala las reglas para la determinación de la condena en costas, así:

**"1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.**

*"Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.  
[...]*

**"8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.**

*"9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción." (Se destaca)*

Respecto a la condena en costas de que trata el Código General del Proceso, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente<sup>57</sup>:

*"La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365<sup>58</sup>. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366<sup>59</sup>, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho*

<sup>57</sup> Cfr. la sentencia C-157/13, M.P. Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el párrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción -por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa de la misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

<sup>58</sup> Se transcribe el artículo 365 del CGP.

<sup>59</sup> Se transcribe el artículo 366 del CGP.

corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, **siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley.** De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra". Subraya la Sala

En este caso, nos hallamos ante el evento descrito en el numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) para la procedencia de la condena en costas contra la DIAN, pues fue la parte vencida en el proceso. Sin embargo, como lo ha precisado la Sala<sup>60</sup>, esta circunstancia debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que "**Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación**".

Se advierte que una vez revisado el expediente, no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen las erogaciones por concepto de costas a cargo de la demandada. "(...).

En el caso *sub lite*, tenemos las siguientes circunstancias que serán tenidas en cuenta por el Tribunal para hacer el pronunciamiento correspondiente:

Las partes a lo largo de este proceso, mostraron una posición respetable, orientada y basada en razonamientos de orden jurídico, emanados de la misma suscripción y ejecución del Contrato, que las condujo a no llegar a acuerdos. Estas diferencias, por su naturaleza fundamentalmente jurídica, sólo podrían ser zanjadas a través de la vía arbitral; en razón de la cláusula compromisoria pactada en el Contrato, tal como se hizo a través de este Tribunal.

Por las razones anotadas, este Tribunal decide abstenerse de condenar en costas, y así lo dispondrá en la parte resolutive de este laudo.

---

<sup>60</sup> Se reitera el criterio de la Sala expuesto en sentencia complementaria del 24 de julio de 2015, exp. 20485, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

## DECISIÓN

En mérito de las consideraciones que antecede, el Tribunal de Arbitraje constituido para dirimir en derecho las controversias suscitadas entre OPERADORA DE TRANSPORTE MASIVO MOVILIZAMOS S.A como METROLÍNEA S.A., derivadas del *Contrato de Concesión Dos, de que da cuenta este proceso, administrando justicia por habilitación de las partes, en decisión unánime, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,*

### RESUELVE:

**PRIMERO: ABSTENERSE** de hacer pronunciamiento alguno respecto a la pretensión primera de la Demanda Reformada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO: NEGAR** las pretensiones SEGUNDA, TERCERA, CUARTA, QUINTA y SEXTA, contenidas en la Demanda Reformada interpuesta por OPERADORA DE TRANSPORTE MASIVO MOVILIZAMOS S.A., por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

**TERCERO: DECLARAR PROBADAS** las excepciones denominadas: "CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE CONCESION DOS POR PARTE DE METROLÍNEA S.A."; "PAGO TOTAL DE LOS COMPROMISOS DE METROLÍNEA S.A. CONFORME A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES"; "INEXISTENCIA DE ERRORES EN EL PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN DE KÍLOMETROS COMERCIALES EFECTIVAMENTE RECORRIDOS"; "INEXISTENCIA DE KILOMETROS ADICIONALES RECORRIDOS A LOS EXPRESADOS EN LAS LIQUIDACIONES BAJO ACEPTACION EXPRESA DE MOVILIZAMOS S.A.";

"DESCONOCIMIENTO POR PARTE DEL DEMANDANTE EN SUS PRETENSIONES DE LAS OBLIGACIONES RECÍPROCAS PLASMADAS EN EL CONTRATO"; "EXIGIBILIDAD DE OBLIGACIONES REALIZADAS POR MOVILIZAMOS S.A. QUE NO SE PACTARON CONTRACTUALMENTE A CARGO DE METROLINEA S.A." en forma parcial, "INEXISTENCIA DE DESEQUILIBRIO ECONOMICO CONTRACTUAL", formuladas por el METROLINEA S.A., por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

**CUARTO: NEGAR** las excepciones denominadas "INCONGRUENCIA ENTRE LOS HECHOS Y LAS PRETENSIONES FORMULADAS POR EL ACTOR"; "FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA", "CADUCIDAD"; propuestas por METROLINEA S.A., por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

**QUINTO: RECHAZAR** la excepción denominada "INEPTA DEMANDA POR INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES", por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

**SEXTO: ORDENAR DE INMEDIATO** que ejecutoriado el presente Laudo la convocada METROLINEA S.A, debe pagar al convocante MOVILIZAMOS S.A el cincuenta por ciento de los honorarios y gastos del Tribunal que ascienden a la suma de CIENTO DIEZ MILLONES CUATROSCIENTOS SESENTA Y DOS MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS (\$110.462.554) Mcte, como es su deber legal y contractual al ser una de las signatarias de la cláusula compromisoria contenidas en el contrato objeto de la presente Litis.

**SEPTIMO: ABSTENERSE** de proferir condena en costas a cargo de las partes, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente Laudo.

**OCTAVO: ORDENAR** la expedición por Secretaría de copia auténtica e íntegra de esta providencia con destino a cada una de las partes.

**NOVENO:** ORDENAR el pago de saldo de honorarios a los Árbitros y Secretario.

**DÉCIMO: DISPONER** el pago de la Contribución Especial Arbitral de que tratan los artículos 16 a 23 de la Ley 1743 de 2014, modificada por el artículo 362 de la Ley 1819 de 2016, reglamentada por los artículos 10 y 11 del Decreto 272 de 2015. Una vez efectuado el pago de la Contribución Especial Arbitral, tanto de los Arbitro como del Secretario, remitir copia del pago al Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bucaramanga para los efectos de información del pago de que trata la Ley 1743 de 2014.

**DECIMO PRIMERO:** Por Secretaría procédase a efectuar la notificación de este Laudo a la Procuraduría General de la Nación y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, para lo de su cargo y a remitir copia simple con destino al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bucaramanga.

**EL LAUDO QUEDA NOTIFICADO EN AUDIENCIA**

Cúmplase,

**SONIA PATRICIA OLIVELLA GUARIN**

**Presidente**

**FRANZ HEDERICH GARCIA**

**Árbitro**

**CARLOS GONZALEZ VARGAS**

**Árbitro**

**ROBERTO PABLO BELTRAN FLOREZ**

**Secretario**

CONSTANCIA SECRETARIAL

SE ENTREGA PRIMERA COPIA AUTÉNTICA DEL LAUDO ARBITRAL  
A LAS PARTES CONVOCANTE, CONVOCADA.

  
**ORIGINAL FIRMADO**

SECRETARIO