

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., nueve (9) de diciembre de dos mil diez (2010)

Surtidas como se encuentran la totalidad de las actuaciones procesales previstas en el Decreto 2279 de 1989, la Ley 23 de 1991, la Ley 446 de 1998 y el Decreto 1818 de 1998 para la debida instrucción del trámite arbitral, y siendo la fecha señalada para llevar a cabo la audiencia de fallo, el presente Tribunal de Arbitramento profiere el Laudo en derecho que pone fin al proceso arbitral entre **DISMACOR S.A., DIAGNOSTICENTROS ESTACIÓN DE SERVICIOS LA POPA & COMPAÑÍA LTDA. DIAPOPA LTDA. y JAIME HERNANDO LAFAURIE VEGA**, quienes integran la **UNIÓN TEMPORAL SERVICIOS INTEGRADOS Y ESPECIALIZADOS DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE DE CUNDINAMARCA – SIETT CUNDINAMARCA**, por una parte, y el **DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA**, por la otra parte, respecto de las controversias derivadas del Contrato de Concesión 101 de 2006, previo un recuento sobre los antecedentes y demás aspectos preliminares del proceso.

A. ANTECEDENTES

1. El Contrato origen de las controversias.

Es el Contrato de Concesión No. 101 de 2006 suscrito el 22 de febrero de 2006 entre la Unión Temporal **SIETT CUNDINAMARCA** (en adelante en este Laudo la **UT SIETT** o el **CONCESIONARIO**) y el **DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA** (también en adelante en este Laudo el **DEPARTAMENTO**), el cual obra en copia auténtica en el expediente a folios 591 a 605 del Cuaderno de Pruebas N° 2.

2. El Pacto Arbitral.

En la Cláusula Décima Sexta del Contrato de Concesión se pactó arbitraje en la modalidad de cláusula compromisoria en los siguientes términos:

“Toda controversia o diferencia relativa a la celebración, ejecución, terminación o liquidación de este contrato se resolverá por un Tribunal de Arbitramento, de conformidad con el artículo 70 de la Ley 80 de 1993. El Tribunal de Arbitramento tendrá sede en el domicilio contractual y funcionará en el centro de arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, por lo cual se acogerán los estatutos de dicho centro para el funcionamiento del Tribunal. El

fallo será en derecho y proferido por tres árbitros designados de mutuo acuerdo por las partes de las listas de árbitros inscritos ante el centro de arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá y en su defecto, serán designados por el Director de dicho centro”.

3. El trámite del proceso arbitral.

3.1. La demanda arbitral: El día 29 de septiembre de 2009 el apoderado de la UT SIETT presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá demanda arbitral en contra del Departamento de Cundinamarca (folios 1 a 46 Cuaderno Principal).

3.2. Designación del Árbitro: Las partes de común acuerdo designaron a los doctores **SANDRA MORELLI RICO**, **CARLOS GUSTAVO ARRIETA PADILLA** y **FLORENCIA LOZANO REVÉIZ** como Árbitros para este proceso, los dos primeros en *Reunión de Nombramiento de Árbitros* realizada el 22 de octubre de 2009 en el Centro de Arbitraje (folios 84 y 85 cuaderno principal), y la última por comunicaciones de 4 de noviembre siguiente (folios 87 y 88 cuaderno principal).

3.3. Instalación: Previas citaciones por parte del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, y conforme con lo dispuesto por el artículo 142 del Decreto 1818 de 1998, el Tribunal se instaló el 4 de diciembre de 2009 en sesión realizada en dicho Centro, (Acta N° 1, folios 104 a 107 Cuaderno Principal No. 1). En ella se designó como Presidente a la doctora **FLORENCIA LOZANO REVÉIZ** y como Secretaria a la doctora **LAURA BARRIOS MORALES**, quien el 19 de enero siguiente aceptó el cargo y tomó posesión ante la Presidente.

3.4. Admisión de la demanda y notificación: En la misma audiencia de instalación el Tribunal admitió la demanda, notificó personalmente a la representante legal de la Convocada el auto admisorio de la misma y le entregó las copias para el de traslado. De común acuerdo las partes solicitaron la suspensión de términos por lo que el traslado venció el 21 de enero de 2010.

3.5. Contestación de la demanda: El 21 de enero de 2010 el Departamento de Cundinamarca, por intermedio de apoderado especial, presentó escrito mediante el cual contestó la demanda, propuso excepciones de mérito y solicitó pruebas. En la misma oportunidad presentó demanda de reconvenición.

El Tribunal mediante auto de 27 de enero de 2010 admitió la demanda de reconvenición, ordenó correr traslado de ella y vencido dicho término, correr traslado a las partes de todas las excepciones presentadas (Acta 2, folios 173 y 174 Cuaderno Principal).

3.6. Contestación reconvenición: El 3 de marzo de 2010 el apoderado de la UT SIETT presentó la contestación a la demanda de reconvenición, propuso excepciones de mérito y solicitó pruebas.

El 15 de marzo siguiente los apoderados de las partes presentaron memoriales en los cuales se pronuncian sobre las excepciones de mérito propuestas contra sus mutuas demandas.

3.7. Audiencia de conciliación: El 15 de abril de 2010 se llevó a cabo la audiencia de conciliación con asistencia de los representantes legales de las partes y sus apoderados, sin lograrse acuerdo alguno sobre las controversias formuladas, razón por la cual se declaró fracasada y concluida la fase conciliatoria. (Acta 3, folios 278 a 281 Cuaderno Principal).

3.8. Honorarios y gastos del proceso: Fracasada la conciliación, en esa misma audiencia el Tribunal fijó las sumas correspondientes a honorarios de los Árbitros, de la Secretaria y las partidas de administración del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, gastos del proceso y protocolización del expediente, las cuales fueron pagadas oportunamente por las partes.

3.9. Primera audiencia de trámite: El 12 de mayo de 2010 se realizó la primera audiencia de trámite, en la cual se dio cumplimiento a las formalidades previstas por el artículo 147 del Decreto 1818 de 1998; el Tribunal asumió competencia para conocer y decidir en derecho las controversias entre las partes derivadas del Contrato de Concesión 101 de 2006, con fundamento en la cláusula compromisoria contenida en el mismo. Así mismo (Acta 4, folios 283 a 293 Cuaderno Principal).

3.10. Decreto de pruebas: En la primera audiencia de trámite el Tribunal resolvió sobre las pruebas solicitadas por las partes en la demanda y su contestación, en la demanda de reconvenición y en la contestación a la misma, y en los memoriales mediante los cuales se describieron los traslados de excepciones, y se decretaron pruebas de oficio. Así mismo se señalaron fechas para la práctica de las diligencias y se declaró finalizada la primera audiencia de trámite.

3.11. Instrucción del proceso:

3.11.1. La prueba documental:

Con el valor que la ley les confiere, se agregaron al expediente los documentos aportados por la parte Convocante relacionados en la demanda a folios 39 a 42 del Cuaderno Principal. Igualmente se agregaron al expediente los documentos aportados por la Convocada relacionados en la contestación de la demanda a folios 148 y 149 del mismo Cuaderno. Así mismo se incorporaron al expediente los

acompañados con la contestación a la demanda de reconvención, relacionados a folio 222 del Cuaderno Principal, y los documentos aportados con el memorial presentado por la parte Convocante mediante el cual recorrió el traslado de excepciones, relacionados a folio 256 del Cuaderno Principal. Se aportaron igualmente al expediente los documentos exhibidos por el DEPARTAMENTO y por DATA TOOLS S.A. y los aportados por el testigo Juan Fernando Góngora (Actas 6 y 7, folios 338 a 344 Cuaderno Principal)

3.11.2. Testimonios.

En audiencia de 28 de mayo de 2010 rindió testimonio Juan Carlos Saldarriaga, testigo que fue tachado de sospechoso por el apoderado de la UT-SIETT. En esa audiencia por solicitud de la Convocante y del representante del Ministerio Público se suspendió ese testimonio. (Acta 5). El 4 de junio de 2010 rindió testimonio Juan Fernando Góngora Arciniegas (Acta 7). En audiencia de 28 de junio el apoderado de la Convocada desistió del testimonio de Ruby Stella Caldas y el apoderado de la Convocante de los testimonios de Carlos Augusto Rojas Neira y Ferly Antonio Valencia, los cuales fueron aceptados por el Tribunal. Posteriormente en audiencia de 4 de junio el apoderado de la Convocada desistió de los testimonios de Rafael Eberto Rivas, María Viviana Sánchez Medina y de la continuación de la declaración de Juan Carlos Saldarriaga, que fueron aceptados igualmente por el Tribunal.

El traslado de las versiones escritas de los testimonios rendidos se efectuó mediante auto de 6 de julio de 2010, y la parte Convocante presentó observaciones que fueron adjuntadas al expediente.

3.11.3. Dictamen pericial

Por solicitud de la parte Convocante se decretó un dictamen pericial para ser rendido por un perito financiero. El Tribunal designó al doctor Eduardo Villate Bonilla quien se posesionó el 28 de mayo de 2010 y entregó el dictamen el 29 de junio siguiente; dentro del término de traslado las partes no solicitaron aclaraciones y/o complementaciones, y la Convocada objetó el dictamen por error grave, objeción que resolverá el Tribunal más adelante en este Laudo.

3.11.4. Inspección judicial con exhibición de documentos

El Tribunal decretó y practicó diligencia de inspección judicial con exhibición de documentos en las oficinas de DATA TOOLS S.A., la cual se llevó a cabo el 10 de junio de 2010 con la participación del perito. Se incorporaron al expediente los documentos que se relacionan en el Acta 7 que obra a folios 342 y 344 del Cuaderno Principal.

3.11.5. Exhibición de documentos

De oficio el Tribunal decretó y practicó diligencia de exhibición de documentos en poder del Departamento de Cundinamarca. En sesión de 4 de junio se exhibieron parte de los documentos solicitados en la demanda y en el memorial mediante el cual se describió el traslado de excepciones, los cuales se incorporaron al expediente en copia auténtica. Quedó pendiente aportar por parte del DEPARTAMENTO una certificación así como los controles de advertencia de la Contraloría Departamental; documentos que fueron aportados posteriormente al expediente el 15 y 22 de junio siguiente.

3.12. Alegatos de conclusión

Recaudado así el acervo probatorio se declaró concluida la etapa de instrucción del proceso y el Tribunal en sesión de 22 de julio de 2010 llevó a cabo audiencia de alegaciones, en la que cada una de las partes formuló oralmente sus planteamientos finales y entregaron memoriales con un resumen de los mismos, que se agregaron al expediente. El 3 de agosto siguiente, dentro del término adicional concedido por el Tribunal, el Procurador Décimo Judicial Administrativo entregó su concepto sobre esta litis, documento que se incorporó al expediente. Este laudo se referirá en el análisis de los temas a decidir a las antedichas argumentaciones.

3.13. Renuncia y reemplazo de un Árbitro

Consta en el expediente que con comunicación de 24 de agosto de 2010 la doctora **SANDRA MORELLI RICO** informó a las partes y a los demás integrantes del Tribunal su renuncia al cargo de Árbitro. En razón de lo anterior se suspendió el proceso y el 12 de noviembre de 2010 el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio informó a la Presidente del Tribunal que las partes, de común acuerdo, habían designado al doctor **HERNANDO HERRERA MERCADO** como tercer Árbitro, con lo cual se reintegró el Tribunal, de lo cual da cuenta el Auto de 23 de noviembre de 2010, en el que además se fijó fecha para la audiencia en que se profiere el presente laudo.

4. Término de duración del proceso.

Conforme lo dispuso el Tribunal al asumir competencia, el término de duración de este proceso es de seis (6) meses contados a partir de la fecha de finalización de la primera audiencia de trámite, según lo dispone el artículo 19 del Decreto 2279 de 1989 modificado por el 103 de la Ley 23 de 1991.

La primera audiencia de trámite de este proceso se realizó el **12 de mayo de 2010** (Acta 4), con lo cual el término del proceso vencería el **12 de noviembre de 2010**; sin embargo, como se informó

anteriormente, en virtud de la renuncia de un Árbitro, el proceso se suspendió desde el 24 de agosto de 2010 y hasta el 23 de noviembre siguiente, fecha en la cual se reintegró el Tribunal, es decir que la suspensión tuvo una duración de 91 días. Según lo anterior el término de este proceso vence el **11 de febrero de 2011**, por lo que el Tribunal se encuentra dentro de la oportunidad legal para proferir este laudo arbitral.

5. Presupuestos Procesales¹.

El Tribunal encuentra cumplidos los requisitos indispensables para la validez del proceso arbitral y que las actuaciones procesales se desarrollaron con observancia de las previsiones legales; no se advierte causal alguna de nulidad y por ello puede dictar Laudo de mérito, el cual se profiere en derecho. En efecto de los documentos aportados al proceso y examinados por el Tribunal se estableció:

5.1. Demanda en forma: Tanto la demanda como la demanda de reconvencción cumplieron los requisitos exigidos por el artículo 75 del C. de P. C. y normas concordantes, y por ello, en su oportunidad, el Tribunal las sometió a trámite.

5.2. Competencia: Conforme se declaró por Auto del 12 de mayo de 2010, proferido en la primera audiencia de trámite (Acta N° 4), el Tribunal es competente para conocer y decidir en derecho las controversias entre las partes derivadas del Contrato de Concesión 101 de 2006, con fundamento en su Cláusula Compromisoria contenida en el mismo.

Las partes de este proceso, en ejercicio del derecho constitucional fundamental de acceso a la administración de justicia, al tenor de los artículos 116 de la Constitución Política², 8º y 13 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia número 270 de 1996, 3º, 111 de la Ley 446 de 1998, 115 del Decreto 1818 de 1998, están facultadas para acudir al arbitraje como mecanismo de solución de las controversias y ante la imposibilidad de solucionarlas por la vía del arreglo directo han acudido al arbitramento y comparecido por conducto de sus representantes legales y apoderados judiciales, concurriendo la plenitud de las exigencias normativas para tal efecto para someter sus diferencias al conocimiento y decisión de árbitros.

Por otra parte, la arbitral como expresión de la jurisdicción del Estado, encuentra reconocimiento y legitimidad constitucional, y por su virtud

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 19 de agosto de 1954.

² El Artículo 116, inciso 4º, modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo Número 003 de 2002, establece: *“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.*

se confiere transitoriamente la función pública de administrar justicia a sujetos habilitados por las partes y el ordenamiento jurídico, según el artículo 116 de la Constitución Política a cuyo tenor:

“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.”

La naturaleza jurisdiccional de la jurisdicción arbitral está consagrada igualmente en los artículos 8º y 13 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, 270 de 1996, en los artículos 3 y 111 de la Ley 446 de 1998 y ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional.³

5.3. Capacidad: Tanto la Convocante como la Convocada, son sujetos plenamente capaces para comparecer al proceso y tienen capacidad para transigir, por cuanto de la documentación estudiada no se encuentra restricción alguna al efecto; las diferencias surgidas entre ellas, sometidas a conocimiento y decisión por parte de este Tribunal, son susceptibles de definirse por transacción y, además, por tratarse de un arbitramento en derecho, han comparecido al proceso por conducto de sus representantes legales y de sus apoderados, debidamente constituidos.

6. Partes Procesales.

6.1. Convocante, está conformada por quienes integran la Unión Temporal Servicios Integrados y Especializados de Tránsito y Transporte de Cundinamarca – SIETT Cundinamarca, así:

6.1.1. DISMACOR S.A. es una sociedad comercial que, según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá de septiembre 23 de 2009 (folios 51 a 54 del Cuaderno Principal) está domiciliada en Bogotá, fue constituida mediante Escritura Pública N° 4667 del 24 de noviembre de 1978 de la Notaría 2ª de Bucaramanga, la cual fue reformada en varias oportunidades. Comparece al proceso a través del señor **CARLOS ORLANDO RIASCOS SERRANO**, en su calidad de Representante Legal, quien otorgó el poder para la actuación judicial.

³ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de mayo 29 de 1969, Ponente, Luis Sarmiento Buitrago, G.J. CXXXVII, n. 2338, pp. 58 ss; Sentencia de 28 de julio de 1977, Ponente, Eustorgio Sarria, G.J. CLVI, n. 2396, pp. 210 ss; C-42 de 1991; Corte Constitucional, sentencias T-592/92, C-059/93, C-226/93, T-538/94, C-247/94, T-057/95, C-294/95, SU-342/95, C-431/95, T-544/95, C-451/95, T-268/96, C-037/96, C-242 de 1997, (anotando: “2. El arbitramento es una institución que implica el ejercicio de una actividad jurisdiccional que con carácter de función pública se concreta en la expedición de fallos en derecho o en equidad”); C-160/99; C-163 de marzo 17 de 1999, C-642 de 9 de septiembre de 1999; SU-091 febrero 2 de 2000; C-330 de 22 de marzo de 2000, C-1436 de octubre 25 de 2000, C-60, 24 de enero de 2001; C-1038 de 28 de noviembre de 2002.

6.1.2. JAIME HERNANDO LAFAURIE VEGA, EN CONCORDATO, persona natural con certificado de matrícula expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá que obra a folios 55 y 56 del Cuaderno Principal, quien otorgó poder para la actuación judicial.

6.1.3. DIAGNOSTICENTROS Y ESTACIÓN DE SERVICIO LA POPA & COMPAÑÍA LTDA. – DIAPOPA LTDA. es una sociedad comercial que según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Honda el 26 de junio de 2009 (folios 57 a 59 del Cuaderno Principal No. 1) está domiciliada en Honda (T), fue constituida mediante Escritura Pública N° 211 del 18 de marzo de 1999 de la Notaría Única de Honda, la cual ha sido reformada en varias oportunidades. Comparece al proceso a través del señor **FABIO ALFONSO TORRES ACOSTA**, en su calidad de Representante Legal, quien otorgó el poder para la actuación judicial.

La Unión Temporal UT SIETT está representada legalmente, según el contrato de su constitución, por **ROBERTO PABLO JANIO MARTINERA**, quien firmó el Contrato de Concesión No. 101 de 2006 el 22 de febrero de 2006. Posteriormente, el 6 de junio de 2007, las partes firmaron un Otrosí al contrato de constitución de la UT SIETT de 28 de enero de 2006, en el cual se designó como representante legal al señor **JUAN CARLOS ZULUAGA RENGIFO**, quien se desempeña en la fecha como representante legal.

6.2. Convocada: Es el **DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA**, representado por la doctora **NORA FERNANDA MARTÍNEZ**, en su calidad de Secretaria Jurídica, quien otorgó el poder para la actuación judicial.

7. Apoderados judiciales.

Por tratarse de un proceso de mayor cuantía y de un arbitramento en derecho, por cuanto así se estipuló en la cláusula compromisoria, las partes comparecen al proceso arbitral representadas por abogados; la Convocante por el doctor **WEINER ARIZA MORENO** y la Convocada por el doctor **JORGE PINO RICCI**. La personería de estos mandatarios fue reconocida oportunamente por el Tribunal.

8. Pretensiones de la demanda:

El apoderado de la UT-SIETT en la demanda, a folios 2 a 6 del Cuaderno Principal, formuló las siguientes pretensiones:

“I. PRETENSIONES

1. Pretensiones declarativas

1.1. Que se declare en relación con las compensaciones del

CONCESIONARIO en el recaudo de multas por infracciones de tránsito lo siguiente:

1.1.1. Que el DEPARTAMENTO ha liquidado las mismas en contra de lo dispuesto en el Código Nacional de Tránsito, al no aplicar las deducciones de ley en la forma establecida en el mismo.

1.1.2. Que en el período comprendido entre el 17 de abril y el 30 de julio de 2008 el DEPARTAMENTO tuvo una conducta contradictoria, pues inicialmente y de modo procedente ordenó liquidar las compensaciones conforme a lo establecido en el Código Nacional de Tránsito y, posteriormente, solicitó que se liquidaran sin aplicar las deducciones de ley, en contradicción con lo dispuesto en dicho Código.

1.2. Que se declare que el DEPARTAMENTO ha incumplido de modo grave, reiterado e injustificado el Contrato de Concesión 101-2006, así:

1.2.1. Al no reconocer ni pagar al CONCESIONARIO la totalidad de las compensaciones que le corresponden por el recaudo de las multas por infracciones de tránsito, como resultado de una liquidación de las mismas que contraría lo dispuesto en el Código Nacional de Tránsito.

1.2.2. Al no reconocer ni pagar al CONCESIONARIO desde el mes de marzo de 2008, los ingresos por concepto de escuelas de conducción.

1.2.3. Al no abonar al CONCESIONARIO las compensaciones resultantes de las transferencias efectuadas por concepto de recaudo externo de las multas por infracciones de tránsito a través de la Federación Nacional de Municipios (Programa SIMIT), correspondientes a los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2007, así como las relativas al período comprendido entre enero y septiembre de 2008.

1.2.4. Al no reconocer al CONCESIONARIO los intereses de mora causados como consecuencia de no transferir en forma diaria las compensaciones que le corresponden al mismo, en los períodos comprendidos entre el 23 de marzo al 30 de abril de 2006 y julio y agosto de 2007.

1.2.5. Al no gestionar ni devolver los dineros correspondientes a los saldos a favor del CONCESIONARIO por concepto de las multas por infracciones de tránsito, cuando las mismas se han incorporado y recaudado erróneamente como impuestos por la Policía de Carreteras, en el período comprendido entre septiembre de 2006 a julio de 2009.

1.2.6. Al no reembolsar al CONCESIONARIO, durante todo el curso de la ejecución contractual, las devoluciones por concepto de los gastos de impulso procesal y demás conceptos, a los cuales se encuentra obligado el DEPARTAMENTO.

1.2.7. Al no permitirle al CONCESIONARIO ejecutar todas las actividades relacionadas con el Registro Nacional Automotor en forma eficiente e ininterrumpida y al ordenar al operador tecnológico DATA TOOLS S.A., suprimir y restringir los perfiles de acceso al sistema de los funcionarios del CONCESIONARIO, especialmente los que le permiten ingresar al sistema de información para realizar ajustes y correcciones a la información incorporada en la base de datos, modificando las condiciones estipuladas en el contrato.

1.2.8. Al negarse a reconocer las inversiones efectuadas por el CONCESIONARIO en la forma señalada en el PROTOCOLO DE DESARROLLO DE LOS ASPECTOS ECONOMICOS DEL CONTRATO de 21 de marzo de 2006 y, concretamente, las contenidas en los informes de inversión correspondientes a febrero, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre, diciembre de 2008 y enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio y agosto de 2009, y demás que resulten probadas dentro del proceso, inversiones que serán reconocidas por este Tribunal.

1.2.9. Al no incrementar para el año de 2009 y con el IPC correspondiente al mismo (7.67%), las tarifas o derechos de trámites de tránsito fijados en el Decreto 00374 del 29 de Diciembre de 2.008.

1.3. Que se declare que con todo ello el DEPARTAMENTO ha violado la obligación de reconocer al CONCESIONARIO la remuneración a la que efectivamente tiene derecho, propiciando con ello una afectación de sus ingresos y una ruptura del equilibrio económico y financiero del contrato.

2. Pretensiones de condena

2.1. Que se condene al DEPARTAMENTO a pagar al CONCESIONARIO todas las sumas, costos, extracostos y perjuicios actuales y futuros que resulten de la prosperidad de las pretensiones anteriores, reconociendo todas las sumas que aparezcan probadas en el proceso y, dentro de ellas, las siguientes:

2.1.1. Sumas dejadas de cancelar por concepto de la indebida liquidación de las compensaciones contractuales por concepto del recaudo de multas por infracciones de tránsito y, dentro de ellas, las correspondientes al período comprendido entre el 17 de abril y el 30 de julio de 2008.

2.1.2. Sumas dejadas de cancelar por concepto de los ingresos denominados escuelas de conducción.

2.1.3. Sumas no abonadas en las transferencias efectuadas por el DEPARTAMENTO al CONCESIONARIO por concepto del recaudo externo de las multas por infracciones de tránsito a través del Programa SIMIT.

2.1.4. Sumas correspondientes a los intereses moratorios causados por el pago extemporáneo de las compensaciones correspondientes al período comprendido entre el 23 y el 30 de abril de 2006 y de julio y agosto de 2007 por concepto del recaudo externo de multas.

2.1.5. Sumas correspondientes a los saldos por concepto de multas por infracciones de tránsito consideradas erróneamente como impuestos por la Policía de Carreteras.

2.1.6. Sumas dejadas de cancelar por concepto del no reembolso de los gastos de impulso procesal.

2.1.7. Sumas no ingresadas al CONCESIONARIO por no incrementar las tarifas de trámites de 2009 con el IPC aplicable para ese año.

2.1.8. Sumas que resulten de las obligaciones a que se refieren las pretensiones declarativas de esta demanda y que resulten incumplidas durante el trámite del Tribunal.

2.1.9. Sumas que resulten indispensables para el restablecimiento del equilibrio económico y financiero del Contrato de Concesión No. 101 de 2006.

2.2. Que las sumas de dinero que resulten de las pretensiones de condena se actualicen debidamente, mediante la aplicación del IPC que sea certificado por el DANE.

2.3. Que, igualmente, respecto de cualquier suma de dinero que resulte en favor del CONCESIONARIO, se liquiden intereses comerciales moratorios a la tasa más alta autorizada o, subsidiariamente, los intereses que sean decretados por el Tribunal.

2.4. Que se ordene al DEPARTAMENTO reconocer al CONCESIONARIO sobre las sumas objeto de la eventual condena, intereses comerciales moratorios a partir de la ejecutoria del laudo, tal como lo prescribe el artículo 177 del C.C.A. y lo ha ordenado la Corte Constitucional en la sentencia C-188/99.

2.5. Que se condene al DEPARTAMENTO a pagar todas las costas

del proceso y las agencias en derecho.”

9. Hechos de la demanda:

La parte Convocante fundamenta sus pretensiones en los hechos que relaciona en la demanda, a folios 6 a 38 del Cuaderno Principal, a los cuales se referirá el Tribunal al estudiar los temas materia de decisión.

10. Excepciones de mérito formuladas contra la demanda:

El apoderado del DEPARTAMENTO en la contestación de la demanda, a folios 109 a 150 del Cuaderno Principal N° 1, formula las siguientes excepciones de mérito:

“1. Inexistencia de incumplimiento contractual por parte del DEPARTAMENTO de la obligación de liquidación y transferencia de los porcentajes de participación establecidos como remuneración de los concesionarios del servicio de tránsito.

“2. Inexistencia de incumplimiento contractual por la no aprobación de las inversiones efectuadas por el contratista.

“3. Inexistencia de incumplimiento contractual por impago de sumas por concepto de participaciones contractuales por recaudo externo del SIMIT.

“4. Inexistencia de incumplimiento contractual por la no cancelación de ingresos por concepto de escuelas de conducción.

“5. Ausencia de configuración del silencio administrativo positivo a favor del concesionario.

“6. Inexistencia de incumplimiento contractual por falta de reembolso de gastos por impulso procesal en procesos de cobro coactivo.

“7. Inexistencia de modificación de las condiciones contractuales respecto de la facultad de administrar y operar la inscripción y modificación en el registro nacional automotor.

“8. Sumas a favor del contratista por concepto de liquidación de multas erróneamente POLCA – PONAL.”

11. Pretensiones de la demanda de reconvención:

El apoderado del DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA en la demanda de reconvención, a folio 162 del Cuaderno Principal, formuló las siguientes pretensiones:

“II. PRETENSIONES

1. *Que se declare la existencia del pago de lo no debido por concepto de comparendos impuestos por la Policía Nacional, al estar cancelándose al concesionario un porcentaje superior al expresamente previsto en el pliego de condiciones y en los estudios previos de factibilidad que elaboraron la estructuración financiera del proyecto de concesión.*

2. *Que en consecuencia, se condene a la UNIÓN TEMPORAL DE SERVICIOS INTEGRADOS Y ESPECIALIZADOS DE TRANSITO Y TRANSPORTE DE CUNDINAMARCA- UT SIETT CUNDINAMARCA, a saber, DISMACOR S.A., DIAGNOSTICENTROS Y ESTACIÓN DE SERVICIOS LA POPA & COMPAÑÍA LIMITADA -DIAPOPA LTDA., y JAIME HERNANDO LAFAURIE VEGA., al reembolso de la suma de \$ 2.481.348.893, más la actualización o indexación correspondiente, o el mayor valor que se logre probar por parte de este Tribunal de arbitramento como pago de lo no debido.”*

12. Hechos de la demanda de reconvención:

El apoderado del DEPARTAMENTO fundamenta sus pretensiones en los hechos que relaciona en la demanda de reconvención, a folios 157 a 162 del Cuaderno Principal, a los cuales se referirá el Tribunal al estudiar los temas materia de decisión.

13. Excepciones de mérito formuladas contra la demanda de reconvención:

El apoderado de la UT SIETT, en la contestación de la demanda de reconvención, a folios 203 a 221 del Cuaderno Principal N° 1, formula las siguientes excepciones de mérito:

“1. Excepción de improcedencia de efectuar la deducción del 50% sobre el valor de las multas por comparendos impuestos por la Policía Nacional (Policía de Tránsito Urbano) en la liquidación de las compensaciones correspondientes al CONCESIONARIO.

“2. de creación de una obligación no contemplada en la ley y no prevista en el Pliego de Condiciones.

“3. Excepción de inexistencia de pago de lo no debido.

“4. Improcedencia de una condena en contra del CONCESIONARIO.

“5. Excepciones generales”.

B. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Con fundamento en los antecedentes fácticos expuestos por cada una de las partes en sus demandas y de réplica a los escritos de su contraparte, así como en las normas legales que soportan sus reclamaciones y defensas, y el acervo probatorio recaudado en este trámite arbitral, procede el Tribunal a resolver los diferentes temas puestos en conocimiento por las partes, y en primer lugar, se ocupará de aquellos asuntos que de acuerdo a la ley requieren de una definición previa, así:

1.- De la objeción al dictamen pericial

Dentro del término de traslado del dictamen pericial rendido por el doctor Eduardo Villate Bonilla el apoderado de la parte Convocada, sin hacer uso de la oportunidad para solicitar aclaración o complementación al mismo, formuló de una vez objeción por error grave, a la que en su traslado se opuso la parte Convocante.

Según lo establece el artículo 238 del C. de P. C. en su numeral 4., las partes pueden objetar por error grave un dictamen pericial *“siempre que el error haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en éstas”*; por su parte la Corte Suprema de Justicia ha establecido en qué consiste el error grave:

“(…), si se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos...”⁴. Pues lo que caracteriza desaciertos de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje, “... es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven...”, de donde resulta a todas luces evidente que las tachas por error grave a las que se refiere el numeral 1º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil “... no pueden hacerse consistir en apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada. Cuando la tacha por error grave se proyecta sobre el proceso intelectual del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando ni

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 13 de Junio de 1957. Magistrado Ponente Dr. José Jaramillo Giraldo.

aplicando correctamente la norma legal y por lo mismo es inadmisibile para el juzgador, que al considerarla entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que inevitablemente lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva...⁵.

La anterior providencia fue reiterada en el proceso No 16519, Sentencia del 29 de agosto de 2002, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, M. P. Carlos Augusto Gálvez Argote; igualmente, en la Sentencia de reemplazo dictada en el Expediente No. C-4533 el 12 de agosto de 1997, por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente José Fernando Ramírez Gómez (S-043/97).

Igualmente, y tal y como lo determinó la Corte Constitucional⁶:

“...para que prospere la objeción contra un peritazgo es indispensable, en términos del artículo 238, numeral 4, que exista un error grave o de gran magnitud.

“Todo peritaje debe ceñirse al objeto de lo pedido. El objeto de lo pedido, en términos del artículo 236 del Código de Procedimiento Civil es determinado por el juez”. Según el análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia realizado, si bien la divergencia entre los términos del peritaje y lo solicitado puede llegar a constituir error grave, se hace indispensable que se haya tomado “como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto”.

A su turno, la justicia arbitral se ha ocupado de estudiar el tema de la objeción por error grave a un dictamen. Sobre el particular ha dicho:⁷

*“(...) La objeción a un dictamen (...), “per se implica la coexistencia de **dos factores** que deben tener **presencia conjunta** y que son: a)- **que exista** error; y b)- que tal equivocación **sea grave** y de estirpe **fáctica**, pues al respecto no procede invocar errores jurídicos o de estirpe legal.”*

Como – según el citado Laudo – lo ha dicho la Corte, el error consiste en la disconformidad entre la inteligencia y la verdad,

⁵ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 29 de Septiembre de 1941. Magistrado Ponente Dr. Arturo Tapias Pilonieta.

⁶ Sentencia de la Corte Constitucional T-920/04.

⁷ Laudo proferido el 20 de octubre de 2002 para dirimir la controversia entre Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P Vs La Previsora S.A. y Compañía de Seguros, el Tribunal transcribe apartes, a su vez, del Laudo arbitral de 30 de noviembre de 2000 mediante el cual se resolvió la controversia entre el Instituto de Desarrollo Urbano - IDU y la Sociedad Ingenieros Civiles Asociados S.A. de C.V. - ICA

pues para que se configure un error, debe originarse en una falsa creencia, o sea si ocurre que tal creencia no correspondió a la realidad (sentencia de la Sala Civil, del 2 de diciembre de 1.942, LV, 204).

*Continúa el Laudo: “En cuanto al citado primer componente del binomio en cuestión, para determinar si existe el error, a su vez deben desdoblarse y cotejarse dos extremos fundamentales: de un lado **el acto que se considere erróneo**; y del otro **la ostensible realidad**.*

*“Como segundo factor de los relatados en el punto anterior, debe darse el otro componente integral del citado binomio, consistente en que, si el error existiere debe ser **grave**, esto es, grande, de bulto o de mucha entidad o importancia.*

*“Sin considerar que se sale del tema y para refrendar esta obligada calificación de gravedad y para obligar a los jueces y pretores a tenerla en cuenta, ya los romanos decían: “De minimus non curat pretor”. Indudable aserto que, paralelamente y ahora ha sido prohijado y recogido por la normatividad de nuestro recurso de casación, que exige que el error sea **manifiesto. Es decir**, que brille al ojo y que, además, tenga **trascendencia**.”*

De conformidad con lo expuesto, si el error grave que se invoca no afecta las conclusiones de los expertos o no se originan en aquellas, el juez puede hacer caso omiso de tal error, si es verdad que éste se presenta, y tener en cuenta las conclusiones de los peritos como sustento de la sentencia que debe proferir. Así mismo se considera que la objeción no puede fundamentarse en discrepancias con el método empleado por el perito para llegar a sus conclusiones, ni mucho menos pueden cuestionarse sus razonamientos sobre los resultados de la cosa examinada. Sobre la base de las anteriores premisas pasa el Tribunal a resolver las objeciones propuestas.

La objeción propuesta se funda básicamente en la respuesta que dio el perito a tres preguntas, más concretamente a las contenidas en los numerales 1.1. y 1.3. del cuestionario de la UT SIETT, y a la formulada por la Convocada en desarrollo de la inspección judicial con intervención de peritos practicada en las oficinas de la sociedad DATA TOOLS S.A.

Considera el objetante que el perito desbordó el límite de sus facultades al contestar en el punto 1.1. más de aquello que se le había pedido, por lo cual la respuesta no solicitada no puede ser tenida en cuenta, mucho menos cuando ésta se contradice con las cifras suministradas en respuesta al numeral 1.3., y por ello afirma el apoderado del DEPARTAMENTO que *“Esta diferencia de valores, así como la absolución de un interrogante no incluido por la parte*

Convocante en su cuestionario, son errores del dictamen que no tienen (sic) justificación alguna que conduzca a su validación”.

El Tribunal ha examinado el cuestionario formulado al perito así como las respuestas dadas al mismo y, en los puntos en cuestión acabados de mencionar, no encuentra que el dictamen contenga error grave que obligue a descartarlo como prueba.

En efecto, en la pregunta 1.1. se le pidió al perito calcular *“la suma dejada de cancelar por el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA a SIETT por concepto de la indebida liquidación de las compensaciones contractuales por el recaudo de multas por infracciones de tránsito ...”*, para lo cual debía *“reliquidar los recaudos obtenidos por ese concepto desde el 23 de Marzo de 2.006, fecha en que se inició la ejecución contractual”*, y en el ejercicio matemático propuesto debía deducir de las multas, en su orden, los porcentajes legales y contractuales aplicables, según criterio de la UT SIETT, lo cual fue atendido en debida forma por el perito.

La inconformidad de la parte Convocada con esta respuesta radica en que, supuestamente, el perito excedió sus facultades al calcular, además, *“una diferencia entre lo transferido al SIETT y lo que se le debería transferir con el porcentaje solicitado para los supuestos de recaudo externo a través del SIMIT”*, lo cual según la parte Convocada no se le pidió al perito.

Para el Tribunal la respuesta del perito cumple con el objeto de la pregunta y no desborda las facultades que se le dieron, pues la parte Convocante le pidió, según la interpretación que dicha parte hace del contrato, que estableciera las sumas que el Departamento de Cundinamarca dejó de cancelarle a la UT SIETT por concepto de la indebida liquidación de las compensaciones contractuales por el recaudo de multas por infracciones de tránsito, lo cual obviamente incluye el recaudo externo que se haga por el pago de tales infracciones, pues si bien no se incluyó específicamente este ítem, lo cual sería innecesario, tampoco hay razones para que se excluyan, pues tales recursos, es decir, los provenientes del recaudo externo hacen parte de los ingresos operacionales disponibles sobre los cuales, según el contrato, se liquidan las compensaciones a que tiene derecho el concesionario, tal y como se ha venido haciendo en el desarrollo contractual. Por lo tanto era necesario que el perito en la reliquidación de las compensaciones que se le pidió también incluyera los recursos provenientes del recaudo externo.

En lo que se refiere a la objeción a la respuesta del numeral 1.3., el Tribunal encuentra que tampoco existe error grave, pues las cifras que suministró el perito no tenían por qué coincidir con las del numeral 1.1., pues se trataba de aspectos diferentes.

Como se acaba de ver, en el numeral 1.1. el perito debía establecer las sumas dejadas de transferir por el DEPARTAMENTO a la UT SIETT por “*la indebida liquidación de las compensaciones contractuales por el recaudo de multas por infracciones de tránsito*”, lo cual corresponde a un escenario hipotético que propone el demandante según la interpretación que hace de unas disposiciones del Código Nacional de Tránsito y de unas estipulaciones contractuales, que supuestamente imponen un orden en la aplicación de las deducciones legales y contractuales antes de pasar a calcular la compensación de este concesionario, tema de fondo que precisamente es el que debe definir el Tribunal en este laudo.

Ahora bien, en respuesta a la pregunta del numeral 1.3. el perito debía establecer las sumas que en realidad ha dejado de pagar el DEPARTAMENTO a la UT SIETT por concepto del recaudo externo de las multas, sin aplicación de la tesis propuesta por el concesionario, es decir, aplicando la interpretación que defiende el DEPARTAMENTO.

Para los cálculos correspondientes el perito se limitó a establecer la diferencia entre los montos establecidos en las Actas elaboradas por el DEPARTAMENTO, suscritas tanto por el funcionario de esta entidad como por el representante de la UT SIETT, y las sumas efectivamente transferidas por éste al concesionario. Es decir que se trataba de establecer una deuda real y no hipotética, cuyo exigibilidad no depende incluso de las resultas de este proceso. Por lo anterior, no procede la comparación de cifras que hace al apoderado de la Convocada para soportar la objeción, lo cual desvirtúa el error endilgado en este sentido al dictamen.

Finalmente, en cuanto a la objeción formulada por el apoderado de la parte Convocada porque el perito supuestamente no respondió la única pregunta planteada por dicha parte, donde debía establecer, en lo que se refiere a las sumas que supuestamente debe reintegrarle el concesionario al DEPARTAMENTO, si la liquidación proyectada por la Directora del Proyecto era correcta o cuál lo era, el Tribunal considera que el perito tampoco incurrió en error que le pueda restar eficacia a su experticio.

En primer lugar encuentra el Tribunal que no podía el perito aprobar o descalificar la liquidación aportada por el DEPARTAMENTO según la pregunta planteada, porque ello implicaba conceptuar sobre si los porcentajes allí aplicados eran los correctos o no, y que de haber resuelto hubiera constituido un juicio de carácter jurídico que le es vedado dar, pues suplantaría la competencia que le fue otorgada por las partes al Tribunal, tema que por demás corresponde precisamente al que debe ser resuelto al estudiar la demanda de reconvención.

De otra parte, el Tribunal no encuentra que el perito se hubiese abstenido de responder esta pregunta, pues en su entendido su trabajo

se limitaba a la verificación aritmética de un CD que contenía las liquidaciones en mención y por ello indicó en un cuadro los porcentajes que aplicaba el DEPARTAMENTO. Lo que impidió al perito *“profundizar en el análisis matemático”* fueron las inconsistencias que detectó en los cálculos, como en el caso de del Municipio de Cáqueza, donde a pesar de que anuncian la aplicación de un 37,98%, al verificar las operaciones se encuentra que se aplicó en promedio el 38,18%, sin que medie explicación alguna, según el perito.

Si lo que la parte pretendía con la pregunta en cuestión era que se establecieran las sumas que eventualmente debía reintegrar el concesionario, en caso de que prosperara la demanda de reconvencción, así debió plantearlo desde un comienzo o aclararlo dentro del traslado del dictamen para que el perito hiciera los cálculos correspondientes, antes de pasar a objetar el experticio en este punto.

Por todas las consideraciones anteriores el Tribunal declarará no probadas las objeciones propuestas contra el dictamen pericial.

2.- De la tacha de un testigo.

En audiencia de 28 de mayo de 2010, el apoderado de la parte Convocante formuló tacha de sospecha al testimonio de Juan Carlos Saldarriaga Gaviria, sobre la base de que el testigo, cuando fue interventor del Contrato 101 de 2006, expuso dos posiciones contradictorias sobre un mismo punto, lo que podría afectar ahora su credibilidad. En traslado de ésta el apoderado de la parte Convocada solicitó no aceptar la tacha, pues es viable que una persona pueda asumir diferentes interpretaciones *“frente a unas cláusulas o estipulaciones que no son lo suficientemente claras”*. Por ser la oportunidad para ello, procede el Tribunal a resolver la tacha de sospecha propuesta, para lo cual considera:

El artículo 217 del Código de Procedimiento Civil establece:

“Son sospechosas para declarar las personas que en concepto del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés con relación a las partes o a sus apoderados, antecedentes personales u otras causas”

Por su parte el artículo 218 del ordenamiento de las formas procesales señala:

“(...)Cuando se trate de testigos sospechosos, los motivos y pruebas de la tacha se apreciarán en la sentencia, o en el auto que falle el incidente dentro del cual se solicitó el testimonio; (...).

El juez apreciará los testimonios sospechosos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso.”

La Corte Suprema de Justicia sobre los testigos sospechosos ha dicho:

“La ley no impide que se reciba la declaración de un testigo sospechoso, pero la razón y la crítica del testimonio aconsejan que se le aprecie con mayor severidad, que al valorarla se someta a un tamiz más denso de aquél por el que deben pasar las declaraciones de personas libres de sospecha.”⁸

De acuerdo con las normas y jurisprudencia citadas la formulación de la tacha no impide que el juez escuche al testigo, sino que le obliga a hacer una valoración más cuidadosa al momento de estudiar ese testimonio, para establecer si la ocurrencia de cualquiera de las circunstancias que invoca la norma pueden afectar la credibilidad del declarante y con ello restarle valor probatorio a su exposición, con lo cual no podría ser tenido como medio de convicción o fundamento de la decisión que sobre el tema litigioso principal se debe adoptar.

Cuando se tacha un testimonio lo que se hace es poner en duda que el testigo dirá la verdad o que será imparcial en su declaración, por tener alguna relación con las partes o por sus antecedentes personales.

En el caso en estudio la tacha se funda en que el testigo Saldarriaga Gaviria, en su calidad de Interventor del contrato origen de la litis, expuso dos interpretaciones diferentes sobre el tema de cuál es la base sobre la que deben liquidarse las compensaciones del concesionario UT SIETT, las cuales quedaron recogidas en varias comunicaciones, y por ello su testimonio estaría afectado por tales posturas.

El Tribunal ha estudiado con detenimiento el testimonio del interventor del contrato y no encuentra manifestación que pudiera afectar su credibilidad; si bien es cierto que el declarante tuvo vinculación laboral con la parte demandada no se deduce de su exposición ánimo especial en querer favorecerla, ni se infiere un interés particular en las resultas de este pleito.

Es un hecho cierto, según se extrae de las demás pruebas del expediente y lo reconoce el propio declarante Saldarriaga Gaviria, que en cumplimiento de sus funciones como interventor del Contrato 101 de 2006, en el mes de marzo de 2008 dio instrucciones a DATA TOOLS sobre la forma como debía liquidarse la participación a los destinatarios del valor de las multas por infracciones de tránsito y que esas instrucciones modificaban la forma como se estaban realizando tales liquidaciones desde el inicio de la ejecución contractual; también

⁸ Sentencia de 12 de febrero de 1980, M.P. Dr. José María Esguerra Samper

es cierto que en julio del mismo año, el interventor cambió de nuevo las instrucciones para la liquidación del recaudo de las multas, regresando al esquema inicial.

Para el Tribunal el cambio de instrucciones en la forma de hacer las liquidaciones se soportó en la información que pudo tener el declarante en su momento, sin que pudiera constituir ahora motivo de censura o sospecha el cambio de postura posterior. Las interpretaciones disímiles que expuso el interventor del contrato no son suficientes por sí solas para desechar la declaración tachada, ni están proscritas por la ley, pues aunque lo ideal es que las personas siempre expongan una misma línea de pensamiento, es posible que con base en la percepción de las cosas que se tenga en un momento dado modifiquen la interpretación que hagan de la realidad. No es procedente aceptar la tacha del testigo sobre la base del simple cambio de instrucciones o que ello perjudicó o no a una parte, o a ambas, lo que interesa saber es si las instrucciones impartidas se ajustaron al contrato, lo cual no puede deducirse únicamente con esta declaración, y por ello el Tribunal no desestimaré el testimonio cuestionado, el cual será apreciado en este laudo, a la luz de la sana crítica, en conjunto con los demás elementos probatorios.

3.- La demanda principal.

Los integrantes de la UT SIETT -que se han identificado plenamente en los antecedentes de este Laudo- han puesto en conocimiento de este Tribunal y sometido a su decisión controversias derivadas del Contrato de Concesión 101 de 2006, suscrito con el Departamento de Cundinamarca el 22 de febrero de 2006, amparados para ello en el pacto arbitral contenido en dicho documento.

Del examen de la demanda presentada por la UT SIETT (en adelante también el Concesionario) en contra del Departamento de Cundinamarca (en adelante el Departamento) el Tribunal encuentra que aunque las pretensiones declarativas y de condena ya transcritas al comienzo de este laudo están agrupadas en tres bloques, todas confluyen en una misma aspiración: que se reconozca el rompimiento del equilibrio económico y financiero del Contrato de Concesión No. 101 de 2006 y se adopten las medidas para restablecerlo.

En esencia la pretensión principal de la demanda, o al menos la de mayor trascendencia e impacto en el contrato entre las partes es la pretensión 1.1.1, referida a una supuesta indebida liquidación que hace el DEPARTAMENTO de las compensaciones a que el CONCESIONARIO tiene derecho en el recaudo de multas por infracciones de tránsito, la cual tiene relación con la pretensión 1.2.1 donde se endilga un incumplimiento grave al DEPARTAMENTO por no reconocer ni pagar al CONCESIONARIO la totalidad de las

compensaciones que le corresponderían si se liquidaran en la forma como lo indica la Convocante, y la pretensión 1.1.2, en forma concordante con las anteriores, busca que se declare que en la ejecución contractual la Convocada ha tenido conductas contradictorias en la forma de liquidar dichas compensaciones.

Las pretensiones 1.2.2 a 1.2.6 persiguen que se declare el incumplimiento por parte del DEPARTAMENTO de otras obligaciones pecuniarias a su cargo; las pretensiones 1.2.7 y 1.2.8 se refieren, respectivamente, a las dificultades de acceso al Registro Nacional Automotor por parte de la UT SIETT y a la negativa del DEPARTAMENTO en reconocer las inversiones efectuadas por el CONCESIONARIO en periodos determinados; y con la pretensión 1.2.9 se persigue que se declare incumplido al DEPARTAMENTO por no incrementar en el año 2009 las tarifas de los servicios o derechos de trámites de tránsito.

La pretensión 1.3. de la demanda se encamina a que, como lo estableció antes el Tribunal, se declare que el DEPARTAMENTO violó el contrato por no reconocerle al Concesionario la remuneración a que tiene derecho, *“propiciando con ello una afectación de sus ingresos y una ruptura del equilibrio económico y financiero del contrato”*.

Las pretensiones de condena persiguen, como es de suponer, que se disponga el pago de todas las sumas que en criterio del CONCESIONARIO le adeuda el Departamento, bien por la indebida liquidación de las compensaciones o por otros ítems contractuales, más actualización, intereses y costas. De éstas destaca el Tribunal la pretensión 2.1.9. donde se reclaman las *“sumas que resulten indispensables para el restablecimiento del equilibrio económico y financiero del Contrato de Concesión No. 101 de 2006”*

El Tribunal avocará el estudio de las pretensiones en la forma como fueron presentadas en la demanda principal, pero previamente fijará un marco de referencia frente al tema central del litigio: la supuesta ocurrencia del rompimiento del equilibrio económico del contrato y, finalmente, frente a los incumplimientos que se encontraren probados ordenará, si es del caso, las medidas que correspondan para restablecerlo.

4.- Naturaleza jurídica del Contrato de Concesión No. 101 de 2006 y régimen jurídico aplicable.

Para la definición de las controversias el Tribunal considera necesario identificar, en primer lugar, la naturaleza del contrato del cual dimanen éstas, para luego determinar el régimen jurídico que le es aplicable.

El primer aspecto que se debe tener en cuenta para determinar la naturaleza del contrato es el subjetivo, que tiene en cuenta la naturaleza jurídica de las partes que lo han celebrado. De los documentos que obran en el expediente consta que una de las partes que concurrió a la suscripción del contrato origen de la litis fue el Departamento de Cundinamarca, el cual de acuerdo con la definición que trae el literal a) del numeral 1o. del artículo 2o. de la Ley 80 de 1993, es una entidad estatal⁹. Lo anterior es suficiente para concluir, con base en lo dispuesto por el artículo 13 de la misma ley, que el contrato 101 de 2006 es un contrato estatal, de los definidos por el artículo 32 ibídem¹⁰ y se encuentra sometido a las disposiciones del Estatuto General de Contratación Estatal, y en aquellas cuestiones no reguladas en él se aplicarán las normas comerciales y civiles que sean pertinentes¹¹.

Concordante con lo anterior, del examen del acervo probatorio encuentra el Tribunal que el Contrato 101 de 2006 es el producto de un proceso de selección enmarcado dentro de la Licitación Pública SGL-006 de 2005, mediante la cual el Departamento de Cundinamarca pretendió contratar a título de concesión *“la operación y organización de algunos servicios administrativos de la Secretaría de Tránsito y Transporte del Departamento”* (Clausula 1.1 de los Pliegos de Condiciones). Dentro de dicho proceso licitatorio la UT SIETT presentó su oferta el 30 de enero de 2006, la cual obtuvo el máximo de calificación posible: 1.000 puntos, y el DEPARTAMENTO mediante Resolución 071 de febrero 15 de 2006 le adjudicó el contrato, que fue suscrito el 22 de febrero de 2006 y cuya ejecución se inició el 23 de marzo siguiente.

En el capítulo 5 de los Pliegos de Condiciones está contenida la *Descripción Técnica del Proyecto*, y en el numeral 5.1.1. se establece el objeto específico de la concesión, así:

“Operar y organizar las áreas del giro ordinario de la Secretaría de Tránsito y Transporte, incluyendo la tramitación y expedición de las especies venales delegadas por el Ministerio de Transporte y,

⁹ “Artículo 2o. De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley:

1o. Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, **los departamentos**, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; (...).”

¹⁰ “Artículo 32. De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: (...)”

¹¹ “Artículo 13. De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley. (...)”

en general, la operación, autorización de inscripción y modificación del Registro Nacional Automotor y Registro Nacional de Conductor.

El proponente manejará los aspectos operativos y administrativos que no sean del objeto del Contrato 031 de 2002 suscrito con el concesionario Data Tools (ANEXO No. 1) y, en especial, tendrá las siguientes funciones: (...)

En los numerales 5.1.1.1. a 5.1.1.8. se especifican las labores a cargo del contratista en lo relativo a trámites de tránsito; suministro y control de especies venales; prestación de servicios de patios y grúas; implementación, administración y operación de centros de reconocimiento de conductores; recuperación de cartera; y coordinación operativa – atención al usuario.

En el numeral 1.4 del Capítulo Primero de los Pliegos de Condiciones se estableció el régimen jurídico aplicable, en los siguientes términos:

“El régimen jurídico aplicable a este proceso de contratación y al contrato que se adjudique en virtud del mismo, es el previsto en este pliego de condiciones, en las disposiciones pertinentes de la ley 80 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios, en concordancia con lo dispuesto en el Decreto Departamental 180 de 2004, la Ley 789 de 2002, sus decretos reglamentarios y demás normas pertinentes. En lo que las citadas disposiciones no regulen particularmente, se aplicarán las normas comerciales y civiles vigentes”.

La precisión que se ha hecho en cuanto a la naturaleza jurídica de una de las partes del contrato y la descripción tanto del objeto de la Licitación SGL-006 como del propio Contrato 101 de 2006, permite al Tribunal concluir, sin necesidad de ahondar en mayores detalles, que el contrato origen de la litis es un contrato de concesión enmarcado dentro de la definición que trae el numeral 4. del artículo 32 de la Ley 80 de 1993¹², regido de forma general, como en el mismo pliego se menciona, por las normas de dicha Ley 80 de 1993 y adicionalmente por las disposiciones del Código Nacional de Tránsito Terrestre contenidas en la Ley 769 de 2002, y en lo no previsto en tales estatutos se aplicarán las normas comerciales y civiles.

¹² Artículo 32, numeral 4.: **Contrato de Concesión.** “Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”.

5.- Las estipulaciones contractuales.

Considera pertinente el Tribunal hacer una breve enunciación de las estipulaciones contractuales, en especial de aquellas que guardan relación con las controversias que se debaten en este proceso arbitral.

En la cláusula Primera del Contrato 101 de 2006 se definió su objeto, ya mencionado anteriormente, y se precisó además que:

“(...) la prestación de los servicios objeto del presente contrato, implican actividades de administración y operación del DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA – SECRETARIA DE TRANSITO Y TRANSPORTE entregada al concesionario, sobre los servicios objeto de la Licitación Pública SGL-006 de 2005. Por lo anterior, el contratista se obliga con el Departamento a realizar las inversiones necesarias para el diseño, implementación, montaje y operación que soporte dichos servicios, así como a aportar la totalidad de infraestructura requerida para el cabal desempeño de las funciones, todo ello de manera complementaria a las inversiones y labores contratadas en el contrato 031 de 2002”.

En la Cláusula Segunda se determinaron las obligaciones tanto del contratista como del Departamento; en la Tercera se indicó que el valor del contrato era indeterminado pero determinable y para efectos del otorgamiento de pólizas y otros se tomó el valor de inversión ofertado por el proponente que fue de \$18.000 Millones. En la cláusula Cuarta se estableció que la remuneración del Concesionario correspondería a: *“las compensaciones a que hace referencia el literal b del numeral 2.13 del pliego de Condiciones en concordancia con el porcentaje contenido en la oferta presentada, los cuales forman parte integral del presente contrato”*

En la cláusula Quinta se fijó en 12 años el plazo de ejecución contractual; en la Sexta se estableció la exclusión de relación laboral entre las partes; la cláusula Séptima regula lo relativo al otorgamiento de garantías por el Concesionario. En la Octava se estableció que el control y vigilancia del contrato se ejercería por una Interventoría. En la cláusula Novena se fijaron las sanciones que podría imponer el Departamento al Concesionario. En virtud de la cláusula Décima se entienden incorporadas al contrato las disposiciones de la Ley 80 de 1993 referidas a la interpretación, modificación, terminación unilateral y caducidad del contrato. En la cláusula Décima Primera condicionó la posibilidad de cesión del contrato por el contratista a la obtención de autorización previa de su contraparte; en la Décima Segunda se estableció el mecanismo de liquidación del contrato; en la Décima Tercera se precisaron los requisitos de perfeccionamiento y de ejecución del mismo; en la Décima Cuarta se relacionaron los

documentos que forman parte del contrato; en la Décima Quinta se fijó a la ciudad de Bogotá D.C. como domicilio contractual; en la Décima Sexta se incluyó la cláusula compromisoria y en la Décima Séptima se advirtió que este contrato estaría sometido al control de veedurías ciudadanas.

De acuerdo a la demanda, el tema litigioso tiene que ver principalmente con la remuneración del Concesionario, el cual se encuentra definido en la cláusula Cuarta del contrato y se analizará más adelante.

6.- Del restablecimiento del equilibrio económico del Contrato de Concesión 101 de 2006.

La Ley 80 de 1993 consagra como principio orientador de la contratación pública el de la preservación del equilibrio económico del contrato estatal, y para tal efecto establece varias preceptos contenidos en los artículos 3; 4, numerales 3°, 8° y 9°; 5, numeral 1°; 14, numeral 1° y 27, los cuales fijan deberes y derechos tanto de la entidad estatal contratante como del contratista que propenden por garantizar y mantener durante la ejecución del contrato las condiciones económicas tenidas en cuenta al momento de su suscripción.

Así por ejemplo, en el artículo 4, referido a los derechos y deberes de las entidades estatales, se establece:

“3°. Solicitarán la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato”

“8o. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios. (...)”

“9o. Actuarán de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse”.

Así mismo, entre los derechos y deberes de los contratistas, en el numeral 1° del artículo 5 se estableció que éstos:

“Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.”

El artículo 14 que trata de de los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual, precisa en el numeral 1o. que éstas:

“Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial. (...)

Por último el artículo 27 precisa que:

“En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento”.

De acuerdo a la jurisprudencia, las disposiciones transcritas contemplan dos clases de circunstancias que autorizan la restauración

del equilibrio económico: la *“teoría de la imprevisión”* y el *“hecho del príncipe”*; las primeras se refieren al acaecimiento de hechos extraordinarios, que no dependen de la voluntad o actuar de las partes, que son posteriores a la suscripción del contrato y que alteran la ecuación financiera del contrato. Las segundas surgen por conductas positivas o negativas de la Administración que inciden en el contrato. En ambos casos la Administración deberá i) garantizar al contratista su derecho a recibir la remuneración pactada y a que ésta se mantenga durante la vigencia del contrato, o ii) pagar a éste las compensaciones o indemnizaciones que correspondan, según sea el caso.

Sobre el alcance del principio del restablecimiento del equilibrio financiero contenido en el Estatuto General de Contratación Pública, la jurisprudencia arbitral ha dicho:

“Las provisiones de los numerales 8 y 9 del artículo 4º de la Ley 80 se encaminan a obligar a las entidades estatales a que adopten las medidas necesarias para mantener las condiciones del contrato y actúen para evitar que sobrevengan factores de onerosidad en el cumplimiento. Mientras que las reglas de los artículos 5, 14 y 27 de la ley, se instituyen para que se preserve el equilibrio económico en los contratos estatales por distintas causas.

Precisamente, con fundamento en estas últimas normas de la Ley 80, la doctrina de autores, la jurisprudencia del Consejo de Estado y la arbitral, se han encargado de precisar las circunstancias que constituyen factores o causas de alteración del equilibrio económico en los contratos estatales y que dan motivo a su restablecimiento: 1. Por el comportamiento de la entidad estatal, como sería el empleo de las facultades excepcionales o el incumplimiento de las obligaciones a su cargo; 2. Por los actos de la administración -Hecho del Príncipe-; y 3. Por situaciones imprevistas no imputables a las partes o factores ajenos a éstas.

Ha dicho el Consejo de Estado, en sentencia de 21 de julio de 1999, de la Sección Tercera: “Como lo ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia, el equilibrio económico puede verse alterado durante la ejecución del contrato, por las siguientes causas:

“1º Por actos o hechos de la entidad administrativa contratante.

“2º Por actos de la administración como Estado –Hecho del Príncipe-.

“3º Por factores exógenos a las partes del negocio.-Teoría inicialmente llamada de la imprevisión.

“La primera causa se presenta cuando el rompimiento de la ecuación financiera del contrato estatal se produce por la sola actuación de la administración como contratante; por ejemplo, no cumple en la forma debida con las obligaciones derivadas del contrato, de cuyo comportamiento deriva la responsabilidad para la administración.

“La segunda causa, conocida como Hecho del Príncipe, se presenta por causas imputables al Estado, como el ejercicio de sus potestades constitucionales y legales, cuya voluntad se manifiesta mediante leyes o actos administrativos de carácter general.

“La tercera causa, tiene que ver con la teoría inicialmente enunciada como de la imprevisión, que involucra circunstancias no imputables al Estado, externas al contrato pero con incidencia en él”.

La ecuación económica, a que alude el artículo 5º de la Ley 80, se fundamenta en dos aspectos centrales: a. en la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas, apenas como una aproximación sustancial a la teoría de la imprevisión, desconocida por el Código Civil mas aceptada por la doctrina de Corte Suprema desde 1936 e incorporada en el Código de Comercio en el artículo 868 con esta presentación normativa: “Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración del contrato de ejecución periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que resulte excesivamente onerosa...”; b. Por el incumplimiento de la entidad estatal contratante.

Cuando el desequilibrio gira alrededor de la ocurrencia de situaciones imprevistas, se parte de la noción de que los hechos y circunstancias que las motivaron o las consecuencias producidas, no se hubieran podido prever o considerar por la parte que sufre el menoscabo económico al momento de la celebración del contrato y se extienden a acontecimientos y consecuencias que debieron preverse.

Por eso se ha sostenido que el contrato es un acto de previsión que implica, igualmente, una distribución de riesgos. El contratista desde el momento mismo que pretende su vinculación sustancial debe saber o entender que pueden presentarse riesgos dentro del alea normal del contrato que, por tanto, son previsibles. Esto es, en un contrato estatal los riesgos por alea normal los asume el contratista, bajo el entendido de que los hechos y circunstancias, cualesquiera sean, permitan el restablecimiento del desequilibrio económico que pueda ocurrir. El Consejo de Estado Sección

Tercera, se ha ocupado de esta materia en sentencia de 25 de noviembre de 1999: "...La doctrina ha entendido que en todo contrato con el Estado, el contratista debe soportar a su propio costo y riegos el álea normal de toda negociación, no así el álea anormal, cuyas consecuencias deben serle resarcidas o atenuadas. Lo que significa que la situación del cocontratante debe ser finalmente tal que pueda lograr la ganancia razonable que habría obtenido de cumplirse el contrato en las condiciones normales..."

Y anteriormente, en sentencia de 9 de mayo de 1996, la Sección Tercera del Consejo de Estado había dicho: "...La Sala no pretende desconocer que todo contratista con el Estado, asume la obligación de soportar un riesgo contractual de carácter normal y si se quiere inherente a todo tipo de contratación pública. Pero tampoco podrá admitirse que en una relación contractual de derecho público, el contratista deba asumir riegos anormales o extraordinarios, de suficiente entidad como para afectar la estructura económica del contrato, hasta el punto de impedirle obtener los beneficios, utilidades o provechos pecuniarios contractualmente presupuestados. Aquellas contingencias implicarían en su contra un indebido sacrificio frente a la satisfacción de un interés general, cuya beneficiaria si bien directamente es la comunidad, viene a serlo pero por la gestión de la propia administración, pero con clara desproporción económica del contrato como consecuencia inmediata de la pérdida del equilibrio financiero del mismo, cuyo restablecimiento en últimas corresponde disponerlo al juzgador a falta de acuerdo conciliatorio entre las partes"¹³

Con observancia del anterior marco normativo y jurisprudencial el Tribunal examinará más adelante si los incumplimientos que la UT SIETT le imputa en la demanda al DEPARTAMENTO alteraron la ecuación económica y financiera del contrato a tal punto que sea necesario ordenar su recomposición. Previamente el Tribunal se ocupará del estudio de cada uno de los supuestos incumplimientos contractuales del DEPARTAMENTO, los que sumados han dado origen al desequilibrio del contrato como lo alega la parte Convocante.

7.- El incumplimiento contractual del DEPARTAMENTO por la indebida liquidación y transferencia de las compensaciones derivadas del recaudo de multas por infracciones de tránsito.

Inicialmente advierte el Tribunal que la pretensión 1.1. de la demanda contiene dos subcapítulos, uno referido a las diferencias con respecto

¹³ Laudo arbitral de 28 de agosto de 2002 proferido por el Tribunal que conoció de las controversias entre el Consorcio Cosacol-Hanover, de una parte, y Ecopetrol y Ecogas, de la otra, con sede en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

al procedimiento como debe practicarse la liquidación de las compensaciones a que tiene derecho el Concesionario UT SIETT como contraprestación dentro del Contrato 101 de 2006 (pretensión 1.1.1.), y otro relacionado con la conducta del DEPARTAMENTO al introducir modificaciones en determinado periodo contractual a la forma como se hace la liquidación de las referidas compensaciones (pretensión 1.1.2). Así mismo el Tribunal encuentra que la pretensión 1.2.1., hace referencia al supuesto incumplimiento del DEPARTAMENTO por no reconocer ni pagar a la UT SIETT las compensaciones que le corresponderían si se aplicara la liquidación que éste considera la correcta, aspecto que depende necesariamente de la decisión que se adopte respecto de la pretensión 1.1.1. No obstante que estas pretensiones son especies de un mismo género, el Tribunal avocará el estudio de éstas en forma separada, tal y como lo propuso la parte Convocante.

7.1.- Controversias relativas a la forma como se hace la liquidación de las compensaciones del Concesionario en el recaudo de multas por infracciones de tránsito (pretensión 1.1.1.).

7.1.1.- La demanda.

Esta pretensión fue formulada en los siguientes términos:

“1.1. Que se declare en relación con las compensaciones del CONCESIONARIO en el recaudo de multas por infracciones de tránsito lo siguiente:

1.1.1. Que el DEPARTAMENTO ha liquidado las mismas en contra de lo dispuesto en el Código Nacional de Tránsito, al no aplicar las deducciones de ley en la forma establecida en el mismo.

Los hechos que sirven de fundamento a esta pretensión, según lo consignado en la demanda, se pueden resumir así:

a) En primer lugar la parte Convocante transcribe el literal b) del numeral 2.13. del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública SGL 006 de 2005, modificado por la Adenda 1, estipulación que define la remuneración del concesionario por todo concepto, y luego menciona que como el DEPARTAMENTO no estaba liquidando adecuadamente las participaciones por concepto de ingresos por multas de infracciones de tránsito, pues se estaba liquidando la participación de DATA TOOLS S.A. sin atender la deducción legal que debe hacerse a la Federación Nacional de Municipios, el representante del CONCESIONARIO, en escrito SIETT-GG-1185-07 del 28 de diciembre de 2007 dirigido a la Secretaria General del Departamento, le expresó que existía una

inadecuada determinación de la base de liquidación de las participaciones contractuales porque de acuerdo con el artículo 10 del Código Nacional de Tránsito Terrestre (en adelante CNTT) el SIMIT debía obtener el 10% del valor recaudado por comparendos y según el parágrafo 2 del artículo 159 del mismo CNTT, la Policía de Carreteras debía percibir el 50% del valor de la multa que se recaude por los comparendos impuestos por dicho cuerpo de agentes de tránsito. Así las cosas, si DATA TOOLS tiene como participación contractual pactada el 26.70% sobre los ingresos de multas, ese porcentaje no puede liquidarse teniendo como base el 100% del recaudo, toda vez que de ser así se estaría liquidando sin tener en cuenta las deducciones de ley.

b) Se afirma que posteriormente el interventor y Director de Servicios de la Secretaría de Tránsito y Transporte, doctor Juan Carlos Saldarriaga Gaviria reconoció, en Oficio 0582 del 26 de marzo de 2008, dirigido a la Directora del proyecto de DATA TOOLS, que el DEPARTAMENTO no venía efectuando adecuadamente la liquidación de las participaciones por el concepto de multas de tránsito y señaló la parametrización de los recursos provenientes del SIMIT, así:

“POLCA:

- 58.2% GOBERNACIÓN que comprende el 45% Polca y el 13.2 GOBERNACIÓN
- 12.01% DATA
- 19.79 SIETT

PONAL

- 24.03% DATA
- 26.39% GOBERNACIÓN
- 39.58% SIETT

De los recursos recaudados en las sedes del Departamento por concepto de comparendos

- 24.03% DATA
- 36.39% GOBERNACIÓN que comprende el 10% Simit y el 26.39 Gobernación
- 39.58% SIETT”¹⁴

c) El 28 de marzo de 2008, mediante comunicación DPTC-062-08, la Gerente de DATA TOOLS señaló que en virtud de las instrucciones contenidas en el Oficio 0582, había modificado los porcentajes de distribución por concepto de las multas e infracciones de tránsito, pero solicitó que esa decisión fuera revisada, a lo que el interventor y Director de Servicios de la Secretaría de Tránsito y Transporte respondió en Oficio STT 0711 de 14 de abril de 2008 que primero deberían efectuarse las deducciones legales (10% SIMIT y 50% POLCA), y agregó que:

“(…) los remanentes de las deducciones legales de obligatoria aplicabilidad, si deben ser destinados por el organismo de tránsito

¹⁴ Folio 9, Cuaderno Principal

a planes de tránsito, educación, dotación de equipos, combustible y seguridad vial; sin perjuicio que existan particulares que participen en el proceso de administración, liquidación, recaudo y distribución de las multas, como es el caso de DATA TOOLS S.A. y la Unión Temporal SIETT en relación con la SECRETARIA DE TRANSITO Y TRANSPORTE DE CUNDINAMARCA, a los cuales se deben realizar las transferencias de dichos remanentes conforme a estipulaciones contractuales definidas.

4. Así las cosas, no puede pretenderse desconocer unas deducciones legales sobre valores recaudados por multas con la idea que previamente en un proceso contractual se habían definido condiciones diferentes. Es decir, el hecho del legislador obliga tanto a la Administración como a los contratistas como a cualquier ciudadano a sujetarse a las nuevas previsiones, y no puede continuarse pretendiendo que sea únicamente la Secretaría de Tránsito y Transporte de Cundinamarca la que siga soportando los efectos de la ley a cuento de mantener incólume unas estipulaciones económicas contractuales que de hecho se veían afectadas desde la celebración del contrato.

En ese orden de ideas, seguir calculando el porcentaje de participación de DATA TOOLS sobre el 100% del valor pagado por el usuario no sólo desconoce la Ley, sino que están obteniendo su retribución sobre porcentajes que ni siquiera la entidad contratante puede contemplar como propias.

Tenemos entonces que al establecer el legislador destinación especial para determinados recursos que se captan por recaudo de multas por infracciones de tránsito, no significa otra cosa que tales recursos son propiedad ni de disposición de las entidades territoriales. Cómo podría entonces pagarse un porcentaje sobre ingresos que no pertenecen a la Secretaría de Tránsito y Transporte de Cundinamarca?

5. Por las anteriores razones, y teniendo en cuenta que ajustar las distribuciones de porcentajes económicos contractuales a las disposiciones legales vigentes al momento de la celebración del contrato, no constituye un desmejoramiento de las estipulaciones pactadas sino simplemente el acomodamiento al marco normativo superior, la SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE DE CUNDINAMARCA ha dispuesto que realicen las modificaciones porcentuales ya comunicadas en el Oficio STT 0582 del 28 de marzo de 2008, las cuales ratifica en el presente escrito”.¹⁵

¹⁵ Folios 9-10, Cuaderno Principal

d) Mediante comunicación DPTC-100-08 DATA TOOLS solicitó la reconsideración de la decisión que modificó el porcentaje de retribución pactada en el Contrato de Concesión 031 de 2002, correspondiente al 26.7% del valor que se facturaba al usuario, a lo que el interventor y Director de Servicios de la Secretaría de Tránsito y Transporte mediante Oficio STT 1029 de 11 de junio de 2008, contestó:

“Resulta imposible desde el punto de vista legal, contractual y fiscal para la Secretaría de Tránsito y Transporte de Cundinamarca continuar permitiendo una remuneración al concesionario DATA TOOLS S.A. que incluya valores que de ninguna manera han entrado ni pertenecen a este organismo de tránsito.

Ni más ni menos eso consiste en perpetuar un pago de lo no debido, en razón a que la Secretaría de Tránsito nunca ha tenido la obligación contractual de liquidar el porcentaje de retribución de DATA TOOLS S.A. sobre sumas que no le corresponden por disposición legal, como usted muy bien las conoce y cita en su escrito, Artículo 10 y 159 Parágrafo 2 y 160 del Código Nacional de Tránsito.

Conforme a lo anterior, nos encontramos estudiando los mecanismos mediante los cuales se exijan el reembolso de lo percibido por DATA TOOLS S.A. de manera contraria a esta interpretación del contrato.”¹⁶

e) En consideración a las respuestas dadas a DATA TOOLS, el representante de la UT SIETT, en escrito SIETT-GG-0592-08 de julio de 2008, dirigido al Secretario General del DEPARTAMENTO, insistió en el tema de la indebida liquidación de las participaciones, así como en el supuesto incumplimiento del DEPARTAMENTO al Contrato de Concesión 101 de 2006, en los siguientes términos:

“Es tan evidente que las deducciones o distribuciones ordenadas por la ley tienen que afectar a todos los actores en la distribución de recursos, que hasta el porcentaje determinado para la Policía de Carreteras inicialmente fijado en la mitad del valor de la multa (50%), se ve disminuido a un (45%) teniendo en cuenta que el SIMIT percibe el (10%) del valor total de la multa. Es decir, un porcentaje determinado por la ley como es el de la Policía de Carreteras, se ve afectado por la misma ley que en una disposición anterior prevé una distribución para otra entidad.

Lo anterior contrasta con el porcentaje con que se liquida a DATA TOOLS S.A., el cual corresponde al (26.70%) sobre el valor del total pagado por el usuario, es decir, que las deducciones o

¹⁶ Folios 10-11, Cuaderno Principal

*distribuciones ordenadas por la Ley no le afectan ni modifican su participación*¹⁷.

Para respaldar su posición, la UT SIETT calculó las participaciones contractuales haciendo el ejercicio de qué porcentaje les correspondería a cada uno de los partícipes si se liquida el porcentaje de DATA TOOLS sobre la totalidad del ingreso, y cuánto si se calculara tal porcentaje teniendo en cuenta las deducciones legales como ellos lo entienden.

f) La anterior reclamación no sólo no fue atendida, sino que la Secretaría de Tránsito y Transporte del Departamento, mediante Oficio STT-DS-1340 de 28 de julio de 2008, ordenó modificar los porcentajes de distribución de participaciones contractuales respecto de multas por infracciones de tránsito. Ante ello, la UT SIETT mediante escrito SIETT-GG-0609-08 de julio de 2008, dirigido al interventor y Director de Servicios Administrativos de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Cundinamarca, se opuso a esta decisión, reiterando los argumentos por los cuales consideraba que la liquidación era contraria al CNTT, al no efectuarse las deducciones conforme a la ley.

g) Se afirma en la demanda que el DEPARTAMENTO no solo no atendió la solicitud del CONCESIONARIO sino que en abierta contradicción con su propia decisión resolvió, mediante Acta No. 007 de agosto de 2008 *“De liquidación provisional y orden de transferencia de recaudo externo SIMIT”*, suscrita por el Director de Servicios de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Cundinamarca y un funcionario del DEPARTAMENTO, deducir de la participación del CONCESIONARIO la suma de \$128.105.052. Así mismo, el 15 de agosto de 2008 se suscribió el *“ACTA DE COMPENSACIÓN POR REINTEGRO DE RECAUDO LOCAL DE MULTAS E INFRACCIONES DE TRÁNSITO DEL 17 DE ABRIL AL 30 DE JULIO DE 2008 POR DIFERENCIA EN PORCENTAJES DE DISTRIBUCIÓN PARAMETRIZADO EN DICHO PERÍODO”*, por parte del Director de Servicios de la Secretaría de Tránsito y la firma DATA TOOLS S.A., lo que dio origen a la orden de transferencia dirigida a la Directora de Tesorería mediante el Oficio STT- DS 1512, de 20 de agosto de 2008.

h) La parte Convocante afirma que todo lo anterior contraría lo dispuesto en el Código Nacional de Tránsito, y para respaldar su posición cita un concepto jurídico emitido por el doctor Jaime Orlando Santofimio, quien para la época era Asesor Externo del DEPARTAMENTO.

i) Por último, el demandante afirmó que *“se mantiene el incumplimiento del DEPARTAMENTO sobre el presente hecho, por lo que le adeuda al CONCESIONARIO, a 30 de julio de 2009, la suma de*

¹⁷ Folio 11, Cuaderno Principal

DOS MIL SESICIENTOS TREINTA Y SEIS MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS (\$2.636.287.353), sin incluir actualizaciones ni intereses”.

7.1.2.- La contestación de la demanda.

La Convocada se opuso a esta pretensión con fundamento en los argumentos que enseguida se resumen:

a) En primer lugar, citó los numerales 1.1., 1.3., 2.13. y 4.10. del Pliego de Condiciones, aclarando que mediante la Adenda No. 1 se modificó el numeral 2.13 del Pliego, suprimiéndose la expresión “*brutos*” que acompañaba la palabra ingresos como base sobre la cual se calcularía en principio la remuneración del concesionario, y disponiéndose en su reemplazo que sería sobre los ingresos operacionales que se deduciría dicha remuneración, quedando incólumes los porcentajes de ingresos operacionales que el DEPARTAMENTO tiene comprometidos.

b) Expresó que del numeral 2.13 del Pliego de Condiciones, la cláusula Cuarta del contrato de concesión y el estudio previo realizado por la firma consultora EQUITY INVESTMENT se evidencia que el proponente obtendría como remuneración por los servicios prestados y las inversiones realizadas una participación máxima del 60% de los ingresos operacionales netos que le corresponden al DEPARTAMENTO, “*una vez sean deducidas las comisiones de la Policía de Carreteras, de la Federación Nacional de Municipios para el funcionamiento del SIMIT, y del concesionario DATA TOOLS...*”¹⁸

c) Se afirma que las condiciones de orden económico que circundaron al Contrato 101 de 2006 no son las mismas que pactó el DEPARTAMENTO con DATA TOOLS en el Contrato 031 de 2002, por cuanto la normatividad que regía para el momento de la realización de cada uno de los procesos licitatorios que desembocaron en la suscripción de esos contratos era distinta.

d) Que contrario a lo que dice la parte demandante en lo que atañe a la obligatoriedad de la Ley 769 de 2002 tanto para el concesionario DATA TOOLS como para el SIETT, en el caso de la primera concesión rige es el Decreto 1344 de 1970. Lo anterior cobra relevancia si se tiene en cuenta que aún cuando el contrato de concesión 031 de 2002 celebrado con DATA TOOLS fue suscrito cuando ya había entrado en vigencia la Ley 769 de 2002, el pliego de condiciones que fungió como ley del procedimiento de selección y de las condiciones contractuales se elaboró con base en lo estipulado en el Decreto Ley 1344 de 1970, por lo que necesariamente lo fijado en la ley que disciplina la licitación debe verse reflejado en la minuta del contrato.

¹⁸ Folio 114, Cuaderno Principal

e) Añadió la Convocada que *“los contratos estatales son el resultado de una actuación continuada que comprende una fase de tratativas prenegociales en las que se va formando el contenido del negocio jurídico que finalmente se suscribe”*. Cita jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional sobre la vigencia de la ley en el tiempo en materia de contratación estatal.

f) Como segundo argumento para oponerse a la pretensión del demandante, la parte Convocada manifestó que es claro que el carácter intangible del pliego de condiciones que rigió el proceso de selección de DATA TOOLS le impedía al DEPARTAMENTO modificar las condiciones económicas allí consignadas con posterioridad al cierre de la licitación. Agregó que el principio de presunción de legalidad de los actos administrativos y la intangibilidad de los pliegos de condiciones obliga a quienes suscribieron el Contrato 101 de 2006 a ejecutarlo conforme a las condiciones definidas en el pliego que lo rige como ley del contrato, y se cita jurisprudencia del Consejo de Estado sobre ese punto en particular.

g) Se argumenta que luego de adjudicado el proceso de selección que condujo a la suscripción del contrato, el adjudicatario adquiere un derecho consolidado que no puede ser desconocido con el cambio de las condiciones económicas al momento de suscribir el contrato. Para la Convocada el literal b) del numeral 2.13. del Pliego de Condiciones fue claro al indicarle al proponente que su remuneración se basaría en un sistema de compensaciones en el que recibiría un porcentaje de los ingresos operacionales *“DISPONIBLES”* del DEPARTAMENTO, puesto que primeramente debían efectuarse una serie de deducciones al operario DATA TOOLS, a la Policía de Carreteras y a la Federación Nacional de Municipios para la implantación y actualización del SIMIT. Agrega que si se observa con cuidado el cuadro consignado en el literal b) del numeral 2.13. del Pliego, primeramente se relacionan los porcentajes de DATA TOOLS, POLCA y SIMIT, y luego se enuncia el 18,3% disponible por concepto de recaudo de multas por infracción de tránsito, del cual se deduciría el 60% a favor del concesionario, es decir, el 10,98%.

h) Manifiesta la Convocada que *“las afirmaciones respecto de la contrariedad de la liquidación de la participación del concesionario SIETT a la legislación y a los pliegos de condiciones, carecen de todo sustento jurídico, debiéndose resaltar más bien que es la obligación del concesionario respetar la fuerza obligatoria que se desprende del contrato, conforme al principio general de pacta sunt servanda y el tenor del artículo 1602 del Código Civil...”*¹⁹

¹⁹ Folio 124, Cuaderno Principal

i) Concluye la parte Convocada diciendo que contrario a lo enunciado por la parte demandante, las multas si son de propiedad del organismo de tránsito que funciona en el ente territorial en cuya jurisdicción se comete la infracción, lo cual se respalda en la sentencia C-385 de 2003 de la Corte Constitucional y la sentencia de 10 de febrero de 2006 de la Sección Quinta del Consejo de Estado.²⁰

j) Como excepción de mérito específica contra la pretensión en estudio, la Convocada propuso la que denominó *“Inexistencia de incumplimiento contractual por parte del DEPARTAMENTO de la obligación de liquidación y transferencia de los porcentajes de participación establecidos como remuneración de los concesionarios del servicio de tránsito”*.

7.1.3.- Medios de prueba

a. Documentales: Reposan en el expediente los siguientes documentos relevantes para decidir esta pretensión:

- i) Pliego de Condiciones de la Licitación Pública SGL-006 de 2005.
- ii) Contrato 101 de 2006.
- iii) Correspondencia cruzada entre las partes y el integrador del proyecto.

7.1.4.- Alegatos de conclusión

7.1.4.1.- Parte Convocante: En términos generales se reiteran los argumentos expuestos en la demanda. Adicionalmente, se cita el testimonio rendido en el proceso por el señor Juan Fernando Góngora y el control de advertencia que hizo la Contraloría Departamental de Cundinamarca el 25 de marzo de 2010, con miras a demostrar la forma ilegal en que supuestamente el DEPARTAMENTO ha liquidado las participaciones de la UT SIETT.

7.1.4.2.- Parte Convocada: Grosso modo se reafirman los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, con fundamento en los cuales debe negarse esta pretensión.

7.1.4.3.- El Ministerio Público: Con escrito de 3 de agosto de 2010 el señor Procurador Décimo Judicial Administrativo, doctor Víctor Buitrago, presentó el concepto del Ministerio Público para este proceso, en el cual sólo se pronunció sobre la pretensión principal de la demanda de la UT SIETT y solicitó no acogerla.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de 10 de febrero de 2006, Expediente No. 25000232600020050009301.

7.1.5.- Lo que el Tribunal considera probado

El acervo probatorio de este proceso da cuenta de la apertura por el Departamento de Cundinamarca el 29 de diciembre de 2005 del proceso licitatorio distinguido como SGL-006 de 2005 que tenía como objeto *“contratar a título de concesión la operación y organización de algunos servicios administrativos de la Secretaría de Tránsito y Transporte del Departamento”* (Cláusula 1.1.).

Quedó probado igualmente que el 30 de enero de 2006 la UT SIETT presentó oferta, la cual luego de ser evaluada con el máximo puntaje posible, condujo a la adjudicación del contrato mediante Resolución 0071 de 15 de febrero de 2006. Así mismo consta que el 22 de febrero de 2006 se suscribió el contrato de concesión respectivo, el 101 de 2006, el cual empezó a ejecutarse el 23 de marzo siguiente,

Igualmente quedó demostrado que a partir del 28 de diciembre de 2007 la UT SIETT formuló reclamos al DEPARTAMENTO porque en su criterio la liquidación de las compensaciones a que tenía derecho como remuneración por los servicios prestados e infraestructura aportada, en el caso específico del recaudo proveniente de las multas por infracciones de tránsito, se estaba haciendo sin tener en cuenta las disposiciones del Código Nacional de Tránsito Terrestre, reclamos que aparentemente no fueron atendidos por el DEPARTAMENTO.

Está probado además que mediante comunicación STT-0582 de marzo 26 de 2008, el Interventor y Director de Servicios de Tránsito y Transporte dio instrucciones al integrador del proyecto modificando la forma de liquidar los porcentajes de los destinatarios de las multas, lo cual generó reclamos del Concesionario DATA TOOLS; y que luego, el 28 de julio de 2008, la Secretaría de Tránsito y Transporte de Cundinamarca modificó de nuevo las instrucciones para la liquidación de las participaciones de los destinatarios de las multas, regresando al esquema inicial de liquidación, hecho que como es de suponer generó de nuevo protestas de la UT SIETT que aparentemente tampoco fueron atendidas por el DEPARTAMENTO, y que en últimas condujeron a este proceso arbitral.

Advierte el Tribunal que en los hechos de la demanda se informa que en razón de que las reclamaciones de la UT SIETT no fueron atendidas por el DEPARTAMENTO, supuestamente se configuraron silencios administrativos positivos a favor del primero que fueron protocolizados, entre otros, mediante Escrituras Públicas 1788 de 24 de abril de 2008, 5059 de noviembre 7 de 2008 y 5259 de 19 de noviembre de 2008, todas de la Notaría 51 de Bogotá, más sin embargo destaca el Tribunal que no existe ninguna pretensión de la demanda encaminada al reconocimiento o declaratoria de efectividad de dicha figura en este caso, por lo cual el Tribunal omitirá cualquier consideración y pronunciamiento al respecto.

7.1.6.- Consideraciones

7.1.6.1.- La cuestión a decidir:

Del análisis de los hechos alegados por ambas partes como soporte tanto de la pretensión 1.1.1. como de la excepción perentoria que pretende enervarla, el Tribunal deduce que la controversia se refiere a las diferencias en la interpretación de las cláusulas contractuales que regulan la remuneración del concesionario para el caso específico del recaudo de las multas por infracciones de tránsito, pues mientras que la UT SIETT alega que la liquidación de las compensaciones a que tiene derecho se ha hecho indebidamente, el DEPARTAMENTO sostiene que se ha ceñido al contrato para dicha liquidación.

Para el Tribunal la inconformidad de la UT SIETT sobre la forma como el DEPARTAMENTO ha liquidado sus compensaciones se resume en la comunicación que el 28 de diciembre de 2007 su representante le envió a la Secretaría General del Departamento de Cundinamarca, en los siguientes términos:

“La inadecuada determinación de la base de liquidación de las participaciones contractuales, se evidencia según los siguientes postulados:

- *De acuerdo al artículo 10 del CNTT el SIMIT obtiene el 10% del valor recaudado por comparendo, por la administración del sistema nacional de infractores.*
- *Según el Parágrafo 2 del artículo 159 del CNTT, la Policía de Carreteras percibirá el 50% del valor de la multa que se recaude, por comparendos impuestos por dicho cuerpo de agentes de tránsito.*
- *En la actualidad, una multa por comparendo impuesto por POLCA, se distribuye primero en el 10% sobre el 100%bruto para el SIMIT, y del 90% restante se distribuye el 50% (entiéndase 45%) para POLCA.*
- *DATA TOOLS S.A. tiene como participación contractual pactada el 26.70% de dichos valores recaudados, que actualmente se calcula y distribuye como base el **100%** del recaudo, es decir, **sin tener en cuenta las deducciones contempladas en la ley.**”*

Como se puede apreciar, la reclamación de la UT SIETT radica en que la participación contractual de DATA TOOLS S.A. se calcula sobre el 100% del recaudo de las multas por infracciones de tránsito y no sobre

el remanente que quedaría de descontar primero las participaciones a que tienen derecho la Federación Nacional de Municipios con destino al SIMIT y la Policía de Carreteras, cuando esto último procede.

Según lo expuesto, aparentemente la UT SIETT no debería tener interés en que se afectara la remuneración que percibe DATA TOOLS en virtud del Contrato 031 de 2002, lo cual solo se evidencia cuando se hace el siguiente ejercicio matemático:

Una multa de \$100 que actualmente recaude el DEPARTAMENTO por infracciones de tránsito se distribuiría así:

Valor recaudado	Fed. Nal. Municipios SIMIT	Data Tools	Total Deducciones	Disponible STTC	Vr. Compensación SIETT
\$ 100,00	\$ 10,00	\$ 26,70	\$ 36,70	\$ 63,30	\$ 37,98

Si el comparendo fue impuesto por la Policía de Carreteras (POLCA), entonces esa multa de \$100 se distribuiría así:

Valor recaudado	Fed. Nal. Municipios SIMIT	POLCA	Data Tools	Total Deducciones	Disponible STTC	Vr. Compensación SIETT
\$ 100,00	\$ 10,00	\$ 45,00	\$ 26,70	\$ 81,70	\$ 18,30	\$ 10,98

Lo que la UT SIETT pretende con la demanda es que la remuneración de DATA TOOLS no se liquide sobre el 100% del valor de la multa sino sobre el remanente que quedaría al descontar primero los conceptos de SIMIT y POLCA, según se presenta enseguida:

Valor recaudado	Fed. Nal. Municipios SIMIT	Saldo	Data Tools	Total Deducciones	Disponible STTC	Vr. Compensación SIETT
\$ 100,00	\$ 10,00	\$ 90,00	\$ 24,03	\$ 34,03	\$ 65,97	\$ 39,58

Y en el caso de que aplique la deducción de POLCA, se liquide así:

Valor recaudado	Fed. Nal. Municipios SIMIT	POLCA	Saldo	Data Tools	Total Deducciones	Disponible STTC	Vr. Compensación SIETT
\$ 100,00	\$ 10,00	\$ 45,00	\$ 45,00	\$ 12,02	\$ 67,02	\$ 32,99	\$ 19,79

Como se puede apreciar la liquidación sugerida por la UT SIETT le representa un incremento en el valor de sus compensaciones de 1,60% al pasar del 37,98% al 39,58%, para el primer caso, lo cual en apariencia no es significativo. La diferencia se hace más notoria en el evento de que aplique la deducción de POLCA, pues su remuneración pasa del 10,98% al 19,79% con un incremento del 8,81%. En sentido

contrario los ingresos de DATA TOOLS S.A. se reducen en un 2,67% para el primer evento con aplicación sólo de la deducción del SIMIT, y se disminuyen en un 14,69% en caso de que además aplique POLCA.

Para el Tribunal esta sutil forma de incrementar las compensaciones de la UT SIETT a costa de la reducción correlativa de los ingresos del otro concesionario DATA TOOLS sólo procedería si tal hecho pudiera corresponder a la interpretación adecuada de la ley y de los documentos contractuales.

Ahora bien, como la inconformidad de la UT SIETT obedece a que la liquidación que realiza el DEPARTAMENTO supuestamente viola el Código Nacional de Tránsito Terrestre, es menester examinar el contenido de las disposiciones pertinentes para interpretarlas en armonía con lo pactado en el contrato.

7.1.6.2.- Del impacto de las disposiciones del Código Nacional de Tránsito Terrestre en el Contrato 101 de 2006.

La Ley 769 de 2002, por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre y se dictan otras disposiciones (CNTT), en su artículo 10 establece:

“ARTÍCULO 10. SISTEMA INTEGRADO DE INFORMACIÓN SOBRE LAS MULTAS Y SANCIONES POR INFRACCIONES DE TRÁNSITO. Con el propósito de contribuir al mejoramiento de los ingresos de los municipios, se autoriza a la Federación Colombiana de Municipios para implementar y mantener actualizado a nivel nacional, un sistema integrado de información sobre las multas y sanciones por infracciones de tránsito (SIMIT), por lo cual percibirá el 10% por la administración del sistema cuando se cancele el valor adeudado. En ningún caso podrá ser inferior a medio salario mínimo diario legal vigente.

PARÁGRAFO. En las dependencias de los organismos de tránsito y transportes de las entidades territoriales existirá una sede del SIMIT, con el fin de obtener la información para el consolidado nacional y para garantizar que no se efectúe ningún trámite de los que son competencia de los organismos de tránsito en donde se encuentre involucrado el infractor en cualquier calidad, si éste no se encuentra a paz y salvo”²¹.

Por su parte el artículo 159 del CNTT, antes de la modificación introducida por el artículo 26 de la Ley 1383 de 2010²², en su párrafo segundo preceptuaba:

²¹ Debe advertirse que en el texto transcrito no se han tenido en cuenta los apartes declarados inexequibles por la H. Corte Constitucional en Sentencia 385 de 2003.

²² La Ley 1383 de 2010 fue publicada el 16 de Marzo de 2010.

“Artículo 159. (...)

Parágrafo 2º. Las multas serán de propiedad exclusiva de los organismos de tránsito donde se cometió la infracción de acuerdo con su jurisdicción. El monto de aquellas multas que sean impuestas sobre las vías nacionales, por parte del personal de la Policía Nacional adscrito a la Policía de Carreteras, se distribuirá el 50% para el municipio donde se entregue el correspondiente comparendo y el 50% para apoyar la capacitación del personal de la Policía de Carreteras y los planes de educación y seguridad vial que adelanta esta especialidad a lo largo de la red vial nacional.”²³

En virtud de lo dispuesto por el artículo 10 transcrito, se autorizó a la Federación Colombiana de Municipios para implementar y mantener actualizado a nivel nacional, un sistema integrado de información sobre las multas y sanciones por infracciones de tránsito que por sus iniciales se conoce como SIMIT, el cual debía favorecer el recaudo de dichas multas. Además se estableció que por la administración de ese sistema dicha Federación percibirá el 10% del valor que se recaude.

En sentencia de C-385 de 2003 de la Corte Constitucional²⁴ que resolvió sobre la exequibilidad de esta disposición, se expuso:

“3.5. Conforme al Código Nacional de Tránsito Terrestre, expedido mediante Ley 769 de 2002, la Nación para fortalecer los ingresos de los municipios les asigna los dineros provenientes de multas por la comisión de faltas de tránsito en los territorios respectivos y, en el artículo 10 de ese Código se establece que habrá un "sistema integrado de información sobre las multas y sanciones por infracciones de tránsito (simit)", con lo cual no sólo puede registrarse el nombre y la identidad de quienes incurran en faltas a las normas reguladoras del tránsito, sino, también, el monto de las multas y demás sanciones que se les impongan, lo que permite, sin duda un mayor control por parte de las autoridades y facilita el cobro de las sumas debidas por ese concepto en cualquier parte del territorio colombiano.

²³ El parágrafo 2º del artículo 159, luego de las reformas introducidas al CNNT por la Ley 1383 de 2010, y que sigue siendo de aplicación en el contrato 101 de 2006, quedó así: *“Parágrafo 2º: Las multas serán de propiedad exclusiva de los organismos de tránsito donde se cometió la infracción de acuerdo con su jurisdicción. El monto de aquellas multas que sean impuestas sobre las vías nacionales, por parte del personal de la Policía Nacional de Colombia, adscrito a la Dirección de Tránsito y Transporte, se distribuirá el 50% para el municipio donde se entregue el correspondiente comparendo y el otro 50% para la Dirección de Tránsito y Transporte de la Policía Nacional, con destino a la capacitación de su personal adscrito, planes de educación y seguridad vial que adelante esta especialidad a lo largo de la red vial nacional, locaciones que suplan las necesidades del servicio y la construcción de la Escuela de Seguridad Vial de la Policía Nacional.*

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia de 13 de mayo de 2003, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

3.6. La creación de ese sistema de información sobre multas y sanciones por infracciones de tránsito y el funcionamiento continuo y eficiente del mismo, trae como consecuencia necesaria una mayor posibilidad de recaudo de las sumas de dinero causadas por ese concepto a favor de las entidades territoriales municipales, es decir, que es ese un mecanismo ideado por el legislador para contribuir de esa manera a mejorar los ingresos municipales.

3.7. Como es obvio, el funcionamiento del sistema integrado de información sobre multas y sanciones por infracciones de tránsito a que se ha hecho alusión, requiere de una actividad de carácter administrativo y de una infraestructura para el efecto, que garanticen que el mecanismo ideado por el legislador tenga un adecuado y permanente funcionamiento, susceptible de perfeccionamiento con el tiempo, para que se fortalezca, cada vez más el ingreso de los municipios por ese concepto.

3.8. Así las cosas, el legislador conforme a lo dispuesto por el artículo 210 de la Constitución autorizó a la "Federación Colombiana de Municipios para implementar y mantener actualizado a nivel nacional" el sistema integrado de información sobre multas y sanciones por infracciones a las normas de tránsito, lo que no resulta contrario a la Carta Política pues el inciso segundo del citado artículo 210 de la misma permite a los particulares el cumplimiento de "funciones administrativas en las condiciones que señale la ley", es decir, que es ella una forma de descentralización por colaboración de los particulares con el Estado."

Por su parte el párrafo 2° del artículo 159 del CNTT precisa dos aspectos que destaca el Tribunal; en primer lugar que las multas son de propiedad exclusiva de los organismos de tránsito donde se cometió la infracción de acuerdo con su jurisdicción y, en segundo lugar, estableció que cuando las multas fueran impuestas sobre las vías nacionales, por parte del personal de la Policía Nacional adscrito a la Policía de Carreteras (hoy por Policía Nacional de Colombia, adscrito a la Dirección de Tránsito y Transporte), del valor recaudado le corresponde el 50% a dicha entidad y el 50% restante le pertenece al municipio donde se entregue el respectivo comparendo.

Sobre la naturaleza jurídica de las multas y sanciones por infracciones de tránsito y su administración, el Tribunal considera ilustrativo citar apartes del Salvamento del Voto del H. Magistrado Jaime Araujo Rentería a la mencionada sentencia C-385 de 2003, donde expuso:

"Con fundamento en los artículos 352 y 353 constitucionales el estatuto orgánico presupuestal (decreto 111 de 1996) establece la estructura del ingreso y del gasto públicos tanto para el orden

nacional como para el territorial, clasificando dentro de los ingresos corrientes a los tributarios y a los no tributarios, y dentro de éstos, a las tasas¹ y a las multas. Siendo del caso advertir que las multas constituyen una especie del género sanciones, en la medida en que se amoldan al prototipo de las sanciones pecuniarias, ya que por contraste también existen las sanciones no pecuniarias. Por consiguiente, las multas forman parte integral de los aforos inscritos en el presupuesto anual de la Nación y en los presupuestos anuales de las entidades territoriales, dependiendo para ello de las correspondientes leyes de creación –en la esfera nacional -, o de éstas y las concurrentes ordenanzas o acuerdos –en el plano territorial -, al igual que de las leyes, ordenanzas o acuerdos de presupuesto anual. De allí en adelante tiene lugar el circuito que envuelve el recaudo, la administración y ejecución de los ingresos efectivamente percibidos por el Tesoro Público (art. 128 C.P.). En síntesis, las multas constituyen ingresos no tributarios, que dependiendo de su nivel fiscal, forman parte integral del presupuesto general de la Nación o de los presupuestos territoriales.

En armonía con esto el párrafo 2º del artículo 159 de la ley 769 de 2002 establece: "Las multas serán de propiedad exclusiva de los organismos de tránsito donde se cometió la infracción de acuerdo con su jurisdicción (...)". Vale decir, por mandato expreso de la ley 769 las multas en cuestión pertenecen a las respectivas unidades administrativas municipales, distritales o departamentales, y por tanto, al tesoro público de la entidad territorial que las abarca, a cuya titularidad concurren las garantías típicas de la propiedad y renta de los particulares (art. 362 C.P.). Siendo claro entonces que por disposición expresa de la ley 769 de 2002 las multas derivadas de la infracción de las normas de tránsito –dentro de las respectivas jurisdicciones- son ingresos no tributarios del orden territorial, cobijados por la autonomía prevista a favor de las entidades territoriales en el artículo 287 superior, pues, se destaca, "(...)el producto recaudado dentro de la jurisdicción de la respectiva entidad entra integralmente al presupuesto de la misma -y no al presupuesto general de la Nación -, y se utiliza para sufragar gastos propios de la entidad territorial, (...)".

Para este Tribunal la definición sobre la naturaleza jurídica de las multas por infracciones de tránsito y su administración, lo que envuelve quiénes son los destinatarios de las mismas, así como la obligación de los organismos de tránsito de transferir a la Federación Nacional de Municipios el 10% del monto de éstas con destino al SIMIT y el 50% a la Policía de Carreteras, cuando ello aplica, son temas que la ley claramente ha definido y sobre los que la jurisprudencia ha precisado su alcance y que, además, escapan por completo de su competencia, por lo cual sólo podrá revisar que en ejecución del Contrato 101 de

2006 se les haya dado cumplimiento a las estipulaciones referenciadas antes.

Al respecto advierte el Tribunal que no se alegó por la UT SIETT, ni resultó probado en este proceso, que el Departamento de Cundinamarca al momento de liquidar las participaciones de los destinatarios del recaudo de las multas por infracciones de tránsito no hubiera transferido a la Federación de Municipios, con destino al SIMIT, el 10% del valor recaudado de dichas multas, según lo ordena el artículo 10 del Código Nacional de Tránsito Terrestre. Así mismo, tampoco se alegó ni probó que el Departamento de Cundinamarca hubiese dejado de pagar a la Policía de Carreteras el porcentaje que le corresponde cuando los comparendos origen de las multas fueron impuestos por tal personal de agentes policiales, tal y como lo ordena el Parágrafo 2° del artículo 159 del mismo ordenamiento.

7.1.6.3.- La remuneración del Concesionario en el Contrato 101 de 2006.

Corresponde ahora al Tribunal examinar la estipulación contractual referida a la remuneración del CONCESIONARIO UT SIETT, para determinar si el DEPARTAMENTO, tal y como lo alega la Convocante en su demanda, *“ha incumplido de forma grave, reiterado e injustificado el Contrato de Concesión (...) Al no reconocer ni pagar al CONCESIONARIO la totalidad de las compensaciones que le corresponden por el recaudo de multas por infracciones de tránsito, como resultado de una liquidación de las mismas que contraría lo dispuesto en el Código Nacional de Tránsito.”* (se subraya)

Sobre la remuneración del CONCESIONARIO en la cláusula Cuarta del Contrato de Concesión 101 de 2006 se acordó:

*“CUARTA.- RETRIBUCIÓN POR LA INFRAESTRUCTURA APORTADA Y LA LABOR EJECUTADA. **EL CONCESIONARIO tendrá derecho como contraprestación realizada y labor ejecutada a las compensaciones a las que hace referencia el literal b del numeral 2.13 del pliego de condiciones,** en concordancia con el porcentaje contenido en la oferta presentada, los cuales forman parte integral del presente contrato.*

*PARÁGRAFO. **Las compensaciones se realizarán de conformidad con las instrucciones que EL DEPARTAMENTO imparta al integrador (Data Tools o quien haga sus veces) y a los bancos.** En cualquier caso, dicha compensación corresponderá a la ofertada por el concesionario y será consignada diariamente en las entidades bancarias señaladas por éste para el efecto”. (Destaca el Tribunal)*

Como se puede apreciar, la retribución del contratista por los servicios prestados e infraestructura aportada corresponde a la prevista en el literal b) del numeral 2.13 del Pliego de Condiciones de la licitación que lo precedió en concordancia con la oferta del proponente, la cual según se demostró en el proceso fue igual a la prevista en los pliegos, por lo que es menester acudir ahora a su texto.

7.1.6.4.- La remuneración del proponente en la Licitación Pública SGL-006 de 2005

Toda vez que la cláusula Cuarta del contrato 101 de 2006 antes transcrita remite a los pliegos de condiciones de la Licitación Pública SGL-006 de 2005, para conocer el monto de la compensaciones a que tenía derecho el contratista debe examinarse la forma en que se previó en tales pliegos cómo se pagaría dicha remuneración, la cual está contenida en el literal b), del numeral 2.13., estipulación que fue modificada por la Adenda 1 y es del siguiente tenor:

“2.13. DOCUMENTOS DE CONTENIDO ECONÓMICO

*Esta información quedará contenida en el **Formulario No. 9 Propuesta Económica**” en donde el proponente informará:*

a) Monto de inversión Ofrecido:
(...)

b) Porcentaje de compensación:

El proponente indicará el porcentaje de compensación como remuneración total del concesionario por todo concepto, a cuenta y riesgo del mismo.

*El monto de compensación ofertado por el proponente **no podrá ser superior al sesenta por ciento (60%) de los ingresos operacionales** señalados en el presente numeral, que percibe el Departamento.*

*Para el cálculo de las compensaciones, **el proponente, deberá tener en cuenta que el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA - SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE tiene comprometidos, en parte de sus ingresos operacionales, los porcentajes relacionados en el siguiente cuadro** y, por tanto, estos porcentajes no pueden constituir base para la liquidación de las compensaciones del presente proceso, **la cual se efectuará con base en los ingresos operacionales disponibles por todo concepto, menos los relacionados en el siguiente cuadro:***
(destaca el Tribunal)

Concepto	Descuentos			Disponible STT
	Data Tools	Polca	Simit	
Tramitación formulario	26,70%			73,30%
Multas por revisión	26,70%			73,30%
Trámite de matrícula	26,70%			73,30%
Especies Venales	26,70%			73,30%
Otros servicios*				100,00%
Multas por infracción	26,70%	45%	10%	18,30%
Formulario trámite vehículos	26,70%			73,30%
Expedición licencias de conducción	26,70%			73,30%
Serv. Escuela de conducción	26,70%			73,30%

* Otros servicios se refiere a la operación y organización de los servicios prestados en Centros de Diagnóstico Automotor, Patios o Parqueaderos autorizados, Servicio de Grúa, Centros de Acreditación de Conductores.

Nota: DATA TOOLS: Concesionario Contrato 031 de 2002.

Polaca (sic): Policía de Carreteras.

Simit: Sistema de Información de Multas e Infracciones de Tránsito.²⁵

Para efectos de la definición de la pretensión 1.1.1. en estudio, sólo interesa al Tribunal el ítem que se acaba de resaltar, donde consta que sobre el 100% del recaudo por infracciones de tránsito se señalan como descuentos el 26,7% para el Concesionario DATA TOOLS, el 45% para la Policía de Carreteras (POLCA) y el 10% para la Federación Nacional de Municipios por la administración del SIMIT, con lo cual se establece un **ingreso disponible** para la STTC del 18,3%. Considerando que, como se señaló antes, el monto de compensación ofertado no podría ser superior al 60% de los ingresos operacionales que percibe el DEPARTAMENTO, que se indicaron en el referido numeral b), según el cuadro transcrito el SIETT aparentemente sólo podía aspirar a recibir el 60% del 18,30%, es decir el 10,98% del ciento por ciento recaudado por concepto de multas por infracciones de tránsito.

Igualmente el Tribunal hace referencia a algunos aspectos que quedaron precisados en el Pliego de Condiciones, así por ejemplo, en la cláusula 1.1. del Capítulo 1., sobre *Información General*, se definió la clase y alcance del contrato que se suscribiría así:

“CONTRATO DE CONCESIÓN: Se entenderá como el CONTRATO que se celebre entre el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA y el adjudicatario del presente proceso de selección, quien para efectos de la ejecución se denominará Concesionario, para el cumplimiento del objeto del presente proceso licitatorio, por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una participación sobre los recaudos de las actuaciones y funciones que desempeñe el concesionario en desarrollo del objeto de la contratación.”

²⁵ Folios 414-415, Cuaderno de Pruebas No. 1.

En la cláusula 1.2., respecto de las condiciones a las que debían sujetarse los proponentes se estableció:

“INTERPRETACIÓN DE LAS CONDICIONES DE ESTA LICITACIÓN

Todo proponente deberá analizar cuidadosamente las exigencias y condiciones de este Pliego de Condiciones e informarse cabalmente de todas las circunstancias que puedan afectar de alguna manera las actividades y el plazo de ejecución. Asimismo, deberá valorar todos los requerimientos normativos que implica el desarrollo del contrato, sin perjuicio de que los mismos hayan sido incorporados en el presente pliego.

Serán de exclusiva responsabilidad de los proponentes, las interpretaciones y deducciones que hagan de las estipulaciones contenidas en los términos del presente proceso de selección y/o aclaraciones efectuadas por el Departamento-Secretaría General.

La presentación de la propuesta evidencia que el proponente ha examinado las condiciones de la licitación pública y ha obtenido del Departamento – Secretaría General aclaraciones satisfactorias sobre cualquier punto incierto o dudoso. Que ha aceptado que los documentos de la licitación están completos y son compatibles y adecuados para la realización de las actividades a ejecutar y que conoce y acepta las normas que rigen la contratación para el Departamento de Cundinamarca. (Destaca el Tribunal).

La estipulación transcrita indica claramente que era deber de todos y cada uno de los interesados en la licitación enterarse de las circunstancias en que se desarrollaba ese proceso de selección, así como de las condiciones particulares como debía ejecutarse el contrato respectivo. En tal sentido considera el Tribunal que los aspectos sobre los que ambas partes requerían de la mayor precisión y claridad eran identificar cuál era el objeto del contrato que debía desarrollar el contratista que se estaba seleccionando y saber cuál la remuneración que éste obtendría por ello. Las demás estipulaciones de los pliegos se refieren a elementos no esenciales del negocio que tienen que ver con la implementación, ejecución, liquidación y supervisión del contrato.

Si alguna duda hubiere podido tener cualquier interesado sobre los dos aspectos mencionados: el objeto y el pago, o sobre cualquier materia referida al proceso de selección o al propio contrato que se suscribiría, los pliegos previeron la posibilidad para éstos que formularan sus inquietudes, tal y como quedó establecido en la cláusula 1.11, así:

“ACLARACIONES O MODIFICACIONES AL PLIEGO DE CONDICIONES.

Los interesados en participar en el presente proceso licitatorio, podrán solicitar aclaraciones del pliego de condiciones, enviándolas por escrito a la Secretaría General ubicada en la calle 26 N° 74-73 Torre central, piso 8 o al correo electrónico de la entidad agonzalezv@cundinamarca.gov.co hasta con dos (2) días hábiles de antelación al cierre del presente proceso de selección, **cuya respuesta se hará por parte de la entidad al solicitante a través de su correo electrónico**, además de registrar tanto la pregunta como la respuesta en la página web www.cundinamarca.gov.co , siguiendo los parámetros establecidos en la ley 527 de 1999.

La información sobre preguntas, aclaraciones y adendos, será comunicada por la Secretaría General en la página web www.cundinamarca.gov.co. **Esta información deberá ser tenida en cuenta en las propuestas y hará parte integral de los documentos soportes del presente proceso de selección.** Cualquier modificación el presente pliego de condiciones se hará mediante ADENDOS, numerados en forma consecutiva, los cuales formaran parte integral del mismo”. (Destaca el Tribunal)

De los documentos aportados al expediente, encuentra el Tribunal que en el denominado “**FORMULARIO No. 1 - RESPUESTAS A LAS OBSERVACIONES EFECTUADAS AL PLIEGO DE CONDICIONES DE LA LICITACIÓN PÚBLICA NO. SGL-006 DE 2005**” (folios 318 a 329 del Cuaderno de Pruebas N° 3) se formularon 16 observaciones a los pliegos definitivos, 14 de las cuales presentó la “*Unión Temporal Cundinamarca Tecnológica*”, una por “*J.V. Inversiones*” y la otra por “*Payan Urdaneta & Co. Abogados*”; sin embargo ninguna de las inquietudes de los interesados estuvo relacionada con el monto o porcentaje de los ingresos disponibles sobre los cuales se liquidaría la compensación del futuro contratista.

Concordante con lo establecido en el inciso final de la cláusula 1.2. de los Pliegos que se transcribió y subrayó antes, según la cual con la presentación de la oferta el interesado demostraba haber examinado las condiciones de la licitación pública, “**haber obtenido aclaraciones satisfactorias sobre cualquier punto incierto o dudoso**” y que aceptaba que la documentación suministrada era suficiente, con la carta de Presentación de la Propuesta los participantes en la Licitación debían manifestar lo siguiente:

“(…)

3. Que conocemos en su totalidad el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública N° 006 de 2005 y demás documentos de la Licitación y aceptamos los requisitos en ellos contenidos.

4. Que hemos recibido los documentos que integran el Pliego de condiciones y aceptamos su contenido.”

En el mismo sentido la cláusula Quinta del Formulario No. 2 “*Compromiso de Transparencia*” que debía adjuntarse a la propuesta, señala:

“QUINTA: Declaro públicamente que conozco y acepto las reglas establecidas para el presente contrato, las modificaciones, adendos, así como las aclaraciones que se realizaron al pliego de condiciones, en condiciones de transparencia, equidad e igualdad” (Destaca el Tribunal)

Como corolario de lo expuesto en este acápite el Tribunal considera que era obligación de los proponentes determinar el alcance de cada una de las estipulaciones de los Pliegos de la Licitación Pública SGL-006 de 2005; que tuvieron la oportunidad de solicitar aclaraciones sobre los aspectos que les merecieran alguna duda; y que con la presentación de la propuesta demostraban que entendían todas las reglas del contrato y se allanaban a los términos de la licitación, entre ellos el referido a la remuneración del concesionario.

Ahora bien, como en el literal b) de la cláusula 2.13. de los Pliegos se indica que los ingresos del Departamento se afectan por dos clases de deducciones, unas legales SIMIT y POLCA, de las que ya se estudió su origen, y una contractual, la referida a la remuneración de otro concesionario, el Tribunal se ocupará enseguida de ésta.

7.1.6.5.- Las repercusiones de la remuneración del Concesionario Data Tools S.A. en el Contrato 101 de 2006.

Como quedó dicho anteriormente, reclama la Convocante en este proceso que la liquidación de las compensaciones que hace el DEPARTAMENTO desconoce lo dispuesto por el CNTT, porque la participación de DATA TOOLS se liquida sobre la base del 100% del valor recaudado por concepto de multas por infracciones de tránsito y no sobre el remanente que quedaría de aplicar previamente las deducciones de SIMIT y de POLCA.

Examinado el pliego de Condiciones de la Licitación Pública SGL 006 de 2005, observa el Tribunal que como Anexo N° 1 formaba parte de los documentos de la misma el Contrato de Concesión N° 000031 de 2002, suscrito el 14 de noviembre de 2002 entre el DEPARTAMENTO-DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE TRANSITO Y TRANSPORTE DE CUNDINAMARCA y la sociedad DATA TOOLS S.A., cuya copia autentica fue aportada durante la exhibición de documentos a cargo de la parte Convocada (folios 374 y siguientes del

Cuaderno de Pruebas N° 2), en el que su objeto se precisó en la cláusula Primera, así:

“Este contrato tiene por objeto realizar por el sistema de Concesión el Montaje, Implantación y Mantenimiento de un Sistema Integrado de Información de Tránsito y Transporte, Solución de Comunicaciones y soporte Técnico para el funcionamiento del Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte de Cundinamarca y sus Regionales de Tránsito, en las Áreas Comercial, Jurídica y Administrativa”.

Así mismo en la Cláusula Quinta del contrato 031 de 2002 se pactó que DATA TOOLS tendría una remuneración así:

“EL CONCESIONARIO tendrá derecho como contraprestación por la inversión realizada y la labor ejecutada a tres tipos de ingresos así: i) Un porcentaje único de retribución equivalente al veintiséis punto siete por ciento (26.7000%) del valor que se facture al usuario por los ingresos comprometidos según se indicó en el Pliego de Condiciones y la oferta del contratista (...); ii) el 50% de los ingresos por publicidad colocada en el portal de Internet; y iii) (...), un porcentaje sobre los ingresos derivados de la labor de recuperación de cartera (...)”

Considera el Tribunal que como el objeto del Contrato de Concesión 031 de 2002 estaba íntimamente ligado con el desarrollo del contrato que se celebraría como resultado de la Licitación Pública SGL 006 de 2005, fue necesario incluirlo en sus Pliegos para que los interesados conocieran el alcance de las actividades que desarrollaba ese contratista y la incidencia que la remuneración de DATA TOOLS podría representar en el futuro contrato, aspectos que manifestó conocer la UT SIETT, según se desprende de lo indicado en la cláusula 1.2., como efecto de haber presentado su propuesta.

Toda vez que las reclamaciones del Concesionario UT SIETT indirectamente lo que pretenden es modificar la remuneración de DATA TOOLS, el Tribunal considera necesario hacer las siguientes consideraciones al respecto:

Según da cuenta el texto del Contrato 031 de 2002, éste es el resultado del proceso licitatorio abierto el 23 de agosto de 2002 por el Departamento de Cundinamarca - Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte, enmarcado en la Licitación Pública DT-001-02, en la cual Data Tools S.A. presentó propuesta alternativa que fue valorada y aceptada por el Comité Evaluador.

No consta en el expediente que la Licitación Pública DT-001-02 que precedió la celebración del contrato 031 de 2002 hubiese sido demandada ante la jurisdicción contencioso administrativa o autoridad

alguna por contener alguna estipulación contraria a derecho, y/o se hubiere ordenado la inaplicación de cualquiera de sus cláusulas por la propia Administración o por los jueces. Tampoco se alegó por las partes, ni se demostró en el proceso que la cláusula Quinta del Contrato 031 de 2002, referida a la remuneración que el Concesionario DATA TOOLS S.A. percibe por el cumplimiento de las obligaciones que adquirió por la celebración de dicho contrato, haya sido modificada, demandada o anulada.

Finalmente, encuentra el Tribunal que las partes tampoco formularon pretensiones específicas sobre la legalidad de las estipulaciones del contrato 031 de 2002 o de la Licitación Pública DT-001-02 que lo antecedió, tema que por demás correspondería decidir a otra jurisdicción.

7.1.6.6.- Conclusión

Quedó dicho antes, que la controversia entre las partes sobre la pretensión en estudio es de interpretación de la forma como debe hacerse la liquidación de las participaciones de los distintos destinatarios del recaudo del valor de las multas por infracciones de tránsito, por lo que corresponde al Tribunal determinar cuál de las interpretaciones que exponen las partes es la que más se ajusta a la ley y el contrato.

El artículo 1602 del Código Civil establece que *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*. En ese orden de ideas, todas las cláusulas del Contrato 101 de 2006 tienen plena vigencia en la medida en que ninguna de ellas ha sido modificada por las partes o por decisión de autoridad, entre ellas la referida a la remuneración del concesionario. Así las cosas debe examinarse si dicho contrato no fue claro en la determinación de las compensaciones a favor de la UT SIETT, para lo cual el Tribunal acude a las reglas de hermenéutica y tiene en cuenta lo expuesto por la H. Corte Suprema de Justicia sobre interpretación de los contratos, así:

“En el derecho positivo colombiano impera el principio, según el cual las leyes que regulan los contratos son normas supletorias de la voluntad de los contratantes, cuando éstos, al celebrarlos, acatan las prescripciones legales y respetan el orden público y las buenas costumbres. El postulado de la normatividad de los actos jurídicos (artículo 1602 del Código Civil) se traduce esencialmente, entonces, en que legalmente ajustado un contrato se convierte en ley para las partes, quienes por consiguiente quedan obligadas a cumplir las prestaciones acordadas en él. (...) Lo cual significa que cuando el pensamiento y el querer de quienes ajustan una convención jurídica quedan escritos en cláusulas claras, precisas y sin asomo de ambigüedad, tiene que presumirse que esas

*estipulaciones así concebidas son el fiel reflejo de la voluntad interna de aquéllos, y que, por lo mismo, se torna inocuo cualquier intento de interpretación*²⁶.

En el mismo sentido la misma Corporación también ha dicho:

“Cuando el pensamiento y el querer de quienes concertaron un pacto quedan escritos en cláusulas claras, precisas y sin asomo de ambigüedad, tiene que presumirse que esas estipulaciones así concebidas son el fiel reflejo de la voluntad interna de aquellos. Los jueces tienen facultad amplia para interpretar los contratos oscuros, pero no pueden olvidar que dicha atribución no los autoriza, so pretexto de interpretación, a distorsionar o desnaturalizar pactos cuyo sentido sea claro y terminante, ni menos para reducir sus efectos legales o adicionar los que le son propios... (CLXXVI, pág. 254)”²⁷.

En el caso de autos, para el Tribunal la cláusula Cuarta del Contrato de Concesión relativa a la remuneración del CONCESIONARIO y que remite a los Pliegos de Condiciones de la Licitación Pública SGL 006 de 2005 y a la propuesta presentada por éste no ofrece asomo alguno de ambigüedad y debe ser acatada por las partes en ejecución del mismo.

En efecto, el tantas veces citado literal b) de la cláusula 2.13. de los Pliegos de Condiciones establecía claramente que el proponente debería indicar **“el porcentaje de compensación como remuneración total del concesionario por todo concepto, a cuenta y riesgo del mismo”** que esperaba recibir, el cual no podría ser superior **“al sesenta por ciento (60%) de los ingresos operacionales señalados en el presente numeral, que percibe el Departamento”**. Y luego se advirtió a todos los proponentes que debían tener en cuenta que el DEPARTAMENTO **“tiene comprometidos, en parte de sus ingresos operacionales, los porcentajes relacionados en el siguiente cuadro y, por tanto, estos porcentajes no pueden constituir base para la liquidación de las compensaciones del presente proceso, la cual se efectuará con base en los ingresos operacionales disponibles por todo concepto, menos los relacionados en el siguiente cuadro: (...)”**

Enseguida se relacionaron cada uno de los conceptos por los cuales percibe ingresos el DEPARTAMENTO y para el caso específico de las multas por infracciones de tránsito se relacionaron los descuentos que se aplicaban: *Data Tools 26,70%, Polca 45% y Simit 10%*, con lo cual

²⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 11 de octubre de 1995. M.P.: Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

²⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 18 de julio de 2005. M.P.: Dr. Silvio Fernando Trejos Bueno.

el “*ingreso disponible*” del DEPARTAMENTO se reducía al 18,30%. De acuerdo a la propuesta de la UT SIETT, el porcentaje de compensación del CONCESIONARIO era del 60%, que calculado sobre el último monto, es decir, sobre el ingreso disponible ascendería al 10,98%.

Para el Tribunal es claro que la deducción relacionada en el cuadro como *Simit*, corresponde a la asignada por el artículo 10 de la Ley 769 de 2002 a la Federación Nacional de Municipios, equivalente el 10% del valor recaudado de las multas por infracciones de tránsito, con destino a implementar y mantener el sistema de información de multas e infracciones de tránsito.

En cuanto a la deducción denominada Polca, entiende que se refiere a la asignada por el Parágrafo 2. del artículo 159 de la misma Ley 769 de 2002 a la Policía de Carreteras, cuando sus agentes han impuesto el respectivo comparendo, y se advierte que no obstante que la norma indica que equivale al 50% de la multa, toda vez que un artículo anterior dentro del mismo estatuto ya había dispuesto de un 10% del valor de la sanción para el SIMIT, la mitad del valor que se le transfiere a la Policía de Carreteras se calcula sobre el saldo, es decir sobre el 90%, lo cual indica que tanto a dicha entidad, como al municipio donde se radica el comparendo, en últimas, sólo les correspondería el 45% y no el 50%. También es claro para el Tribunal, como se expondrá en extenso al estudiar la demanda de reconvención, que esta deducción sólo se aplica cuando la orden de comparendo la impuso el personal de la Policía de Carreteras y no otra autoridad.

Y, respecto de la deducción *Data Tools* entiende el Tribunal que corresponde a la remuneración del 26,70% de dicho concesionario en ejecución del Contrato 031 de 2002, que se calcula sobre el 100% de la multa, según quedó claro en el cuadro analizado.

Se repite, si se suman los tres conceptos cuando ello aplica, *Simit*, *Polca* y *Data Tools* las deducciones suman 81,70%, con lo cual la remuneración del Concesionario UT SIETT del 60% **calculada sobre los ingresos disponibles** 18,30% asciende al 10,98%. Para el Tribunal esta estipulación no ofrece complicación ni dificultad alguna de entendimiento que pueda originar diferencias de interpretación.

Al parecer este entendimiento también fue claro para los interesados en la Licitación SGL-006 de 2005, lo cual puede deducirse, como se mencionó atrás, del hecho de que ninguno de ellos solicitó aclaración de dicha estipulación de los Pliegos de Condiciones, dentro de la oportunidad prevista en ellos.

De igual forma puede inferirse que los interesados en la Licitación SGL 006 de 2005 tampoco encontraron ilegalidad en la forma como se determinaría el monto de la remuneración del futuro concesionario,

pues dentro de la oportunidad legal no demandaron su nulidad o al menos no hicieron observaciones al respecto.

Y en el caso específico de la UT SIETT, considera el Tribunal que con la presentación de su propuesta, donde manifestó entender y allanarse a los términos de los Pliegos de Condiciones, que según la Cláusula Décima Cuarta del Contrato 101 de 2006 forman parte integral del mismo, igualmente aceptó la forma en que se liquidarían sus compensaciones, por lo cual no puede ahora pretender desconocer que en los términos del artículo 1602 el contrato celebrado es ley para las partes, y que dada la modalidad de selección del contratista que se empleó por la Administración, los pliegos de condiciones de la licitación, que por demás están amparados por la presunción de legalidad, forman parte integral del contrato, y con ello la estipulación referida a la forma de calcular su remuneración lo vincula contractualmente.

Llama la atención del Tribunal el hecho de que el contrato se suscribió el 22 de febrero de 2006 y empezó a ejecutarse el 23 de marzo siguiente, pero la reclamación del CONCESIONARIO por la supuesta indebida liquidación se presentó sólo el 28 de diciembre de 2007, es decir, 19 meses después. Dicho lapso de tiempo es indicativo para el Tribunal de la aceptación y allanamiento del CONCESIONARIO a la estipulación en controversia.

Al respecto resulta útil repasar lo que la doctrina ha denominado como la teoría de los actos propios, íntimamente vinculada con el principio de la buena fe contractual que proscribe el *“venire contra factum proprium”* en virtud de la cual no es dable admitir ninguna pretensión, que aunque lícita, sea contradictoria con respecto al propio comportamiento desplegado por el sujeto.

Se trata de mantener una coherencia a lo largo de la ejecución de los contratos, de manera que ninguna de las partes se vea sorprendida por cambios de conducta de alguna de ellas que vayan en contravía con sus actuaciones anteriores.

“(…) El principio de la buena fe incorpora la doctrina que proscribe el “venire contra factum proprium”, según el cual a nadie le es lícito venir contra sus propios actos. La buena fe implica el deber de observar en el futuro la conducta inicialmente desplegada, (…) (sentencia t-475/92: M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.)”

También ha manifestado la Corte Constitucional:²⁸

“La buena fe supone la existencia de una relación entre personas y se refiere fundamentalmente a la CONFIANZA, SEGURIDAD Y

²⁸ Sentencia T-475. Julio 29 de 1.992, Exp. T1917 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

CREDIBILIDAD QUE OTORGA LA PALABRA DADA. (...) La doctrina, por su parte, ha elaborado diversos supuestos para determinar situaciones contrarias a la buena fe. Entre ellos cabe mencionar la NEGACIÓN DE LOS PROPIOS ACTOS (VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM), las dilaciones injustificadas, el abuso del poder y el exceso de requisitos formales, sin pretender con esta enumeración limitar el principio a tales circunstancias. No es posible reducir la infracción de la buena fe a casos tipificados legalmente. De ahí que la aplicación de este principio suponga incorporar elementos ético-jurídicos que trascienden la ley y le dan su real significado, (...)"

En la Sentencia T-411 de 2002,²⁹ la Corte Constitucional, refiriéndose a la teoría en análisis señaló tres condiciones necesarias para la aplicación del acto propio:

"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.

Al respeto del acto propio requiere de tres condiciones para que pueda ser aplicado:

- a. Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz.*
- b. El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción-atentatorio de la buena fe-existente entre ambas conductas.*
- c. La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas."*

Al respecto el Tribunal comparte las conclusiones expuestas por el Agente del Ministerio Público en el concepto que rindió para este proceso el 3 de agosto de 2010, según el cual:

"(...) es notorio en el literal B de Numeral 2.13 del pliego de condiciones que en el contrato No. 101 de 2006, el Departamento informo que lo previsto en el contrato vigente con DATATOOLS donde el porcentaje del 26.70% se aplica sobre el 100% de lo recaudado por las multas por infracción y que dicho valor no podía servir de base para la liquidación de las compensaciones del contrato que se pretendían celebrar, además manifestó que el 10% a favor de SIMIT y el 45% a favor de POLCA, y que como

²⁹ Sentencia T-411 de 23 de Mayo de 2002. Exp. T550593 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

resultado, de restar las cifras antes mencionadas se disponía de un 18.3% .

El Departamento indicó en el pliego de condiciones que el porcentaje de compensación, ofertado por el proponente no podía ser superior al 60% de los ingresos operacionales, es decir que el concesionario recibiría el 60% del remanente por el Departamento luego de aplicar los descuentos y comisiones comprometidos a DATA TOOLS, POLCA Y SIMIT sobre el 100% del recaudo.

La ley 80 de 1993 en su Artículo 30 # 6 manifiesta:

“Artículo 30 DE LA ESTRUCTURA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN. La licitación o concurso se efectuará conforme a las siguientes reglas:

6 Las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones. Los proponentes pueden presentar alternativas y excepciones técnicas o económicas siempre y cuando ellas no signifiquen condicionamientos para la adjudicación.”

Si bien es cierto de acuerdo al principio de transparencia la

“Ley 80 de 1993 Artículo 24 # 2 “En los procesos contractuales los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones”....

5 literal e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.

6 En los avisos de publicación de apertura de la licitación o concurso y en los pliegos de condiciones o términos de referencia, se señalaran las reglas de adjudicación del contrato.

Lo anterior para aclarar que el Departamento fue claro en el pliego de condiciones de la licitación, donde las propuestas fueron precisas y sujetas al pliego de condiciones, donde se explicaron todas condiciones para la adjudicación del contrato, para no inducir en error a ninguna de las partes, si bien es cierto el consorcio SIETT diseñó y presentó propuesta para dicha licitación, después tuvo la oportunidad de leerlas y controvertirlas en su momento, en la etapa precontractual y al no encontrar ninguna contradicción y estando de acuerdo acepto el pliego de condiciones y su contenido, celebrándose el contrato 101 de 2006, lo cual indica que el consorcio SIETT no pretende que mire el

incumplimiento del contrato sino que se cambie la compensación económica, lo cual es imposible (...).

Razón por la cual no es procedente cambiar lo estipulado en el pliego de condiciones ya que este goza de presunción de legalidad, en el cual no se pueden desconocer lo propuesto en el pliego de condiciones, y que si el concesionario SIETT se hubiese equivocado después de aceptar el pliego de condiciones de la licitación SGL 006 de 2005 en el que se informo que el disponible para SIETT era de 18.3% y no de 32.985 % y que a favor de DATATOLLS el 26.7% sobre el 100% del recaudo, debió en ese momento solicitar la nulidad del pliego de condiciones, cosa que no hizo el concesionario SIETT en el tiempo indicado como lo dispone la ley en su Artículo 87 del Código Contencioso Administrativo: (...)”

El Tribunal destaca que la demanda de la UT SIETT no contiene una pretensión específica dirigida a obtener la declaratoria de ilegalidad de los Pliegos de la Licitación SGL 006 de 2005, de la licitación misma, del Contrato 101 de 2006 o siquiera de alguna de sus cláusulas, por lo cual no le es posible a las partes sustraerse de atender lo pactado en el negocio jurídico que los vincula.

Según se indicó anteriormente, el Contrato 101 de 2006 se suscribió el 22 de febrero de 2006 y empezó a ejecutarse el 23 de marzo siguiente, y sólo el 28 de diciembre de 2007 el CONCESIONARIO presentó reclamos por la forma en que se estaban liquidando sus compensaciones.

Advierte el Tribunal que en la mencionada fecha, 28 de diciembre de 2007, el CONCESIONARIO radicó en la Secretaría General del Departamento de Cundinamarca dos comunicaciones: i) la SIETT-GG-1185-07, referenciada como “*Reclamación Contractual*”, y ii) la SIETT-GG-1186-07, rotulada como “*Reclamación Contractual Desequilibrio Económico*”. Para el Tribunal ambas comunicaciones deben interpretarse armónicamente para entender en últimas cual fue la inconformidad de la UT SIETT.

La primera de las comunicaciones, la SIETT-GG-1185-07, obra a folios 189 a 194 del Cuaderno de Pruebas 1, y allí se expone que “*el desequilibrio económico se viene presentando en lo relacionado con la base de liquidación de participaciones contractuales de SIETT CUNDINAMARCA por todo concepto, en atención a que dicha base de liquidación se ve reducida por circunstancias ajenas a la ejecución del Contrato de Concesión 101 de 2006 (...)*”.

Enseguida el Concesionario hace referencia al literal b) del numeral 2.13 de los pliegos de condiciones y expone:

“Se pone de presente entonces un concepto definitivo en la remuneración al concesionario, el cual se denomina ingresos operacionales disponibles de la STTC, que consiste en los ingresos que obtiene el organismo de tránsito por la explotación, administración u operación de sus áreas misionales.

El concepto de disponibilidad está referido a que existen recursos ya comprometidos con terceros, sea por vía contractual o legal, tales como DATATOOLS, SIMIT y POLICIA DE CARRETERAS. (Destaca el Tribunal).

Más adelante se afirma:

“En conclusión, la remuneración a SIETT CUNDINAMARCA consistirá en el sesenta por ciento de los ingresos operacionales de la STTC, los cuales se ven afectados en su disponibilidad en razón a disposiciones de orden contractual o legal que establecen participaciones a favor de terceros.

No obstante lo anterior, si se produce extinción o modificación a dichas disposiciones contractuales o legales, la disponibilidad de los ingresos operacionales se ve afectada directamente así.

De acuerdo a una interpretación gramatical o taxativa de los textos transcritos, se tiene que claramente la remuneración está definida a ingresos operacionales disponibles, y ante la supresión de un tercero que participaba sobre dichos recursos, pues obviamente resulta que la disponibilidad ofrece un espectro mayor, siempre teniendo en cuenta que se trata de lo disponible para remuneración al Concesionario.

(...)

En ese orden de ideas, al haberse dispuesto en la estructura de remuneración que ésta dependería de los resultados del contrato, resulta equilibrado y conforma la ejecución de contratos sinalagmáticos, que los mayores beneficios o ingresos producidos en la operación de un proyecto, también redunden a favor del actor que ha generado dichos mayores valores.

(...)

Igualmente hay que anotar, que en los pliegos de condiciones se indicó al Concesionario SIETT CUNDINAMARCA la fecha de terminación del contrato de Concesión 031 de 2002 suscrito entre el Departamento de Cundinamarca - Secretaría de Tránsito y Transporte y Data Tools, información a partir de la cual el Concesionario estructuró proyecciones económicas, que en concordancia con el acuerdo económico planteado en los Pliegos de Condiciones, concluye que los ingresos operacionales disponibles de la STTC ofrecerán mayor volumen una vez no se tercerice la participación que corresponde a Data Tools.

*Por lo anterior, con la suscripción del Adicional No. 01 al Contrato de Concesión No. 0031 de 2002 celebrado entre el Departamento de Cundinamarca - Secretaría de Tránsito y Transporte y Data Tools de fecha 27 de octubre de 2006, se causa un grave perjuicio económico a SIETT CUNDINAMARCA en atención a que se compromete el 26.70% de los ingresos de la Secretaría de Tránsito y Transporte por seis (6) años más, cuando según la información que nos fue entregada en el proceso de Licitación Pública SGL 006 de 2005 el contrato 031 de 2002 tenía una única vigencia de seis (6) contados desde fecha próxima a la firma del mismo, esto fue el 14 de noviembre de 2002, **por lo que se realizaron las proyecciones económicas teniendo en cuenta que los ingresos comprometidos a favor de DATA TOOLS S.A. lo estarían solo hasta finales del año 2008, pero nunca imaginamos que este contrato 031 de 2002 tendría una prórroga en su 100% con lo cual los ingresos están comprometidos hasta finales del año 2012.***

Por lo anterior consideramos lesivo a la estructura económica del Contrato de Concesión 101 de 2006, el término adicional al Contrato de Concesión 031 de 2002, y que el porcentaje de remuneración en este contrato permaneciera exacto, dado que se causa un perjuicio directo a las proyecciones realizadas por este concesionario a partir de la información que se suministró por parte del Departamento de Cundinamarca al momento de contratar.(...)” (subraya el Tribunal).

Como se puede apreciar, la comunicación en referencia pone en evidencia que la UT SIETT con fundamento en la información de los Pliegos de Condiciones de la Licitación SGL 006 de 2005 elaboró las proyecciones económicas de la propuesta que presentó al Departamento de Cundinamarca, en las cuales asumía sin duda alguna que sus ingresos dependían de los ingresos operacionales disponibles de la STTC, los cuales estaban afectados por las participaciones de terceros, esto es SIMIT, POLCA y DATA TOOLS. Así mismo, se puede deducir que el motivo que despertó la inconformidad de la UT SIETT fue la suscripción del Otrosí al Contrato 031 de 2002 por el cual se amplió su plazo en 6 años, lo cual la UT SIETT considera que afectaba sus ingresos pues esperaba que si se terminaba el contrato con DATA TOOLS, el porcentaje liberado del 26,7% pasaría a incrementar los ingresos disponibles de la STTC y con ello su remuneración. Al respecto considera el Tribunal que si la prórroga del Contrato 031 de 2002 se suscribió en octubre de 2006, la reclamación de la UT SIETT en diciembre 28 de 2007 resulta algo tardía.

Además de lo anterior, considera el Tribunal que la expectativa que tenía la UT SIETT de ver incrementados sus compensaciones por efecto del incremento de los ingresos de la STTC cuando expirara el contrato con DATA TOOLS, no tiene ningún respaldo, pues nunca se

mencionó que el Contrato 031 de 2002 no fuera a prorrogarse, o que el objeto del mismo no fuera a ser ejecutado en adelante por otro concesionario que se contratara, o que necesariamente los ingresos que se liberarían se tendrían en cuenta para liquidar la remuneración de la UT SIETT, aspecto que hubiera tenido que ser negociado, pues el porcentaje que se asigna a Data Tools es superior a los actuales ingresos disponibles de la STTC, por lo cual la UT SIETT en ese caso hubiera más que duplicado sus ingresos, sin causa alguna.

En lo que se refiere a la segunda comunicación, la SIETT-GG-1186-07, que obra a folios 2 y ss. del Cuaderno de Pruebas 3, en ella se menciona que el CONCESIONARIO presenta formalmente al DEPARTAMENTO una *“Reclamación Contractual Desequilibrio Económico”*, para que le fuera reconocido de manera directa el daño sufrido y le fueran indemnizados los perjuicios causados, según lo dispuesto por los artículos 68 y 27 de la Ley 80 de 1993. En ella aduce que el desequilibrio se presenta con respecto a la base de liquidación de las participaciones contractuales del Concesionario por concepto de multas por infracciones de tránsito, la cual *“se ve reducida por circunstancias que no tienen asidero legal”* que le generan detrimento patrimonial.

Se argumenta que si la ley impuso una deducción para el organismo de tránsito, ésta también debe afectar a los terceros que devengan sus participaciones de éste, y no sólo al Concesionario SIETT, pues aún el porcentaje asignado a POLCA que según la norma es del 50% del valor de las infracciones, por efecto de la aplicación de la deducción con destino al SIMIT se reduce al 45%, lo cual no ocurre igual en el caso del Concesionario DATA TOOLS al cual su participación siempre se le liquida sobre el 100% del valor de la multa. Enseguida la UT SIETT expone la forma como porcentualmente se viene haciendo la liquidación de las participaciones y la sugerida por ellos, y presenta una reliquidación en la que supuestamente se les han dejado de pagar casi \$700 millones de pesos durante la ejecución contractual a esa fecha.

Advierte el Tribunal que en los dos escenarios mencionados, la liquidación de las deducciones que se hacen con destino al SIMIT y POLCA siempre es igual, es decir si se examina la forma como el DEPARTAMENTO hace actualmente las liquidaciones que cuestiona el CONCESIONARIO frente a la forma sugerida por la UT SIETT, se observa que siempre se transfiere el 10% al SIMIT y el 45% a POLCA, cuando ello procede. En efecto, según lo expone la UT SIETT en esta comunicación y en las muchas otras en que reclamó sobre el mismo tema al DEPARTAMENTO se observa que los porcentajes mencionados no sufren variación, tal y como lo presentó el propio Concesionario, así:

“COMPARENDO POLCA

Valor recaudado:	\$	100
Deducción DATA	\$	26.70
Deducción Legal SIMIT	\$	10
Deducción Legal POLCA	\$	45
Disponible STTC	\$	18.3
Participación SIETT (60%)	\$	10.98
Suma final a favor STTC	\$	7.32

COMPARENDO PONAL ó SIETT

Valor recaudado:	\$	100
Deducción DATA	\$	26.70
Deducción Legal SIMIT	\$	10
Disponible STTC	\$	63.3
Participación SIETT (60%)	\$	37.98
Suma final a favor STTC	\$	25.32

Como se observa, la participación de DATA TOOLS S. A. se liquida sobre la totalidad del ingreso, lo que conlleva a que los ingresos de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Cundinamarca se vean reducidos por más de lo legal o contractualmente estipulado, ya que si se calculara el porcentaje de DATA TOOLS S. A. teniendo en cuenta las deducciones legales el panorama económico del contrato sería diferente, como se explica a continuación:

COMPARENDO POLCA

Valor recaudado:	\$	100
Deducción Legal SIMIT	\$	10
Deducción Legal POLCA	\$	45
Disponible STTC	\$	45
Deducción DATA TOOLS	\$	12.015 (26.70%)
Subtotal a favor STTC	\$	32.985
Participación SIETT (60%)	\$	19.971
Suma final a favor STTC	\$	13.014

COMPARENDO PONAL ó SIETT

Valor recaudado:	\$	100
Deducción Legal SIMIT	\$	10
Disponible STTC	\$	90
Deducción DATA TOOLS	\$	24.03 (26.70%)
Subtotal a favor STTC	\$	65.97
Participación SIETT (60%)	\$	39.582
Suma final a favor STTC	\$	26.388”

El anterior esquema de remuneraciones, el censurado y el sugerido por el CONCESIONARIO, se repite en todas las comunicaciones que posteriormente envió al DEPARTAMENTO ratificando e insistiendo en sus reclamos, al igual que en la demanda arbitral. Revisadas estas liquidaciones el Tribunal advierte que en ambos escenarios las deducciones legales con destino al SIMIT y a POLCA, cuando esta última aplica, no sufren disminución o aumento si se toma como base de liquidación de las participaciones del Concesionario DATA TOOLS el 100% del valor recaudado. Aunado a lo anterior debe tenerse en cuenta que en la reclamación contenida en la comunicación SIETT-GG-1185-07, la parte Convocante no cuestiona que la remuneración de DATA TOOLS se liquide sobre el 100% del valor recaudado de la multa, de lo que se duele es que se le hubiera prorrogado el contrato a dicho Concesionario, pero afirma haber estado enterado a través de los Pliegos de la Licitación SGL 006 de 2005 de la repercusión que la remuneración pactada en el Contrato 031 tenía y tiene sobre el Contrato 101 de 2006 que suscribió con el DEPARTAMENTO.

Ahora bien, según el texto de la pretensión 1.1.1. se afirma que el DEPARTAMENTO ha liquidado las compensaciones del CONCESIONARIO en contra de lo dispuesto en el CNTT. Para el Tribunal lo anterior no es cierto, pues como quedó expuesto anteriormente, no se alegó ni se demostró en el proceso que el DEPARTAMENTO no hubiera hecho las transferencias a la Federación de Municipios ni a la Policía de Carreteras en los porcentajes indicados en la Ley 769 de 2002.

Aduce la Convocante que la liquidación de la participación a que tiene derecho el concesionario DATA TOOLS no puede hacerse sobre la base del 100% del valor recaudado, tal y como se pactó en el Contrato 031 de 2002, sino que debe hacerse tomando como base el saldo que resulta de aplicar primero la deducción de SIMIT y luego la deducción de POLCA, lo cual no comparte el Tribunal.

En primer lugar, como se explicó atrás, no existe evidencia en el proceso que el Contrato 031 de 2002 o algunas de sus estipulaciones, o la licitación que le sirvió de base hayan sido anulados o hubiesen sido declarados ineficaces, por lo cual éstas mantienen su vigor y por ello se presume que DATA TOOLS continúa cumpliendo las obligaciones que de él se desprenden y el DEPARTAMENTO debe seguir pagándole la remuneración pactada.

En segundo lugar, no es cierto que el CNTT haya establecido un orden para hacer el pago de las participaciones de los destinatarios de las multas; lo que interesa a fin de determinar si la liquidación que hace el DEPARTAMENTO está ajustada a la ley, es que se cumpla lo que ella preceptúa, que no es cosa distinta que se liquide y transfiera al SIMIT y

a POLCA determinado porcentaje del valor de las multas, lo cual se repite se ha cumplido.

Estas apreciaciones no riñen en ningún momento con las interpretaciones jurisprudenciales que se han traído por la Convocante sobre el monto real de los recursos que la ley cedió a los entes territoriales para mejorar sus ingresos, según lo señala el artículo 10 de la Ley 769 de 2002, y que en últimas equivale al 90% del total recaudado por multas por infracciones de tránsito, ello en la práctica es así, pero no se puede olvidar que el parágrafo segundo del artículo 159 del CNTT empieza señalando que *“Las multas serán de propiedad exclusiva de los organismos de tránsito donde se cometió la infracción de acuerdo con su jurisdicción”*. Lo que estableció ese estatuto fue la obligación de los organismos de tránsito de trasladar el 10% del valor de las multas a la Federación de Municipios y de entregar a la Policía de Carreteras el 50% de éstas cuando fue tal autoridad quien impuso el comparendo.

El Tribunal reitera que no puede entrar a calificar si está ajustado a la ley o no que la remuneración de DATA TOOLS se liquide sobre el 100% del total del recaudo, pero si puede señalar que no existe prohibición para que así ocurra; también puede afirmar que sería contrario al CNTT que se desconocieran sus mandatos y no se hicieran las transferencias que ordena. En este sentido se puede afirmar que constituiría un incumplimiento de la ley que las transferencias SIMIT y POLCA no se pudieran hacer, o se tuvieran que hacer por valor inferior al contemplado en el CNTT, porque un porcentaje de los recursos estuvieran comprometidos por vía contractual en un monto de tal magnitud que impidiera dar cumplimiento a dicha obligación o lo permitiera sólo de forma imperfecta.

Como ha quedado expuesto, del análisis de la Ley 769 de 2002, de los Pliegos de la Licitación SGL 006 de 2005, del clausulado del Contrato 101 de 2006, del comportamiento de las partes en la ejecución contractual, así como del estudio del texto de los reclamos del CONCESIONARIO y la propia demanda arbitral, concluye el Tribunal que la liquidación de las compensaciones a que tiene derecho la UT SIETT, en la forma como las viene haciendo el DEPARTAMENTO no vulnera ni la ley ni el contrato, por lo cual no se accederá a la pretensión 1.1.1. de la demanda principal y a sus consecuenciales de condena.

7.2.- De la conducta contradictoria del Departamento al dar instrucciones para liquidar las compensaciones del Concesionario (pretensión 1.1.2.)

La pretensión 1.1.2. se formuló así:

“1.1. Que se declare en relación con las compensaciones del CONCESIONARIO en el recaudo de multas por infracciones de tránsito lo siguiente:

(...)

*1.1.2. Que en el período comprendido entre el 17 de abril y el 30 de julio de 2008 el DEPARTAMENTO **tuvo una conducta contradictoria**, pues inicialmente y de modo procedente ordenó liquidar las compensaciones conforme a lo establecido en el Código Nacional de Tránsito y, posteriormente, solicitó que se liquidaran sin aplicar las deducciones de ley, en contradicción con lo dispuesto en dicho Código.”*

Los presupuestos fácticos de esta pretensión están incluidos dentro de la serie de hechos invocados en la demanda como soporte de la pretensión 1.1.1., sobre los que la parte Convocada se pronunció en la contestación a la misma, y los cuales ya fueron expuestos y revisados por el Tribunal anteriormente.

Para ubicarse en el escenario temporal indicado en la pretensión y las supuestas conductas contradictorias del DEPARTAMENTO, el Tribunal vuelve sobre el examen de los hechos de la demanda y los soportes probatorios de los mismos, y al efecto encuentra que se menciona que con Oficio 0582 de 26 de marzo de 2008 dirigido a DATA TOOLS, el Interventor y Director de Servicios de la Secretaría de Tránsito y Transporte del Departamento de Cundinamarca *“reconoció que el DEPARTAMENTO no venía efectuando adecuadamente la liquidación de las participaciones por el concepto de multas por infracciones de tránsito”*, y señaló la parametrización que debía hacerse en adelante de los recursos provenientes del SIMIT, donde la remuneración del Concesionario DATA TOOLS se reducía. Por lo anterior, DATA TOOLS reclamó el 28 de marzo siguiente porque el porcentaje del 26,7% pactado en el Contrato 031 de 2002 no se calculaba sobre el 100% del valor del recaudo de las multas sino sobre el saldo que queda de aplicar previamente las deducciones de SIMIT y POLCA. Esta reclamación fue contestada el 14 de abril de 2008 por el Interventor y Director de Servicios de la Secretaría de Tránsito y Transporte del Departamento, en la cual se le advirtió que no se podía seguir calculando su participación sobre el 100% del valor del recaudo porque ello *“no sólo desconoce la Ley, sino que están obteniendo su retribución sobre porcentajes que ni siquiera la entidad contratante puede contemplar como propias”*, y por eso se dispuso que *“se realicen las modificaciones porcentuales ya comunicadas en el Oficio STT 0582 del 28 de Marzo de 2.008, las cuales ratifica en el presente escrito.”*

El 9 de mayo de 2008 DATA TOOLS solicitó la reconsideración de la anterior decisión, lo cual fue resuelto desfavorablemente con comunicación de 11 de junio siguiente.

En razón de las manifestaciones a DATA TOOLS, con comunicación de 23 de julio de 2008 la UT SIETT insistió en la indebida liquidación de las participaciones y sobre el incumplimiento del Contrato de Concesión 101 de 2006, lo cual no fue respondido por el DEPARTAMENTO y, por el contrario, mediante Oficio de 28 de julio de 2008 se ordenó modificar los porcentajes de distribución de participaciones de los destinatarios de las multas, a lo cual se opuso la UT SIETT con comunicación de 29 de julio de 2008, que tampoco fue respondida por el DEPARTAMENTO.

Al hecho 2.12 se informa que *“El DEPARTAMENTO no solo no atendió la solicitud del CONCESIONARIO sino que **en abierta contradicción frente a su propia decisión ajustada a la ley**”* mediante Acta 007 de agosto de 2008 dedujo la suma de \$128.105.052 de la participación del CONCESIONARIO y, además, *“suscribió el “ACTA DE COMPENSACIÓN POR REINTEGRO DE RECAUDO LOCAL DE MULTAS E INFRACCIONES DE TRANSITO DEL 17 DE ABRIL AL 30 DE JULIO DE 2008 POR DIFERENCIA EN PORCENTAJES DE DISTRIBUCIÓN PARAMETRIZADO EN DICHO PERIODO”*, firmada por el Director de Servicios de la Secretaria de Tránsito y la firma DATA TOOLS SA, el 15 de agosto de 2008, lo que dio origen a la orden de transferencia dirigida a la Directora de Tesorería mediante el oficio STT–DS 1512, de 20 de agosto de 2008. Lo anterior le fue informado al CONCESIONARIO mediante el oficio STT-DS-1648 de 3 de septiembre de 2008”. (Destaca el Tribunal).

Un aspecto que se debe tener en cuenta para resolver este tema, es que de conformidad con lo dispuesto en el Parágrafo de la cláusula Cuarta del Contrato 101 de 2006, *“Las compensaciones se realizarán de conformidad con las instrucciones que EL DEPARTAMENTO imparta al integrador (Data Tools o quien haga sus veces) y a los bancos”*. De ahí que, como acaba de exponerse, las instrucciones sobre la forma de hacer las liquidaciones se comunicaban a DATA TOOLS, quien como integrador del proyecto ordenaba el pago de las participaciones a los destinatarios del recaudo de las multas.

Como se puede apreciar, la supuesta conducta contradictoria del DEPARTAMENTO que se reprocha en la pretensión, no puede decirse que se presentó entre el periodo indicado en ella, esto es, en **“entre el 17 de abril y el 30 de julio de 2008”**, sino que debe ubicarse entre el 26 de marzo de 2008 y el 28 de julio siguiente. En efecto, como se indicó antes, mediante comunicación STT-0582 de 26 de marzo de 2008 dirigida a DATA TOOLS, el DEPARTAMENTO modificó la forma como se liquidaban las participaciones de los destinatarios del valor recaudado de las multas por infracciones de tránsito, lo cual consistió en esencia en que el porcentaje de DATA TOOLS, que siempre se había liquidado sobre el 100% del recaudo, ahora se debería liquidar sobre el saldo que se obtenía de restar previamente las deducciones conocidas como SIMIT y POLCA, hecho que favorecía a la UT SIETT.

La conducta contradictoria se hace consistir en que posteriormente el DEPARTAMENTO mediante comunicación STT-1340 de 28 de julio de 2008 reversó la anterior decisión, regresando a la liquidación de las participaciones que en ejecución de los contratos 031 de 2002 y 101 de 2006, siempre se había aplicado. El periodo al que hace referencia la pretensión -17 de abril a 30 de julio de 2008- corresponde al tiempo durante el cual se aplicó la modificación contenida en el Oficio 0582.

Al respecto vale preguntarse cuál es la conducta contradictoria del DEPARTAMENTO? La expuesta en la comunicación STT-0582 de 26 de marzo de 2008 o la expuesta en la comunicación STT-1340 de 28 de julio del mismo año.

Para la UT SIETT no cabe duda, porque ello favorece sus intereses, que la contradicción radica en el hecho de que el 28 de julio de 2008 el DEPARTAMENTO haya dejado sin valor la decisión informada en la comunicación STT-0582, cuando antes, a los reclamos de DATA TOOLS por las decisiones de que trata esa comunicación, siempre el DEPARTAMENTO había sido categórico en contestar que la liquidación de la participación de dicho concesionario no podía hacerse sobre el 100% del valor del recaudo, y no obstante ello reconsideró su decisión.

Para el Tribunal la conducta no sólo contradictoria, sino confusa y desafortunada del DEPARTAMENTO, fue el haber modificado en el mes de marzo de 2008 la liquidación de participaciones de los destinatarios del valor de las multas sin soporte legal ni contractual alguno, lo cual fue enmendado en decisión que se informó con la comunicación 1340 de 28 de julio de 2008, hecho que va más allá del examen de la competencia del funcionario que tomó tales determinaciones.

Y es que sobre la base de lo dispuesto por el artículo 1602 del C.C., sobre que el contrato celebrado es ley para las partes, surgen serios reparos a la posibilidad de que unilateralmente puedan las partes de un contrato modificar sus estipulaciones, y en este caso una de las más esenciales como es el pago de la remuneración por los servicios prestados.

Cualquier modificación que se pretendiera hacer tanto al Contrato 101 de 2006 o al 031 de 2002, debía hacerse de común acuerdo por las partes que los suscribieron, mediante la firma de un otrosí o cualquier otro documento de valor legal semejante, con respeto absoluto por las condiciones particulares de la Licitación Pública que precedió a cada uno y solo en los casos permitidos por la ley, pues considerado el carácter estatal de dichos contratos, la simple voluntad de los contratantes no es suficiente para justificar que en ejecución del contrato se modifiquen sus estipulaciones.

Advierte el Tribunal que el objeto del contrato, su remuneración y el plazo de ejecución contractual, en el caso de los contratos estatales, son aspectos sobre los que la ley restringe la posibilidad de que puedan ser modificados en desarrollo del contrato, aún con el concurso de voluntades de las partes, pues más allá de la posible vulneración que pudiera ocasionarse con ello a los derechos de terceros que pudieron estar interesados en participar en el proceso de selección contractual o que en efecto lo hicieron y presentaron sus propuestas, de por medio están el interés general de la nación y el patrimonio público, aspectos que el legislador ha querido proteger estableciendo un marco general para la contratación pública de obligatoria observancia para la Administración y administrados contenido en la Ley 80 de 1993 y sus normas concordantes y complementarias.

Si la modificación del contrato no es producto del acuerdo de voluntades de quienes lo han celebrado, manifestado expresamente respecto de asuntos sobre los que éstas pueden disponer sin transgredir la ley y causar daños a terceros, todas las estipulaciones contractuales mantendrán su vigencia y obligatoriedad, y la alteración no tendrá efecto vinculante para ninguno de los contratantes y dará origen a la indemnización de los perjuicios que tal hecho pueda causar a cualquiera de ellos.

Ahora bien, teniendo en cuenta el enunciado de la pretensión 1.1.2., donde se dice que *“entre el 17 de abril y el 30 de julio de 2008 el DEPARTAMENTO tuvo una conducta contradictoria, pues inicialmente y de modo procedente ordenó liquidar las compensaciones conforme a lo establecido en el Código Nacional de Tránsito y, posteriormente, solicitó que se liquidaran sin aplicar las deducciones de ley”*, como el Tribunal ya definió que la liquidación que hace el DEPARTAMENTO de las participaciones de los distintos destinatarios del valor de las multas se ajusta a la ley y al contrato, dicha pretensión habrá de negarse, pues no es cierto que la liquidación que se ordenó en marzo de 2008 sí obedeciera a los mandatos del CNTT y que la dispuesta en julio de 2008, que reversó la orden anterior, no tuviera en cuenta las deducciones de ley, como quedó ampliamente expuesto en acápite anterior.

7.3.- Del incumplimiento del Departamento por no reconocer y pagar al Concesionario las compensaciones que le corresponden (pretensión 1.2.1.)

La UT SIETT formuló esta pretensión así:

“1.2. Que se declare que el DEPARTAMENTO ha incumplido de modo grave, reiterado e injustificado el Contrato de Concesión 101-2006, así:

1.2.1. Al no reconocer ni pagar al CONCESIONARIO la totalidad de las compensaciones que le corresponden por el recaudo de las multas por infracciones de tránsito, como resultado de una liquidación de las mismas que contraría lo dispuesto en el Código Nacional de Tránsito”.

El Tribunal ya definió al estudiar la pretensión 1.1.1., que el monto de las compensaciones que el DEPARTAMENTO ha pagado al concesionario UT SIETT en ejecución del Contrato 101 de 2006 corresponden a las pactadas en dicho contrato y que su liquidación se ajusta a lo dispuesto en los artículos 10 y 159, parágrafo 2. del CNTT, pues en todos los casos el DEPARTAMENTO ha liquidado y transferido a la Federación Nacional de Municipios y a la Policía de Carreteras, cuando este último concepto procede, los porcentajes que en dichas normas se ordenó aplicar.

De acuerdo a lo anterior, al no poderse imputar incumplimiento alguno al DEPARTAMENTO por la liquidación y pago de compensaciones a la UT SIETT, se negará la pretensión 1.2.1. de la demanda.

8.- Pago al concesionario de los ingresos por concepto de escuelas de conducción.

8.1.- La demanda

La pretensión la formuló la Convocante en los siguientes términos:

“1.2. Que se declare que el DEPARTAMENTO ha incumplido de forma grave, reiterado e injustificado el Contrato de Concesión 101-2006, así:

(...)

1.2.2. Al no reconocer ni pagar al CONCESIONARIO desde el mes de marzo de 2008, los ingresos por concepto de escuelas de conducción”.

Los hechos que sirven de fundamento a la pretensión transcrita son, en forma resumida y según lo consignado en la demanda, del siguiente tenor:

a) Desde el mes de abril de 2008, por decisión unilateral e inconsulta del Interventor y Director de Servicios de la Secretaría de Tránsito de Cundinamarca, doctor Juan Carlos Saldarriaga Gaviria, la UT SIETT dejó de recibir el porcentaje de participación que le corresponde contractualmente como compensación por concepto del rubro mencionado “*servicios escuelas de conducción*”. Expresa el Convocante que este es un ingreso operacional que hace parte de la remuneración del CONCESIONARIO.

b) En el documento STT-DS-0532 del 17 de marzo de 2008, por el cual se notifica la delegación de funciones que hizo el doctor Juan Fernando Góngora Arciniegas, Secretario de Tránsito y Transporte de Cundinamarca, al doctor Juan Carlos Saldarriaga Gaviria, Director de Servicios, no se traslada la competencia para modificar el Contrato de Concesión 101 de 2006.

c) Mediante comunicación SIETT-GG-0947-08 del 4 de diciembre de 2008³⁰ dirigida al Interventor del Contrato de Concesión 101 de 2006 y Director de Servicios, la UT SIETT manifestó su desacuerdo con lo que consideró una modificación unilateral del contrato, argumentando que si se lee con detenimiento el numeral 2.13 literal b) del Pliego de Condiciones, tal como fue modificado por la Adenda 1, el proponente podía ofertar como monto de compensación una cifra que no superara el 60% de los ingresos operacionales disponibles señalados en el cuadro incluido en ese numeral, cuyo último rubro es precisamente el de *Servicios Escuelas de Conducción*. Dice la parte Convocante que si los ingresos operacionales disponibles por ese concepto son del 73.3%, el porcentaje de la UT SIETT (60%) equivale al 43.98%. En la misiva el CONCESIONARIO reitera la falta de competencia del funcionario Juan Carlos Saldarriaga Gaviria para tomar esa decisión, que califica de unilateral, inconsulta y violatoria de las disposiciones contractuales.

d) Al respecto también cita el concepto emitido por el doctor Jaime Orlando Santofimio como respuesta a la consulta formulada por el Departamento, del cual sólo reproduciremos algunos apartes:

“El ingreso por servicio de escuelas de conducción, es un ingreso operacional y como tal hace parte de la masa de recursos destinado por el Departamento de Cundinamarca para remunerar al contratista y como tal tiene que allanarse a cumplir dicha obligación sin importar que no sea obligación del contratista operar dichos centros de enseñanza automovilística.

Sustraerse el Departamento de la obligación de remunerar el contratista incluyendo como base de la liquidación los ingresos por servicios de escuelas de conducción sin el consentimiento de la entidad contratista, se convertirá en una modificación unilateral e ilegal del contrato, que a la postre traerá consecuencias económicas para el Departamento porque seguramente se generarán las correspondientes reclamaciones por desequilibrio financiero del contrato.

(...)

Lo anterior nos permite concluir que le asiste razón al contratista SIETT en su argumentación y motivación jurídica dirigida al a Secretaría de Tránsito y Transporte solicitando se restablezca el

³⁰ Folio 22-25, Cuaderno Principal No.1

*derecho a que se incluya el ingreso por este rubro dentro de la liquidación de participaciones contractuales en su esquema de remuneración (...)*³¹

e) Calcula el CONCESIONARIO que debido a esos incumplimientos, el DEPARTAMENTO le adeuda a agosto de 2009, la suma de \$37.296.510, sin incluir actualizaciones ni intereses.

8.2.- La Contestación de la demanda

La Convocada se opuso a esta pretensión (folio 110 del Cuaderno Principal), para lo cual presentó los argumentos que enseguida se exponen:

a) Del pliego de condiciones y su correspondiente adenda No. 1 se colige que sólo los ingresos operacionales relacionados con las actividades que desarrolla efectivamente el contratista de acuerdo al tenor del Contrato 101 de 2006 hacen parte de la masa de ingresos base de liquidación y agregó que la interpretación que propone el demandante *“lleva al absurdo de pensar que el Concesionario tiene derecho a cualquier ingreso operacional de la Secretaría de Tránsito y Transporte, aún en el evento en que este no guarde relación alguna con el servicio concesionado, lo cual es lesivo para los intereses de la entidad estatal y del patrimonio público”*.³² Para la parte Convocada no todos los conceptos operacionales pueden ser tenidos en cuenta para efectos de la remuneración del contratista, sino tan solo los señalados en el pliego de condiciones.

b) La cláusula segunda del contrato de concesión 101 de 2006 no contempla en ninguno de sus numerales la realización de actividades de manejo o administración de las escuelas de conducción del DEPARTAMENTO, por lo que la Convocada alega que el CONCESIONARIO no puede *“pretender beneficiarse a través de la recepción de una remuneración por concepto de servicio sobre el cual no se realiza ningún tipo de inversión, pretensión que sin duda alguna desnaturaliza el concepto y la estructura misma de los contratos de concesión”*.³³

c) En los contratos de concesión, según la definición prevista en el artículo 32 numeral 4 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, el CONCESIONARIO debe necesariamente gestionar, organizar o explotar un servicio, efectuar las inversiones necesarias, procurar el retorno del capital invertido y proveerse su remuneración.

³¹ Folio 25, Cuaderno Principal

³² Folio 135, Cuaderno Principal

³³ Folio 136, Cuaderno Principal

d) Por lo anterior, el DEPARTAMENTO no entiende por qué se pretenden reclamaciones por una gestión, operación u explotación de un servicio que no se encuentra a cargo del CONCESIONARIO.

8.3.- Medios de prueba

a. Documentales: Reposan en el expediente los siguientes documentos relevantes para decidir esta pretensión:

i. Pliego de Condiciones de la Licitación Pública SGL 006 de 2005.

ii. Contrato 101 de 2006.

8.4.- Alegatos de conclusión

8.4.1.- Parte Convocante: En términos generales reitero lo expuesto en la demanda. Afirmó que el DEPARTAMENTO ha incumplido el Contrato de Concesión 101 de 2006, al no reconocer ni pagar a la UT SIETT desde el mes de marzo de 2008, los ingresos por concepto de escuelas de conducción. Para el CONCESIONARIO no hay duda que conforme lo establece el numeral 2.1.1. del Pliego de Condiciones, el servicio de “Escuelas de Conducción” forma parte de los ingresos operacionales del Departamento de Cundinamarca y que sobre dicho concepto se le deben liquidar sus compensaciones. Expresó que nada distinto puede desprenderse del cuadro relacionado en el literal b) del numeral 2.13. del Pliego de Condiciones, que contiene los conceptos y porcentajes de descuentos que debía respetar el DEPARTAMENTO, en virtud de obligaciones legal o contractualmente adquiridas por éste.

De igual forma, la parte Convocante citó de nuevo el concepto del doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, al tiempo que aseguró que está demostrado en el proceso que el CONCESIONARIO lleva a cabo actividades relacionadas con la liquidación y recaudo de los derechos que se cancelan por concepto de los cursos de escuelas de conducción, lo que a su juicio justifica la retribución que se discute.

8.4.2.- Parte Convocada: Expresó que de acuerdo con la tipificación del Contrato de Concesión, contenida en el numeral 4 del artículo 32 del Estatuto General de Contratación Pública, *“toda pretensión de remuneración como consecuencia de su presunta ejecución debe tener correspondencia o asidero en la causa jurídica consistente en el cumplimiento de uno de los verbos rectores de este negocio jurídico, a saber, “la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio”.* Por lo tanto, no basta que los servicios de

escuelas de conducción sean considerados como un ingreso operacional para que de forma obligatoria deban considerársele como parte de la retribución del CONCESIONARIO. Considera la parte Convocada que sostener lo contrario es patrocinar un enriquecimiento sin causa en contra del DEPARTAMENTO.

8.5.- Lo que el Tribunal considera probado

- a. Está probado que el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA y la UT SIETT celebraron el contrato de concesión 101 de 2006.
- b. De igual forma se encuentra demostrado que los ingresos por servicios de escuelas de conducción hacen parte de los ingresos operacionales con los cuales se debe remunerar la labor ejecutada por el CONCESIONARIO, de acuerdo con lo establecido en el literal b) del numeral 2.13. del Pliego de condiciones (Folios 414-415, Cuaderno de Pruebas No. 1).
- c. Asimismo, del párrafo de la cláusula 4 del contrato 101 de 2006 (folio 142, Cuaderno de Pruebas 1), se deduce claramente que es obligación del DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA consignar diariamente el porcentaje de los ingresos operacionales que le corresponden al CONCESIONARIO a título de remuneración, pues allí se estableció que *“Las compensaciones se realizarán de conformidad con las instrucciones que el DEPARTAMENTO imparta al integrador (Data Tools o quien haga sus veces) y a los bancos. En cualquier caso, dicha compensación corresponderá a la ofertada por el Concesionario y será consignada diariamente en las entidades bancarias señaladas por éste para el efecto”*
- d. Con el dictamen pericial rendido por el doctor Eduardo Villate Bonilla se prueba que el DEPARTAMENTO no ha pagado a la UT SIETT desde abril de 2008 el porcentaje que le corresponde de los ingresos operacionales por concepto de servicios de escuelas de conducción (página 15 Dictamen).
- e. Finalmente, en el informe de complementación al dictamen pericial se demuestra que el DEPARTAMENTO le adeuda al CONCESIONARIO por el no pago de la contraprestación por concepto de servicios de escuelas de conducción la suma de TREINTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS SETENTA PESOS CON CINCUENTA Y SEIS CENTAVOS (\$34.791.470,56) (página 1 Escrito Complementación).

8.6.- Consideraciones

- i. Problema jurídico a tratar

Este Tribunal debe entrar a determinar si la UT SIETT tiene derecho o no a percibir parte de los ingresos operacionales del DEPARTAMENTO por concepto de “servicios de escuelas de conducción” como remuneración por los servicios prestados en desarrollo del Contrato de Concesión 101 de 2006.

i.i. Razones jurídicas para decidir

Para dilucidar el problema jurídico planteado es necesario revisar la estructura de remuneración definida por la Secretaría General del Departamento de Cundinamarca consignada en el numeral 2.13 literal b) del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. SGL 006 de 2005. Dicho numeral reza así:

“El proponente indicará el porcentaje de compensación como remuneración total del concesionario por todo concepto, a cuenta y riesgo del mismo.

El monto de compensación ofertado por el proponente no podrá ser superior al sesenta por ciento (60%) de los ingresos operacionales señalados en el presente numeral, que percibe el DEPARTAMENTO.

Para el cálculo de las compensaciones, el proponente, deberá tener en cuenta que el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA-SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE tiene comprometidos, en parte de sus ingresos operacionales, los porcentajes relacionados en el siguiente cuadro y, por tanto, estos porcentajes no pueden constituir base para la liquidación de las compensaciones del presente proceso, la cual se efectuará con base en los ingresos operacionales disponibles por todo concepto, menos los relacionados en el siguiente cuadro:

Concepto	Descuentos			Disponible STT
	Data Tools	Polca	Simit	
Tramitación formulario	26,70%			73,30%
Multas por revisión	26,70%			73,30%
Tramite de matricula	26,70%			73,30%
Especies Venales	26,70%			73,30%
Otros servicios				100,00%
Multas por infracción	26,70%	45%	10%	18,30%
Formulario trámite vehículos	26,70%			73,30%
Expedición licencias de conducción	26,70%			73,30%
Serv. Escuela de conducción	26,70%			73,30%

**Otros servicios se refiere a la operación y organización de los servicios prestados en Centros de Diagnóstico Automotor, Patios o Parqueaderos autorizados, Servicio de Grúa, Centros de Acreditación de Conductores*

*Nota: DATA TOOLS: Concesionario Contrato 031 de 2002.
Polaca (sic): Policía de Carreteras.*

*Simit: Sistema de Información de Multas e Infracciones de Tránsito.*³⁴

De acuerdo a la anterior cita, el proponente debía ofertar un porcentaje de compensación sobre la totalidad de los ingresos operacionales enlistados en el cuadro consignado en ese numeral, como remuneración total por los servicios prestados en desarrollo del contrato de concesión; porcentaje que en ningún caso podía exceder el sesenta por ciento (60%) de esos ingresos.

Además, para el cálculo de sus compensaciones y la elaboración de su propuesta de remuneración, el proponente debía tener en cuenta que el porcentaje que ofertaba, aplicaba sólo para los ingresos operacionales no comprometidos previamente por el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA- SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE.

Puede verse en el cuadro citado que parte de los ingresos operacionales sobre los cuales el proponente debía ofertar su porcentaje de compensación era, precisamente, la correspondiente a los provenientes de “*servicios de escuelas de conducción*”, ingresos que el DEPARTAMENTO tenía comprometidos en un 26.70%, de tal forma que el porcentaje que ofertara el proponente como remuneración sobre este rubro aplicaba sobre el 73,30% restante y podría ascender al 43,98%.

Por otra parte, la cláusula Cuarta del contrato de concesión 101 de 2006, establece:

*CUARTA- RETRIBUCIÓN POR LA INFRAESTRUCTURA APORTADA Y LA LABOR EJECUTADA. El CONCESIONARIO tendrá derecho como contraprestación realizada y labor ejecutada a las compensaciones a que hace referencia el literal b del numeral 2.13. del Pliego de Condiciones, en concordancia con el porcentaje contenido en la oferta presentada, los cuales forman parte integral del presente contrato (...)*³⁵

Según lo anterior, la UT SIETT tiene derecho a que se le pague el porcentaje que hubiera ofertado sobre los ingresos operacionales discriminados en el literal b) numeral 2.13. del Pliego de condiciones de la Licitación. La propuesta económica presentada por la Unión Temporal SIETT, fue del 60% sobre los ingresos operacionales, ingresos dentro de los cuales estaban incluidas las sumas que se percibirían por los servicios de escuelas de conducción.

Así las cosas, para el Tribunal es claro que la Unión Temporal SIETT tiene derecho como contraprestación por la infraestructura aportada y

³⁴ Folio 414-415, Cuaderno de Pruebas No. 1.

³⁵ Folio 142, Cuaderno de Pruebas No. 1.

la labor ejecutada, al 60% de los ingresos operacionales disponibles, por cuanto así está previsto en el literal b) del numeral 2.13 del Pliego de condiciones; en esas condiciones, es indudable que el CONCESIONARIO estructuró su propuesta sobre la base de que tendría derecho a recibir el 60% de los ingresos operacionales por concepto de escuelas de conducción, después de deducir de éstos los ingresos comprometidos con DATA TOOLS. Lo cual, a juicio del Tribunal, indica que al CONCESIONARIO le asiste el derecho de percibir el 60% de los ingresos operacionales disponibles del Departamento de Cundinamarca - Secretaría de Tránsito y Transporte, entendiéndose por operacionales todos los ingresos de esa dependencia que no se originen en retención en la fuente o en impuestos departamentales y municipales.

La parte CONVOCADA ha dicho tanto en la contestación de la demanda como en sus alegatos de conclusión que no debe pagársele al CONCESIONARIO un porcentaje de los ingresos operacionales por servicios de escuelas de conducción por cuanto ese ingreso operacional no guarda relación alguna con el servicio concesionado, y considera que el CONCESIONARIO no puede *“pretender beneficiarse a través de la recepción de una remuneración por concepto de servicio sobre el cual no se realiza ningún tipo de inversión, pretensión que sin duda alguna desnaturaliza el concepto y la estructura misma de los contratos de concesión”*.

Para examinar el argumento propuesto por la parte CONVOCADA, en el sentido de que la remuneración en los contratos de concesión debe estar atada a la actividad concesionada resulta útil reproducir el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 que define los contratos de concesión:

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

Una lectura detenida de la norma citada permite concluir que la remuneración que recibe el concesionario por la ejecución de sus

obligaciones no tiene que provenir necesariamente de la actividad o servicio que se haya otorgado en concesión, sino que, el Estatuto General de Contratación Pública permite a las partes contratantes acordar cualquier tipo de remuneración o una que no provenga directamente de la actividad contratada.

No otra cosa puede concluirse del numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que en el aparte que se refiere a los tipos de remuneración que pueden las partes pactar establece que la labor del concesionario debe tener como contrapartida *“una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”*, de lo cual el Tribunal colige que bien pueden las partes en un contrato de concesión pactar el pago de una remuneración o contraprestación por determinado servicio, sin importar si éste es o no prestado por el CONCESIONARIO.

Y fue precisamente eso lo que las partes pactaron en el Contrato 101 de 2006; remunerar los servicios a cargo del CONCESIONARIO en parte con ingresos operacionales provenientes de una actividad ajena al contrato de concesión 101 de 2006, esto es, con los ingresos provenientes por servicios de escuelas de conducción, lo cual es permitido por la reglamentación que el ordenamiento jurídico colombiano hace del contrato de concesión estatal.

Así las cosas, para el Tribunal es claro que de conformidad con el literal b) numeral 2.13. del Pliego de condiciones, el ingreso por servicio de escuelas de conducción es un ingreso operacional al cual tiene derecho la UT SIETT como contraprestación, en el porcentaje ofertado en la propuesta (cláusula Cuarta del contrato 101 de 2004), independientemente de que sea su obligación operar o no los centros de enseñanza automovilística. Es cierto que el concesionario no presta los servicios de escuelas de conducción, pero una cosa es la actividad concesionada que va a adelantar el CONCESIONARIO en virtud de la ejecución del objeto contractual y otra la manera como ha de ser remunerado. Y en los pliegos se definió con claridad que sería remunerado en parte con los ingresos operacionales de la Secretaría de Tránsito provenientes de las Escuelas de conducción.

De aceptarse la tesis del demandado, tendríamos que decir, verbigracia, que en una concesión vial solo es posible remunerar al concesionario con los ingresos de peajes porque son los únicos que se generan con la explotación de la actividad dada en concesión, y no podría remunerársele con aportes de la entidad estatal contratante, planteamiento que no resistiría una mera confrontación con lo que sobre remuneración disponen los contratos de concesión viales suscritos por el Estado.

Según el dictamen pericial, de acuerdo a los datos suministrados por SIETT, el valor recaudado por concepto de escuelas de conducción fue de \$75'693.920,00³⁶. De acuerdo al literal b) del numeral 2.13 de los Pliegos sobre dicha suma se debe aplicar el porcentaje de compensación del 60% ofertado por la UT SIETT sobre los ingresos disponibles del DEPARTAMENTO por este concepto, por lo cual afirma el perito que: *“Al aplicar el 43,98% sobre el recaudo potencial entre abril de 2008 a septiembre de 2009”* la participación de la UT SIETT por este concepto asciende a \$33.290.186,02 *“y actualizando dicha suma al 30 de junio de 2010”* equivale a \$34'845.833,05.

8.7.- Decisión

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, este Tribunal encuentra que el DEPARTAMENTO en el mes de abril de 2008 decidió, en forma unilateral y sin justificación alguna, suspender el pago de las contraprestaciones que por concepto de ingresos operacionales por los servicios de escuelas de conducción debía consignarle al CONCESIONARIO, remuneración a la cual éste tenía derecho, de acuerdo con lo pactado en el literal b) del numeral 2.13. del Pliego de Condiciones, así como con lo establecido en la cláusula Cuarta del Contrato 101 de 2006. Por lo anterior, este Tribunal ordenará al DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA cancelar a la UT SIETT la suma arriba mencionada establecida por el perito.

9.- Pago de sumas dejadas de transferir por recaudo externo de la Federación Nacional de Municipios (Programa SIMIT)

9.1.- La demanda

La pretensión se formuló por la Convocante en los siguientes términos:

“1.2. Que se declare que el DEPARTAMENTO ha incumplido de forma grave, reiterado e injustificado el Contrato de Concesión 101-2006, así:

(...)

“1.2.3. Al no abonar al CONCESIONARIO las compensaciones resultantes de las transferencias efectuadas por concepto de recaudo externo de las multas por infracciones de tránsito a través de la Federación Nacional Municipios (Programa SIMIT), correspondientes a los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2007, así como las relativas al período comprendido entre enero y septiembre de 2008.

³⁶ Página 15 del dictamen.

Los hechos que sirven de fundamento a la pretensión transcrita son, en forma resumida y según lo consignado en la demanda, del siguiente tenor:

- a. En lo que corresponde a la participación del CONCESIONARIO en el recaudo de multas por infracciones de tránsito a través de la Federación Nacional de Municipios (Programa SIMIT), el DEPARTAMENTO ha incumplido la Cláusula Cuarta del Contrato de Concesión 101 de 2006, de acuerdo con la cual las transferencias que le correspondan al CONCESIONARIO deben hacerse diariamente.
- b. Para el CONVOCANTE el incumplimiento se concreta en el hecho de que las transferencias se han tardado hasta un año en hacerse, lo que ha generado dificultades en la conciliación de las compensaciones que le corresponden al CONCESIONARIO, puesto que esta conciliación sólo puede hacerse en fecha posterior a la transferencia ordenada por el DEPARTAMENTO.
- c. Lo anterior ha generado diferencias en favor del CONCESIONARIO que no le han sido reconocidas por el DEPARTAMENTO. Dichas sumas fueron reclamadas mediante comunicación CONT-SIETT-909-08, y ascienden en sólo capital a \$69'776.560,09, sin que el DEPARTAMENTO haya resuelto dicha reclamación.

9.2.- La Contestación de la demanda

La Convocada se opuso a esta pretensión (folio 110 del Cuaderno Principal No. 1), y sostuvo que, tal como lo aseveró el CONCESIONARIO en su demanda, el 9 de noviembre de 2007 se celebró el Acuerdo de Compensación No. 002, mediante el cual se determinaron sumas a favor del CONCESIONARIO por concepto de recaudo externo- SIMIT, correspondiente a recaudos efectuados en los meses de agosto y septiembre de 2007. Precisamente por lo anterior, no le cabe razón al demandante cuando dice que las mismas no le han sido canceladas, por cuanto en efecto, las mismas fueron objeto de pago.

9.3.- Medios de prueba

- a. Documentales: Reposan en el expediente los siguientes documentos relevantes para decidir esta pretensión:
 - i. Contrato 101 de 2006.
 - ii. Acuerdo de Compensación No. 002 de 9 de noviembre de 2007.
 - iii. Comunicación CONT-SIETT-909-08.
- b. Dictamen Pericial rendido por el doctor Eduardo Villate Bonilla

9.4.- Alegatos de conclusión

9.4.1.- Parte Convocante: Expresó que conforme a la Cláusula Cuarta del Contrato de Concesión 101 de 2006, las transferencias que por participación correspondan al CONCESIONARIO por concepto de recaudo externo de las multas por infracciones de tránsito a través de la Federación Nacional de Municipios (Programa SIMIT) deben hacerse diariamente.

Considera que ha quedado demostrado en el proceso que el DEPARTAMENTO ha efectuado estas transferencias por fuera de dicho término, lo cual ha generado perjuicios económicos para el CONCESIONARIO. A renglón seguido respalda sus afirmaciones en el dictamen pericial rendido en este proceso.

La parte CONVOCANTE concluye que está demostrado en el proceso el incumplimiento del DEPARTAMENTO por cuanto no abonó al CONCESIONARIO las compensaciones resultantes de las transferencias por concepto de recaudo externo de las multas por infracciones de tránsito correspondientes a los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2007, así como las relativas al período comprendido entre enero y septiembre de 2008.

9.4.2.- Parte Convocada: En sus alegatos no se pronuncia en relación con esta pretensión.

9.5.- Lo que el Tribunal considera probado

a. Está probado que las compensaciones a que tiene derecho el CONCESIONARIO por los servicios prestados debían consignarse diariamente en las entidades bancarias señaladas por la UT SIETT para tal efecto, según lo estipulado en el parágrafo de la cláusula Cuarta del Contrato 101 de 2006 (Folio 142, Cuaderno de Pruebas 1).

b. También está probado que las consignaciones por concepto de participaciones por recaudo de multas por infracciones de tránsito a través de la Federación Nacional de Municipios (SIMIT) no se hicieron en el término contractual previsto para ello, hecho suficientemente acreditado con el dictamen del perito Eduardo Villate Bonilla cuando expresó que **“La Gobernación no necesariamente hace una única transferencia mensual de fondos, sino que con frecuencia transfiere fondos a SIETT en diferentes fechas y montos y el total transferido difiere del valor adeudado por parte de la Gobernación, consignado en la respectiva acta; algunas veces es inferior y otras superior para equilibrar los montos no consignados en períodos anteriores”** (Página 16, Dictamen)

c. Finalmente, el dictamen pericial demuestra que existe un saldo a favor del CONCESIONARIO de CIENTO NUEVE MILLONES

SETECIENTOS NUEVE MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS CON VEINTISÉIS CENTAVOS (\$109.709.845,26), que resulta de la diferencia entre la suma de los valores relacionados en las actas por concepto de participación en el recaudo externo de multas por infracciones de tránsito a favor del contratista (en lo relacionado con el SIMIT) y lo que efectivamente se le ha transferido y consignado por ese rubro en sus cuentas (Página 18 dictamen).

9.6.- Consideraciones

El Contrato 101 de 2006 señala en su cláusula Cuarta que el CONCESIONARIO tendrá derecho a las compensaciones a que hace referencia el literal b) del numeral 2.13. del Pliego de Condiciones como contraprestación por los servicios prestados, de acuerdo con los porcentajes que hayan sido ofertados en la propuesta presentada. A su vez, el párrafo de la cláusula en mención define el plazo o término que tiene el DEPARTAMENTO para consignar dichas compensaciones en las cuentas del CONCESIONARIO así:

*“Parágrafo. Las compensaciones se realizarán de conformidad con las instrucciones que EL DEPARTAMENTO imparta al integrador (Data Tools o quien haga sus veces) y a los bancos. **En cualquier caso, dicha compensación corresponderá a la ofertada por el Concesionario y será consignada diariamente en las entidades bancarias señaladas por éste para el efecto**”³⁷*
(Destacado fuera de texto).

De la anterior cita se desprende que el porcentaje de las compensaciones a las que tiene derecho el CONCESIONARIO como contraprestación por la labor ejecutada -de acuerdo con lo ofertado en su propuesta- debía consignarse diariamente en las entidades financieras señaladas por el contratista, por lo cual debe determinarse si el DEPARTAMENTO cumplió con tal obligación.

La prueba pericial permite colegir que el DEPARTAMENTO incumplió la cláusula Cuarta del Contrato 101 de 2006, al no consignar las participaciones del CONCESIONARIO en el recaudo de multas por infracciones de tránsito a través de la Federación Nacional de Municipios (programa SIMIT) en el término señalado en ella.

De igual forma, quedó plenamente demostrado que existieron dificultades en la conciliación y pago de las compensaciones que le correspondían al CONCESIONARIO, toda vez que las afirmaciones del perito corroboran que el DEPARTAMENTO en varias ocasiones realizó transferencias distintas en un mismo mes y en fechas disímiles, por montos inferiores o superiores a los consignados en las actas de conciliación, generándose unas diferencias a favor del

³⁷ Folio 142, Cuaderno de Pruebas No.1.

CONCESIONARIO que aún no le han sido canceladas por el DEPARTAMENTO.

La parte Convocante le solicitó al perito que determinara la suma dejada de cancelar por el DEPARTAMENTO a la UT SIETT por concepto del recaudo de multas de comparendos obtenidos por el SIMIT, para lo cual el perito debió reliquidar las participaciones de la UT SIETT, así como determinar las transferencias efectivamente realizadas por el DEPARTAMENTO por ese concepto desde el 23 de marzo de 2006, día en que se inició la ejecución contractual de SIETT. Sobre este particular el perito expresó:³⁸

“Del cuadro anterior se deduce que por diferencia entre la suma total de las actas menos el descuento efectuado por Cundinamarca, que da un total de \$6.833.004.174,15 y el total consignado en las cuentas de SIETT por un valor de \$6.723.249.328,89, resulta una diferencia, faltante por consignar, por un valor de \$109.709.845,26, que corresponde a lo indagado en el interrogante número 1.3.”³⁹

El Tribunal concluye entonces que existe un saldo a favor del CONCESIONARIO de CIENTO NUEVE MILLONES SETECIENTOS NUEVE MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS CON VEINTISÉIS CENTAVOS (\$109.709.845,26), que resulta de la diferencia entre la suma de los valores establecidos en las actas por concepto de participación en el recaudo de multas por infracciones de tránsito a favor del contratista (en lo relacionado con el SIMIT) y lo que efectivamente se le ha transferido y consignado por ese rubro en sus cuentas.

La Convocada en la contestación de la demanda se opone a esta pretensión aduciendo que el 9 de noviembre de 2007 se celebró el Acuerdo de Compensación No. 002, mediante el cual se determinaron sumas a favor del CONCESIONARIO por concepto de recaudo externo –SIMIT. Sin embargo, el Tribunal observa que en lo relacionado con recaudos efectuados en agosto y septiembre de 2007, en el expediente no obra prueba que acredite el pago de las sumas reconocidas en el mencionado documento.

³⁸ Página 18 Dictamen

³⁹ La redacción del interrogante número 1.3. formulado al perito por la parte CONVOCANTE es la siguiente: “Que se determine la suma dejada de cancelar por el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA a la Unión Temporal SIETT por concepto del recaudo de multas de comparendos obtenidos por el SIMIT. Para ello, el perito debe reliquidar las participaciones de SIETT (aun con los porcentajes de liquidación indebidamente calculados por el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA cuando se liquida el 26.7% de DATA TOOLS sobre el 100% del recaudo bruto), en relación con las transferencias efectivamente realizadas por el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA por ese concepto desde el 23 de marzo de 2006, día en que se inició la ejecución contractual de SIETT” (Página No. 18 Dictamen).

9.7.- Decisión

El Tribunal declarará que el DEPARTAMENTO ha incumplido el Contrato 101 de 2006 al no abonar al CONCESIONARIO las compensaciones resultantes de las transferencias efectuadas por concepto de recaudo externo de las multas por infracciones de tránsito a través de la Federación Nacional de Municipios (Programa SIMIT) en los términos indicados en el Contrato, según lo advierte el dictamen pericial, por lo cual se le condenará a pagar al DEPARTAMENTO la suma arriba mencionada.

10.- Incumplimiento relativo al no reconocimiento y pago de intereses moratorios derivados del pago extemporáneo de las participaciones

10.1.- La demanda

La pretensión se formuló por la Convocante en los siguientes términos:

“1.2. Que se declare que el DEPARTAMENTO ha incumplido de forma grave, reiterado e injustificado el Contrato de Concesión 101-2006, así:

(...)

1.2.4. Al no reconocer al CONCESIONARIO los intereses de mora causados como consecuencia de no transferir en forma diaria las compensaciones que le corresponden al mismo, en los períodos comprendidos entre el 23 de marzo al 30 de abril de 2006 y julio y agosto de 2007.”

Los hechos que sirven de fundamento a la pretensión transcrita son, en forma resumida y según lo consignado en la demanda, del siguiente tenor:

a) La parte CONVOCANTE reitera que el DEPARTAMENTO ha incumplido sistemáticamente lo dispuesto en el Contrato 101 de 2006, respecto de los pagos de las compensaciones, por cuanto algunos conceptos no han sido consignados en la forma diaria, tal como se pactó en el parágrafo de la cláusula cuarta del Contrato de Concesión 101 de 2006 que contiene dicha obligación.

b) Considera el demandante que el DEPARTAMENTO al no haber consignado al CONCESIONARIO todas las participaciones a las que éste tenía derecho, incurrió en mora en la cancelación de las participaciones correspondientes al período del 23 de marzo al 30 de abril de 2006, por un valor de \$121.636.317, toda vez que dicha suma tan solo fue cancelada en el mes de noviembre de 2006, lo que generó intereses moratorios, cuyo monto asciende a \$2.536.681 y que a la fecha no ha sido cancelado.

c) Asimismo, la CONVOCANTE señaló que existió mora en el pago de las participaciones derivadas del recaudo de los meses de julio y agosto de 2007, equivalente a la suma \$226.862.237, las cuales fueron abonados al CONCESIONARIO en el mes de septiembre de 2008 sin el reconocimiento de los intereses moratorios, los que estima ascienden a la suma de \$15.562.749. En consecuencia, a su juicio, el DEPARTAMENTO le adeuda al CONCESIONARIO por este concepto la suma de \$18.099.430.

10.2.- La Contestación de la demanda

La Convocada se opuso a esta pretensión declarando que los hechos en que se fundamenta no son ciertos (folio 110 del Cuaderno Principal No. 1).

10.3.- Medios de prueba

a. Documentales: Reposan en el expediente los siguientes documentos relevantes para decidir esta pretensión:

i. Contrato 101 de 2006.

b. Dictamen Pericial

10.4.- Alegatos de conclusión

10.4.1.- Parte Convocante: Adujo que está probado que el DEPARTAMENTO incumplió el Contrato 101 de 2006, al no reconocer al CONCESIONARIO los intereses de mora causados como consecuencia de no transferir en forma diaria las compensaciones que le correspondían al mismo por los períodos comprendidos entre el 23 de marzo al 30 de abril de 2006 y julio y agosto de 2007, los que sólo fueron cancelados hasta el mes de septiembre del año 2008. Expresó que su afirmación puede constatarse en el peritaje rendido por el perito.

10.4.2.- Parte Convocada: Expresó que sin perjuicio de su oposición a esta pretensión, considera que en caso de que se hayan causado intereses moratorios como consecuencia de los perjuicios que se reclaman, debe dársele aplicación al numeral 8 del artículo 4 de la ley 80 de 1993 que dispone “(...) *en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble de interés legal civil*”, dado que en el contrato 101 de 2006 no se pactaron intereses moratorios, por lo anterior la tasa aplicable para liquidar los que eventualmente se causen es la prevista en la disposición legal citada.

10.5.- Hechos que el Tribunal considera probado

a. Está probado en el dictamen pericial que el DEPARTAMENTO no ha cancelado diariamente las compensaciones a las que tiene derecho la UT SIETT por los servicios prestados, incumpliendo así la cláusula Cuarta del Contrato 101.

b. La prueba pericial también demuestra que el DEPARTAMENTO pagó al CONCESIONARIO las participaciones correspondientes al período del 23 de marzo al 30 de abril de 2006 por concepto de recaudo externo de multas en el mes de noviembre de 2006, es decir, en forma extemporánea, generándose intereses moratorios sobre la cifra cancelada. Asimismo, que las participaciones derivadas del recaudo de multas por infracciones de tránsito a través del SIMIT correspondiente a los meses de julio y agosto de 2007, fueron abonadas al CONCESIONARIO en el mes de septiembre de 2008, causándose en consecuencia intereses moratorios sobre el monto pagado (folios 276 y 277, Cuaderno de Pruebas 3).

c. Finalmente, está demostrado el monto de los intereses moratorios que el DEPARTAMENTO deberá pagar al CONCESIONARIO por los retrasos en la cancelación de las compensaciones. De acuerdo con el dictamen pericial practicado en este proceso, los intereses moratorios sobre la suma de \$121.636.317, derivados del pago extemporáneo de las compensaciones por el período del 23 al 30 de abril de 2006 por concepto de recaudo externo de multas, cancelado el 9 de noviembre de 2008 ascienden a la suma de SIETE MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS CON VEINTICUATRO CENTAVOS (\$7.375.382,64) (folio 332, Cuaderno de Pruebas 3).

De igual forma, en el informe de complementación al dictamen pericial se determinó que los intereses moratorios sobre la suma de \$226.862.237, por concepto de participaciones derivadas del recaudo de los meses de julio y agosto de 2007 que se le adeudan al CONCESIONARIO, equivalen a la suma de VEINTICUATRO MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL CIENTO OCHENTA Y NUEVE PESOS CON 7 CENTAVOS (\$24.859.189,07) (folios 332, Cuaderno de Pruebas 3).

10.6.- Consideraciones

Para este Tribunal es claro de acuerdo al acervo probatorio, que el DEPARTAMENTO no cumplió, en el término contractualmente estipulado para hacerlo, con la obligación de consignar diariamente en las cuentas del CONCESIONARIO las compensaciones que a éste le correspondían a título de contraprestación o remuneración por los servicios prestados.

Así por ejemplo, el DEPARTAMENTO pagó las participaciones correspondientes al período del 23 y el 30 de abril de 2006, en el mes de noviembre de 2006 en forma extemporánea y tardía.

De igual forma, el DEPARTAMENTO canceló las participaciones derivadas del recaudo de los meses de julio y agosto de 2007 en forma extemporánea, pues dichas sumas solamente fueron abonadas al CONCESIONARIO en el mes de septiembre del año 2008.

El señor perito en su dictamen pericial expresó sobre el particular:

“De acuerdo con la información suministrada por SIETT, el total de la suma dejada de cancelar, correspondiente al período comprendido entre el 23 y el 30 de abril de 2006 fue de \$121.636.317, que fue cancelada extemporáneamente el día 9 de noviembre de 2006.

(...)

De igual manera, por el pago extemporáneo de las participaciones contractuales correspondientes al período comprendido por los meses de Julio y Agosto de 2007 por concepto de recaudo de multas por comparendos por sistema SIMIT.”⁴⁰

De acuerdo con la complementación del dictamen pericial, los intereses moratorios sobre la suma de \$121.636.317, correspondiente al pago extemporáneo de las compensaciones en el período del 23 al 30 de abril de 2006 por concepto de recaudo externo de multas, cancelado el 9 de noviembre de 2006, que se le adeudan al CONCESIONARIO equivalen a la suma SIETE MILLONES TRES CIENTOS SETENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS CON VEINTICUATRO CENTAVOS (\$7.375.382,64)⁴¹.

Asimismo, de acuerdo con el informe de complementación presentado por el perito, los intereses moratorios sobre la suma de \$226.862.237 por concepto de participaciones derivadas del recaudo de los meses de julio y agosto de 2007 que se le pagaron tardíamente al CONCESIONARIO, equivalen a la suma de VEINTICUATRO MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL CIENTO OCHENTA Y NUEVE PESOS CON SIETE CENTAVOS (\$24.859.189,07).⁴²

10.7.- Decisión

Teniendo en cuenta lo dicho anteriormente, este Tribunal encuentra que El DEPARTAMENTO debe cancelarle al CONCESIONARIO por concepto de intereses moratorios las sumas arriba expuestas y así lo ordenará en la parte resolutive.

⁴⁰ Folios 275 y 276, Cuaderno de Pruebas No. 3.

⁴¹ Folio 332, Cuaderno de Pruebas No.3.

⁴² Folio 332, Cuaderno de Pruebas No. 3.

11.- Los incumplimientos relativos a la incorporación y recaudo erróneo de las multas.

La UT SIETT formuló esta pretensión así:

“1.2. Que se declare que el DEPARTAMENTO ha incumplido de forma grave, reiterado e injustificado el Contrato de Concesión 101-2006, así:

(...)

1.2.5. Al no gestionar ni devolver los dineros correspondientes a los saldos a favor del CONCESIONARIO por concepto de las multas por infracciones de tránsito, cuando las mismas se han incorporado y recaudado erróneamente como impuestos por la Policía de Carreteras, en el período comprendido entre septiembre de 2006 a julio de 2009.

Se afirma en los hechos de la demanda que con escrito SIETT-JD1012-08 de 18 de diciembre de 2008, el CONCESIONARIO solicitó al DEPARTAMENTO que le reembolsara \$41.520.612, correspondiente a sumas dejadas de cancelar por concepto de multas recaudadas por infracciones de tránsito, cuya distribución se realizó en forma errónea, pues se consideró que había sido la Policía de Carreteras quien había impuesto la orden de comparendo, cuando en verdad lo había sido por agentes controladores adscritos al CONCESIONARIO, lo que conllevó a que sus ingresos se disminuyeran por la aplicación de un porcentaje de distribución equivocado. Se afirma que el DEPARTAMENTO no ha dado respuesta y le adeuda dicho valor junto con intereses y actualización.

En la contestación de la demanda se afirma que el Departamento estaba determinando la suma que en realidad se le adeudaba, pero que previamente *“requería resolver ciertas inconsistencias relacionadas con la información remitida por DATA TOOLS sobre el estado de los comparendos. Así dejó ver ésta circunstancia en observación dada por el Doctor Rafael Rivas Castañeda, quien manifestó que “en la información suministrada por DATA TOOLS se encuentran comparendos anulados y así mismo se encuentran duplicados, pero que SIETT los encontró dentro de la información del SIMIT pagados como POLCA, para lo cual esta secretaría remitirá a DATA TOOLS para que haga claridad sobre estas inconsistencias”.*

Según lo dejó establecido el Tribunal anteriormente, de acuerdo al literal b) del numeral 2.13. del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública SGL-006 de 2005, los ingresos que percibe el Departamento se ven afectados por deducciones de origen legal y contractual; dentro de los primeros está la contenida en el parágrafo 2 del artículo 159 del CNTT, según el cual en los casos que los comparendos fueran

impuestos por agentes adscritos a la Policía de Carreteras, a dicha autoridad le correspondería el 50% del valor recaudado de la respectiva multa. En estos casos la compensación a que tiene derecho la UT SIETT en ejecución del contrato 101 de 2006 se disminuye en proporción a la mencionada transferencia. Para el Tribunal esta deducción de origen legal, tal y como se analizará mas ampliamente al resolver la demanda de reconvención, solo tiene aplicación cuando se de el presupuesto normativo, es decir, que el comparendo sea impuesto por la Policía de Carreteras.

De acuerdo con lo anterior, es obligación del Departamento pagar al Concesionario el valor de las compensaciones que le correspondan en los casos en que en forma equivocada se han registrado comparendos como POLCA, cuando en realidad fueron impuestos por una autoridad diferente.

En el dictamen pericial practicado en el proceso se estableció que por comparendos impuestos por autoridades diferentes a POLCA, pero liquidados como tal, en el caso de *“recaudo SIMIT”*, de la suma de *“\$51’920.228 correspondiente a 196 comparendos durante el período entre septiembre de 2006 y julio de 2009”*, existe una diferencia en la distribución del valor de las multas a favor de la UT SIETT por \$19.719.302,59, cifra que se obtiene de la alternativa b. planteada por el perito⁴³.

Así mismo, en lo que se refiere al *“recaudo LOCAL”*, de la suma de *“\$17.482.383 correspondiente a 67 comparendos durante el período comprendido entre septiembre de 2006 y agosto de 2009”*, existe una diferencia en la distribución del valor de las multas a favor de la UT SIETT por \$6.639.809,06, cifra que se obtiene de la alternativa b. planteada por el perito⁴⁴.

De acuerdo a lo expuesto, el Tribunal encuentra probado que el Departamento ha incumplido el contrato de concesión 101 de 2006 al no haber gestionado ni devuelto al Concesionario las compensaciones que le corresponden a éste por concepto de multas por infracciones de tránsito, en los casos en que en forma equivocada los comparendos se han incorporado y recaudado como impuestos por la Policía de Carreteras cuando en realidad fueron impuestos por otra autoridad.

En virtud de lo anterior, el Tribunal condenará al Departamento a pagar al Concesionario, a la ejecutoria de este Laudo, la suma de \$26.359.111,7 que se obtiene de sumar \$19.719.302,59 más \$6.639.809,06, cifras extraídas del dictamen pericial.

⁴³ Página 21 del dictamen.

⁴⁴ Página 22 del dictamen.

En lo que se refiere a los intereses moratorios solicitados sobre la anterior condena, el Tribunal encuentra que en el dictamen pericial dichos intereses no fueron tasados por el perito, quien solamente calculó los correspondientes a la “*alternativa c.*”⁴⁵; así mismo observa el Tribunal que dentro del término de traslado del referido dictamen pericial las partes no hicieron uso de la facultad de pedir aclaración o complementación sobre el aspecto mencionado.

Según lo dispone el artículo 177 del C. de P.C. las partes tienen la carga procesal de demostrar no solo el incumplimiento sino también la cuantía del perjuicio reclamado y que en tal sentido es su obligación invocar las pruebas pertinentes y verificar que éstas sean idóneas y suficientes para tal cometido; en el caso de autos la parte interesada debió solicitar complementación del dictamen a fin de que se obtuviera el monto de los intereses moratorios liquidados en la “*alternativa b.*” y no lo hizo, por lo cual el Tribunal al no estar demostrada la cuantía del daño no puede imponer condena para su resarcimiento.

12.-Los incumplimientos relativos a los reembolsos por gastos de impulso procesal y otros

12.1.- La demanda

La pretensión se formuló por la Convocante en los siguientes términos:

“1.2. Que se declare que el DEPARTAMENTO ha incumplido de forma grave, reiterado e injustificado el Contrato de Concesión 101-2006, así:

(...)

1.2.6. Al no reembolsar al CONCESIONARIO, durante todo el curso de la ejecución contractual, las devoluciones por concepto de los gastos de impulso procesal y demás conceptos, a los cuales se encuentra obligado el DEPARTAMENTO.”

Los hechos que sirven de fundamento a la pretensión transcrita son, en forma resumida y según lo consignado en la demanda, del siguiente tenor:

a) La parte CONVOCANTE señaló que el DEPARTAMENTO ha incumplido permanentemente las obligaciones contractuales establecidas en el numeral 5.5.10. del Pliego de Condiciones⁴⁶, por cuanto se ha abstenido de reembolsar mensualmente al CONCESIONARIO los valores en que éste ha incurrido por los gastos de impulso procesal. Dichos reembolsos debían hacerse mensualmente de conformidad con el acta que para el efecto debían

⁴⁵ Página 32 del dictamen.

⁴⁶ Folios 28-20, Cuaderno Principal

suscribir el contratista y el interventor del contrato, de la cual se desprende que en la medida que el deudor del proceso los cancele, éstos serán de propiedad de la mencionada Secretaría.

b) El CONCESIONARIO y el DEPARTAMENTO conciliaron el 9 de noviembre de 2007 las cifras por recaudo externo adeudadas al primero y los pagos pendientes por concepto de costas en los procesos de jurisdicción coactiva y de reembolso de los gastos de impulso procesal. En dicho acuerdo se reconoció un retraso en el pago al CONCESIONARIO de los recursos provenientes en el SIMIT por un valor de \$226.862.237, así como por el reembolso de los gastos de impulso de los procesos administrativos, por un valor de \$122.717.996.

c) La Interventora del contrato de concesión en mención, mediante comunicación dirigida a la Secretaría General del DEPARTAMENTO, STT-DS-3616 del 20 de diciembre de 2007, señaló que a la fecha el DEPARTAMENTO no había dado cumplimiento a lo señalado en el Pliego de condiciones sobre el reembolso al CONCESIONARIO de los gastos de impulso procesal.

d) EL CONCESIONARIO mediante comunicación SIETT-GG-0558-08 de 10 de julio de 2008, dirigida al Director de Servicios de la Secretaría de Tránsito de Cundinamarca, solicitó el reembolso de las sumas sufragadas por concepto de impulso procesal desde el mes de noviembre 2007, anexando los respectivos soportes y recordándole que los gastos anteriores a noviembre de 2007 ya habían sido conciliados y que igualmente faltaba su pago.

e) Posteriormente el CONCESIONARIO, en escrito SIETT-GG-0728-08 de 11 de septiembre de 2008, dirigido al Secretario General del DEPARTAMENTO, insistió en el reembolso solicitado y en el pago de las sumas conciliadas.

f) Las anteriores reclamaciones, relacionadas con el reembolso de gastos procesales no han sido atendidas y mucho menos canceladas al CONCESIONARIO por el DEPARTAMENTO, pese a que la UT SIETT continúa presentando mensualmente el informe y los soportes contables de los gastos en que incurre por este concepto.

g) El DEPARTAMENTO le adeuda al CONCESIONARIO, a 30 de agosto de 2009, la suma de TRESCIENTOS SEIS MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL CIENTO SESENTA Y OCHO (\$306.595.168), sin incluir actualizaciones ni intereses.

12.2.- La contestación de la demanda

La Convocada se opuso a esta pretensión (folio 110 del Cuaderno Principal), para lo cual presentó los argumentos que enseguida se resumen:

a) Respecto de los gastos por impulso de los procesos de cobro coactivo de las multas por infracciones de tránsito, correspondiente al año 2008, debe decirse que si no se prosiguió en su momento al reembolso del que trata el Numeral 5.5.10 del pliego de condiciones, fue precisamente en razón a la falta de los soportes necesarios respecto de la cuantía de los mismos.

b) Así se lo hizo saber la Gobernación de Cundinamarca a la UT SIETT en Oficios STT DS 1902 de 16 de octubre de 2008; STT- OCC 2133 de 19 de noviembre de 2008, y 2256 de 3 de diciembre del mismo año, donde se pidió al CONCESIONARIO remitir un informe detallado sobre el recaudo de las costas procesales en los procesos coactivos adelantados por las infracciones a las normas de tránsito.

c) Como puede verse, el presunto incumplimiento al que hace referencia el demandante respecto del pago de los gastos procesales, en caso de que la conducta del DEPARTAMENTO pueda verse como tal, tiene su origen en el incumplimiento correlativo del contratista en la presentación de los informes detallados de las infracciones de tránsito reportadas, así como de los datos que fueron relacionados en los Oficios 1031 de 13 de junio de 2008 y 1762 de septiembre de ese mismo año.

d) Asegura que hay hechos ocurridos con posterioridad, que han sido desconocidos por el demandante, como aquel que hace referencia a que en Acta No. 008 de 7 de mayo de 2009 la Secretaría de Tránsito logró aclarar sus dudas respecto de la falta de soportes, de cara a lo cual la Dirección de Servicios Administrativos se comprometió a efectuar los trámites correspondientes para el pago del capital, sin actualización de intereses por cuanto la demora en el pago tuvo origen en la conducta del contratista. En cumplimiento de lo acordado se expidió la Resolución No. 041 de 28 de diciembre de 2009, en la cual se reconoció y autorizó el pago por valor de \$307.947.388, e igualmente, se expidió registro presupuestal de compromiso a favor de la UT SIETT el pasado 30 de diciembre de 2009, por concepto de gastos de impulso procesal y por el mismo valor.

12.3.- Medios de prueba

- a. Documentales: Reposan en el expediente los siguientes documentos relevantes para decidir esta pretensión:
- i. Pliego de Condiciones, Licitación Pública SGL 006 de 2005
 - ii. Acuerdo de Compensación de Transferencias de Recaudo Externo SIMIT No. 002 y de Gastos Procesales de 9 de noviembre de 2007.
 - iii. Comunicación STT-DS-3616 de 20 de diciembre de 2007.
 - iv. Comunicación SIETT-GG-0558-08 de 10 de julio de 2008.

- v. Comunicación SIETT-GG-0728-08 de 11 de septiembre de 2008.
- vi. Oficio STT DS 1902 de 16 de octubre de 2008.
- vii. Oficio STT- OCC 2133 de 19 de noviembre de 2008.
- viii. Oficio 2256 de 3 de diciembre de 2008.
- ix. Oficio 1031 de 13 de junio de 2008.
- x. Oficio 1762 de septiembre de 2008.
- xi. Acta No. 008 de 7 de mayo de 2009.
- xii. Resolución No. 041 de 28 de diciembre de 2009.
- xiii. Registro presupuestal de compromiso de 30 de diciembre de 2009.

b. Dictamen Pericial

12.4.- Alegatos de conclusión

12.4.1.- Parte Convocante: Afirmó que está demostrado en el proceso que el DEPARTAMENTO incumplió con su obligación de efectuar los reembolsos por gastos de impulso procesal, en los términos estipulados en el Contrato de Concesión. Que no obstante la claridad del numeral 5.5.10. del Pliego de Condiciones en el sentido de que los gastos de impulso procesal en que incurriera el CONCESIONARIO debían ser reembolsados mensualmente por el Departamento – Secretaría de Tránsito y Transporte, y pese a las distintas comunicaciones remitidas por el CONCESIONARIO en las que se adjuntaba en medio magnético la relación de envíos de correspondencia de citaciones para notificación personal de mandamiento de pago y envío de mandamientos de pago como notificación personal, así como las publicaciones realizadas para citaciones y notificaciones de mandamiento de pago, las cuales reposan en el expediente, el DEPARTAMENTO ha cancelado siempre en forma extemporánea las sumas correspondientes, generando así intereses de mora.

12.4.2.- Parte Convocada: En relación con este punto afirmó que al CONCESIONARIO se le realizaron los pagos pertinentes, previa expedición de la Resolución No. 041 de 28 de diciembre de 2009, asunto este sobre el que da cuenta el dictamen pericial rendido en el proceso, de modo que en este punto, considerando las pretensiones de la demanda, el debate se circunscribe a los intereses moratorios por el supuesto no pago oportuno. De igual forma reitera que si en determinado momento no pudo cumplir con su obligación de pago, fue en razón de que la UT SIETT no presentó la información requerida para tales efectos, lo cual se demuestra con los Oficios STT-DS 1902 de 16 de octubre de 2008; STT-OCC 2133 de 19 de noviembre de 2008, y 2256 de 3 de diciembre del mismo año, que fueron aportados con la contestación de la demanda, en los que la Gobernación de Cundinamarca le reiteró al contratista la necesidad de que aportara información sin la cual no era posible revisar y aprobar dichas cuentas.

Alegó la excepción de contrato no cumplido, por cuanto el no cumplimiento oportuno al que hace referencia el demandante respecto del pago de los gastos procesales tuvo su origen en el incumplimiento previo del contratista en la presentación de la información requerida para autorizar el pago, razón por la cual no puede aducirse mora alguna por parte del DEPARTAMENTO por este concepto y tampoco reconocerle intereses moratorios a favor del CONCESIONARIO.

12.5.- Lo que el Tribunal considera probado

a. Según el numeral 5.5.10. de los Pliegos de Condiciones el CONCESIONARIO tenía la obligación de sufragar todos los gastos que fueran necesarios para impulsar los procesos de jurisdicción coactiva para la recuperación de los dineros que se le adeudan al DEPARTAMENTO por servicios que ésta dependencia les ha prestado (Folios 374-375, Cuaderno de Pruebas 1).

b. De igual forma, según el mismo numeral 5.5.10. el DEPARTAMENTO debía reembolsarle al CONCESIONARIO los gastos en que éste hubiera incurrido en desarrollo de su labor de impulso procesal, de conformidad con el Acta que para el efecto suscriban el contratista y el interventor del contrato.

c. Está probado que el CONCESIONARIO cumplió con su obligación de sufragar los gastos procesales para la recuperación de los dineros que se le adeudaban, y que además presentó los soportes que acreditaban dichos gastos a la interventoría y al DEPARTAMENTO. Así lo acredita el Acuerdo de Compensación No. 002 de 9 de noviembre de 2007 (folios 244-249, Cuaderno de Pruebas No. 1) y las comunicaciones SIETT-GG-0558-08 (folios 314-318, Cuaderno de Pruebas No. 1), SIETT-JD-0656-08 de 14 de agosto de 2008 (folios 319-320, Cuaderno de Pruebas No. 1), SIETT-JD-0717-08 de 8 de septiembre de 2008 (Folios 323-324, Cuaderno de Pruebas No. 1.), SIETT-GG-0849-08 de 24 de octubre de 2008 (Folio 327-328, Cuaderno de Pruebas No. 1), SIETT-GG-0715-08 de 8 de septiembre de 2008 (Folios 321-322, Cuaderno de Pruebas No. 1) y SIETT-GG-0889-08 de 14 de noviembre de 2008 (Folios 331-334, Cuaderno de Pruebas No. 1).

d. Asimismo, está demostrado en el proceso que no obstante haberse conciliado los gastos procesales en que había incurrido el CONCESIONARIO hasta la fecha del Acuerdo de Compensación No. 002 de 7 de noviembre de 2009, el DEPARTAMENTO no canceló en forma inmediata el valor adeudado. Así lo demuestran las comunicaciones referenciadas en el numeral anterior, en las que el CONCESIONARIO le informa de manera reiterada a la Interventoría y al DEPARTAMENTO que las sumas conciliadas en dicho Acuerdo no le habían sido pagadas.

e. De igual manera está probado que el DEPARTAMENTO tampoco pagó en tiempo los gastos procesales en que incurrió el CONCESIONARIO con posterioridad a la fecha del Acuerdo señalado. Tan sólo el 28 de diciembre de 2009 se expidió la Resolución No. 041 (folio 140 , Cuaderno de Pruebas No.2), en la cual se reconoció y autorizó el pago por la suma de TRESCIENTOS SIETE MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS (\$307.947.388) por concepto de gastos procesales.

f. Está demostrado en el dictamen pericial (folio 289, Cuaderno de Pruebas No. 3) que el DEPARTAMENTO todavía le adeuda al CONCESIONARIO la suma de TREINTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS MIL OCHOCIENTOS PESOS (\$38.600.800,00) por concepto de gastos procesales.

g. Finalmente, el dictamen pericial estableció que el monto de los intereses moratorios que el DEPARTAMENTO le adeuda al CONCESIONARIO por el reembolso tardío de los gastos procesales asciende a la suma de SETENTA MILLONES CUATROCIENTOS OCHO MIL QUINIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS CON OCHENTA Y CUATRO CENTAVOS (\$70.408.569,84).

12.6.- Consideraciones

i. Problema jurídico a resolver

Este Tribunal debe determinar si el DEPARTAMENTO ha incumplido el Contrato 101 de 2006 por no haber reembolsado en tiempo y con los intereses debidos los gastos de impulso procesal en que ha incurrido el CONCESIONARIO, en desarrollo de la labor de recuperación del dinero que particulares le adeudan a la Secretaría de Tránsito y Transporte por servicios que dicha dependencia les ha prestado, o si por el contrario, como lo sostiene el DEPARTAMENTO, dichas sumas no fueron pagadas en tiempo por falta de soportes que acreditasen la cuantía de los gastos en que el CONCESIONARIO había incurrido.

ii. Razones jurídicas para decidir

Una de las obligaciones a cargo del CONCESIONARIO, de acuerdo con lo establecido en el literal k de la cláusula Segunda del contrato 101 de 2006, es la de impulsar el programa de cobro de cartera, para lo cual el contratista debe seguir las directrices trazadas en el Pliego de condiciones y en la oferta presentada. La mencionada cláusula establece:

“El Contratista se obliga para con el DEPARTAMENTO a cumplir las siguientes obligaciones:

(...)

Implementar y realizar el manejo del programa de cobro de cartera

*acorde con lo establecido en el pliego de condiciones y en la propuesta presentada (...)*⁴⁷

Es decir, la implementación del programa de cobro de cartera que debe adelantar el CONCESIONARIO en desarrollo de las obligaciones emanadas del Contrato 101 de 2006 debe sujetarse a las condiciones establecidas en el Pliego de Condiciones para ese efecto, así como en lo consignado en la oferta presentada. En efecto, el Pliego de condiciones de la Licitación Pública No. SGL 006 de 2005 dispone en el numeral 5.5.10, que lleva por nombre PROGRAMAS DE COBRO COACTIVO, lo siguiente:

“Para la totalidad de servicios objeto de la Concesión, acorde con la normatividad legal contable vigente y para los rodantes depositados en los patios o parqueaderos autorizados, una vez pasados tres (3) meses del ingreso, sin que hubiera comparecido el interesado a retirarlo, el concesionario deberá, en conjunto con la Secretaría de Tránsito y Transporte, iniciar un proceso de cobro persuasivo y/o coactivo, según el caso, para lograr la recuperación del valor de estos servicios. Para el efecto, utilizará la asesoría que sobre el particular le preste la firma Data Tools, en cumplimiento de lo pactado sobre el particular en el Contrato 031 de 2002. La Secretaría de Tránsito y Transporte aportará el funcionario que haga sus veces de Abogado Ejecutor, y el Concesionario la aplicación de sistemas y personal operativo que permita el control del respectivo proceso y la sustanciación del mismo.

La asesoría que en esta materia presta Data Tools recae sobre la prestación de apoyo técnico así como en el ajuste del módulo aplicativo según los procedimientos jurídicos y administrativos que defina la Secretaría de Tránsito y Transporte de Cundinamarca.

*Los gastos que correspondan a las costas del proceso, como notificaciones, avisos, curadores ad litem, entre otros, deberán ser sufragados por el concesionario con el fin de impulsar y hacer efectivo el proceso, y le serán reembolsados mensualmente por parte del DEPARTAMENTO –Secretaría de Tránsito y Transporte, de conformidad con el acta que para el efecto suscriban el contratista y el interventor del contrato, en consecuencia, en la medida que el deudor del proceso los cancele, éstos serán de la Secretaría de Tránsito y Transporte del DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA”.*⁴⁸

De acuerdo con el numeral 5.5.10. citado, la obligación del CONCESIONARIO consiste concretamente en sufragar los gastos que se requieran para impulsar los procesos coactivos que se hayan

⁴⁷ Folio 140, Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁴⁸ Folio 375-376, Cuaderno de Pruebas No. 1.

iniciado en compañía de la Secretaría de Tránsito y Transporte del DEPARTAMENTO, con miras a recuperar los dineros que se le adeudan por servicios de patios y parqueaderos. Y cuando quiera que en cumplimiento de su deber contractual el CONCESIONARIO incurra en gastos procesales, surge para el DEPARTAMENTO la obligación correlativa de reembolsarle mensualmente las sumas que haya destinado para impulsar los procesos de jurisdicción coactiva, de conformidad con el Acta que para el efecto suscriban el contratista y el interventor del contrato.

En el mismo sentido, el CONCESIONARIO desarrolló en la oferta presentada los aspectos relativos al cobro de las costas procesales, acogiéndose en esencia a las condiciones que se definieron sobre el particular en el numeral 5.5.10 del Pliego de condiciones.

Es decir, del contrato y de la propuesta se desprende que siempre que el CONCESIONARIO incurra en gastos procesales y presente los soportes que acreditan dichas erogaciones, adquiere el derecho a que la Secretaría de Tránsito y Transporte del DEPARTAMENTO le reembolse mensualmente los gastos efectuados. En tales condiciones, se pregunta el Tribunal, ¿Cuál fue entonces el comportamiento contractual del DEPARTAMENTO y el CONCESIONARIO en relación con las obligaciones contraídas por ambos para la implementación del programa de cobro coactivo? O más precisamente, ¿se ajustó la conducta del DEPARTAMENTO a las previsiones del Contrato 101 de 2006 y del Pliego que reglamentaba la Licitación Pública No. SGL 006 de 2005?

Para este Tribunal está demostrado en el proceso que aún cuando el CONCESIONARIO incurrió en gastos para impulsar los procesos de cobro coactivo y presentó la discriminación de ellos en debida forma a la Interventoría, el DEPARTAMENTO incumplió la obligación correlativa de reembolsarle mensualmente las erogaciones en que había incurrido.

En efecto, el CONCESIONARIO y la Interventoría suscribieron el Acuerdo No. 002 el día 9 de noviembre de 2007 en el que después de discriminar las erogaciones que el CONCESIONARIO había realizado, las partes hicieron la siguiente declaración:

*“De acuerdo a lo contractualmente pactado, se han realizado erogaciones para dar impulso a los procesos coactivos en rubros tales como envío de citaciones para notificación personal y publicación de aviso de notificación, según el anterior cuadro”.*⁴⁹

Y por ello a renglón seguido acordaron lo siguiente:

⁴⁹ Folio 248, Cuaderno de Pruebas No. 1.

“1. En la fecha se celebra el presente Acuerdo de Compensación sobre las siguientes sumas:

(...)

B. \$122.717.996. CIENTO VEINTIDÓS MILLONES SETECIENTOS DIECISIETE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS.

Concepto: Reembolso de gastos de impulso de procesos administrativos coactivos⁵⁰

Del Acuerdo de Compensación citado, visible a folios 244-249 del Cuaderno de Pruebas No. 1, es claro que el CONCESIONARIO presentó los soportes que acreditaban los gastos procesales en que había incurrido hasta la fecha de suscripción de ese Acuerdo (9 de noviembre de 2007), en cumplimiento de la obligación contemplada en el literal k de la cláusula segunda del Contrato 101 de 2006, hasta el punto en que el propio DEPARTAMENTO estuvo de acuerdo en que al CONCESIONARIO se le adeudaba la suma de “CIENTO VEINTIDÓS MILLONES SETECIENTOS DIECISIETE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS (\$122.717.996)” por concepto de gastos procesales.

Asimismo, está probado que el DEPARTAMENTO, después de la suscripción del Acuerdo de Compensación se abstuvo de cancelar la antedicha suma. Así lo corrobora la comunicación STT-DS-3616 el día 20 de diciembre de 2007⁵¹, enviada por la interventora del contrato 101 de 2006, a la Secretaría General del DEPARTAMENTO, en la que señaló que a la fecha el DEPARTAMENTO no había dado cumplimiento a lo señalado en el Pliego de Condiciones sobre el reembolso al CONCESIONARIO de los gastos de impulso procesal.

El 10 de julio de 2008 el CONCESIONARIO envió al Interventor del contrato y Director de Servicios de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Cundinamarca, la comunicación SIETT-GG-0558-08⁵², en la que relacionaba los soportes de los gastos procesales realizados por el CONCESIONARIO con posterioridad al Acuerdo de Compensación No. 002 de 9 de noviembre de 2007 hasta la fecha de la misiva, con el objeto de que le fueran cancelados, al tiempo que afirmó que los gastos conciliados en ese Acuerdo aún no habían sido reembolsados.

En igual sentido el CONCESIONARIO envió a la Interventoría, entre otras, las comunicaciones SIETT-JD-0656-08 de 14 de agosto de 2008⁵³, SIETT-JD-0717-08 de 8 de septiembre de 2008⁵⁴, SIETT-GG-

⁵⁰ Folio 248-249, Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁵¹ Folio 251, Cuaderno de Pruebas No.1.

⁵² Folios 314-318, Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁵³ Folios 319-320, Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁵⁴ Folios 323-324, Cuaderno de Pruebas No. 1.

0849-08 de 24 de octubre de 2008⁵⁵, en las que relacionaba los gastos procesales en que había incurrido y traía a colación la obligación del DEPARTAMENTO de proceder a reembolsarlos. De igual forma el CONCESIONARIO envió al Secretario General de la Gobernación de Cundinamarca las comunicaciones SIETT-GG-0715-08 de 8 de septiembre de 2008⁵⁶ y SIETT-GG-0889-08 de 14 de noviembre de 2008⁵⁷ en las que le pedía al DEPARTAMENTO que cumpliera su obligación de reembolsar las erogaciones en que había incurrido por concepto de gastos procesales.

Por lo tanto, este Tribunal encuentra probado que el DEPARTAMENTO incumplió el Contrato 101 de 2006, particularmente en lo atinente a la obligación establecida en el literal k de la cláusula Segunda de reembolsar mensualmente los gastos procesales efectuados por el CONCESIONARIO, no obstante éste haber presentado en debida forma los soportes que detallaban las erogaciones en que había incurrido por ese concepto. Así las cosas este Tribunal no encuentra procedente la excepción de contrato no cumplido alegada por el CONVOCADO, con fundamento en el artículo 1609 del Código Civil, por cuanto la inobservancia de su deber contractual no fue consecuencia directa de un incumplimiento previo por parte del CONCESIONARIO.

Es tan palmario el incumplimiento que, como lo admitió el mismo CONVOCADO en sus alegatos de conclusión⁵⁸, el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA tan sólo canceló parte de esos gastos con posterioridad a la expedición de la Resolución No. 041 de 28 de diciembre de 2009, acto administrativo en el cual se reconoció y autorizó el pago por valor de TRESCIENTOS SIETE MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS (\$307.947.388), quedando por pagar la suma de TREINTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS MIL OCHOCIENTOS PESOS (\$38.600.800), de acuerdo con lo consignado en la prueba pericial que obra en el proceso.⁵⁹

Asimismo, los intereses moratorios a que tiene derecho el CONCESIONARIO por el reembolso tardío que el DEPARTAMENTO hizo de los gastos procesales en que incurrió aquel, se encuentran probados en el informe de complementación del dictamen pericial en el que tasó dichos intereses en la suma de SETENTA MILLONES CUATROCIENTOS OCHO MIL QUINIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS CON OCHENTA CUATRO CENTAVOS (\$70.408.569,84).⁶⁰

⁵⁵ Folio 327-328, Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁵⁶ Folios 321-322, Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁵⁷ Folios 331-334, Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁵⁸ Folios 482 y ss, Cuaderno Principal.

⁵⁹ Folio 289, Cuaderno de Pruebas No. 3.

⁶⁰ Folio 332, Cuaderno de Pruebas No. 3.

12.7.- Decisión

Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas, este Tribunal encuentra que el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA ha incumplido el Contrato 101 de 2006 por no haber reembolsado en tiempo y con los intereses debidos los gastos de impulso procesal en que ha incurrido el CONCESIONARIO en ejecución de sus prestaciones contractuales.

Por lo anterior, este Tribunal le ordenará al DEPARTAMENTO reembolsar al CONCESIONARIO los gastos procesales que le adeuda tasados en la suma de TREINTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS MIL OCHOCIENTOS PESOS (\$38.600.800), junto con los intereses moratorios causados por el reembolso tardío de los gastos procesales, tasados en la prueba pericial en la suma de SETENTA MILLONES CUATROCIENTOS OCHO MIL QUINIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS CON OCHENTA Y CUATRO CENTAVOS (\$70.408.569,84).

13.- Modificación por el DEPARTAMENTO de la responsabilidad contractual del CONCESIONARIO de administrar y operar la inscripción y modificación en el Registro Nacional Automotor

13.1.- La demanda

La pretensión se formuló por la Convocante en los siguientes términos:

“1.2. Que se declare que el DEPARTAMENTO ha incumplido de forma grave, reiterado e injustificado el Contrato de Concesión 101-2006, así:

(...)

1.2.7. Al no permitirle al CONCESIONARIO ejecutar todas las actividades relacionadas con el Registro Nacional Automotor en forma eficiente e ininterrumpida y al ordenar al operador tecnológico DATA TOOLS S.A., suprimir y restringir los perfiles de acceso al sistema de funcionarios del CONCESIONARIO, especialmente los que le permiten ingresar al sistema de información para realizar ajustes y correcciones a la información incorporada en la base de datos, modificando las condiciones estipuladas en el contrato.”

Los hechos que sirven de fundamento a la pretensión transcrita son en forma sucinta, los siguientes:

a) EL CONCESIONARIO ha soportado un grave obstáculo en la atención de los usuarios en las sedes operativas, por cuanto cualquier anulación de un trámite o una simple corrección en el sistema de un error en la incorporación, sólo pueden ser realizados por los coordinadores del área, funcionarios adscritos a la Secretaría de Tránsito de Cundinamarca.

b) La anulación de estas anotaciones en el sistema de información por parte de los coordinadores genera retrasos en la rápida y oportuna solución a los usuarios, porque se debe trasladar el caso a los mismos y esperar a que estos se enteren y resuelvan el asunto. En no pocas ocasiones debe esperarse varias horas para que el Coordinador llegue a la sede y se le presente el caso, perjudicándose tanto la imagen del CONCESIONARIO como de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Cundinamarca. La situación es más grave en las sedes operativas a las cuales no se les ha asignado un coordinador de forma permanente.

c) Para el CONCESIONARIO, lo anterior resulta contrario a lo dispuesto en el numeral 5.1.1. del Pliego de Condiciones de la Licitación que lleva por nombre Objetivos específicos de la concesión que sobre el particular establece: *“En relación con el Registro Nacional Automotor y Conductor, el concesionario administrará, operará y producirá el trámite desde su radicación hasta la entrega final al usuario”*.⁶¹

d) Y es contrario, porque como resulta de lo transcrito, el CONCESIONARIO es responsable de administrar, operar y producir el trámite desde su radicación hasta la entrega final al usuario, sin que en el contrato se hubiere contemplado un control de dicho proceso como el que viene sucediendo con la intervención de los coordinadores en los trámites de las licencias de tránsito o de los certificados de tradición.

e) En el mismo sentido, el numeral 5.5.8. del Pliego de Condiciones también dispone que *“el concesionario en ejercicio de las actividades de organización y operación de la prestación del servicio relacionado con los trámites que se adelanten para inscripción y modificación en el Registro Nacional Automotor Y Conductor, será el encargado de autorizar el respectivo trámite, para lo cual deberá observar en un todo la normatividad que al respecto haya determinado o determine en el futuro el Ministerio de Transporte o la Superintendencia de Puertos y Transportes, quien legalmente, revisará su desempeño y sancionará las faltas cometidas en el mismo”*.⁶²

f) De lo anterior resulta claro que el CONCESIONARIO debe desempeñar la función de suscripción de licencias de tránsito y documentos relativos al Registro Nacional Automotor bajo su propia autonomía, por lo cual se hace responsable ante el Ministerio de Transporte y Superintendencia de Puertos y Transporte, siendo ésta última la entidad encargada de supervigilar sus funciones de acuerdo con el artículo 3 de la Ley 769 de 2002.

⁶¹ Folio 392, Cuaderno de Pruebas No.1.

⁶² Folio 377, Cuaderno de Pruebas No.1.

g) Así se lo hizo saber el CONCESIONARIO al DEPARTAMENTO mediante las comunicaciones SIETT-GG-049508 de 25 de junio de 2008 y SIETT-GG-0625-08 de 5 de agosto de 2008, en las que le puso de presente su facultad jurídica y contractual para realizar las modificaciones al Registro Nacional Automotor y de Conductores, así como sus consecuentes correcciones o adiciones. Por no haber dado respuesta el DEPARTAMENTO al CONCESIONARIO, éste protocolizó un silencio administrativo, mediante escritura 0476 de 10 de febrero de 2009 de la Notaría 51 de Bogotá.

h) El desconocimiento por parte del DEPARTAMENTO de esta facultad que le corresponde al CONCESIONARIO, se concretó en las órdenes dirigidas por el Director de Servicios de la Secretaría de Tránsito al Contratista DATA TOOLS S.A para que restringiera los perfiles de acceso al sistema de los funcionarios adscritos a SIETT Cundinamarca, lo que les ha impedido realizar efectivamente la labor encomendada en el Contrato de Concesión.

13.2.- La contestación de la demanda

La Convocada se opuso a esta pretensión, para lo cual presentó los argumentos que a continuación se resumen:

a) Para el demandado, del tenor literal de lo estipulado en el numeral 5.1.1. del Pliego de condiciones se desprende claramente que las funciones atribuidas al concesionario se concretan en la expedición de especies venales, y la operación y administración del Registro Nacional Automotor y registro nacional de conductores, pero en ninguna parte de los pliegos se estipula, ni muchos menos en el Contrato de Concesión 101 de 2006, que el contratista tenga la facultad de anular trámites que ellos mismos efectúan.

b) De ser así, ninguna función cumpliría el DEPARTAMENTO en las funciones de control y supervisión y ejecución del contrato, funciones que deben ser ejercidas sin perjuicio de la facultad sancionatoria y de revisión de desempeño que atañe al Ministerio de Transporte o la Superintendencia de Puertos y Transporte. En caso de advertirse la necesidad de anular un trámite debe hacerlo un funcionario de la Secretaría de Tránsito y Movilidad del DEPARTAMENTO.

c) Por lo anterior, no existe modificación alguna de las estipulaciones contractuales. Por el contrario, las funciones que en materia de expedición de especies venales e inscripción debe ser interpretada o compaginada con la de supervisión y control que atañe a los funcionarios del DEPARTAMENTO.

13.3.- Medios de prueba

- a. Documentales: Reposan en el expediente los siguientes documentos relevantes para decidir esta pretensión:
 - i. Pliego de Condiciones, Licitación Pública No. SGL 006 de 2005
 - ii. Contrato 101 de 2006.
 - iii. Comunicación SIETT-GG-049508 de 25 de junio de 2008.
 - iv. Comunicación SIETT-GG-0625-08 de 5 de agosto de 2008.

13.4.- Alegatos de conclusión

13.4.1.- Parte Convocante: No admite discusión que conforme a los numerales 5.1.1. y 5.5.8. del Pliego de Condiciones, el CONCESIONARIO es responsable de administrar, operar y producir el trámite desde su radicación hasta la entrega final al usuario, sin que se hubiere contemplado un control de dicho proceso como el que viene sucediendo con la intervención de los coordinadores en los trámites de las licencias de tránsito o de los certificados de tradición. Expresó que lo anterior está probado en el expediente, con las reclamaciones efectuadas por el CONCESIONARIO al DEPARTAMENTO, mediante comunicaciones SIETT-GG-049508 de 25 de junio de 2008 y SIETT-GG-0625-08 de 5 de agosto del mismo año, en las que puso de presente su facultad jurídica y contractual para realizar las modificaciones al Registro Nacional Automotor y de Conductores, las cuales no fueron respondidas por el DEPARTAMENTO. Agregó, como prueba de ese incumplimiento, el CONCESIONARIO protocolizó este silencio administrativo positivo, mediante escritura 0476 de 10 de febrero de 2009 de la Notaría 51 de Bogotá.

13.4.2.- Parte Convocada: En relación con esta pretensión reiteró que debe tenerse en cuenta lo previsto en el Pliego de Condiciones respecto de cuáles son las facultades del concesionario en relación con registro nacional automotor y conductor, ya que en ninguna parte de los mismos, ni mucho menos en el Contrato de 101 de 2006, se estipula que el contratista tenga la facultad de anular los trámites que ellos mismo efectúan, ya que de ser así, ninguna función cumpliría el DEPARTAMENTO en las funciones de control y supervisión de la ejecución del contrato,. Concluye que no hubo modificación unilateral de ninguna cláusula contractual, y que las funciones otorgadas en concesión deben ser entendidas en armonía con la de supervisión y control que atañe a los funcionarios del DEPARTAMENTO.

13.5.- Lo que el Tribunal considera probado

- a. De los hechos presentados por el demandante sólo se encuentra probado que dentro de los servicios otorgados en concesión por el DEPARTAMENTO a la UT SIETT se encontraba el de operación, inscripción y modificación del Registro Nacional Automotor. Así, para el

Tribunal es claro que el CONCESIONARIO debía administrar y adelantar todo el trámite desde su radicación hasta la entrega final al usuario (folio 392, Cuaderno de Pruebas 1). Lo anterior se colige de lo dispuesto en los numerales 5.1.1. y 5.1.1.1. del Pliego de Condiciones (folio 392-393, Cuaderno de Pruebas 1)

b. De otro lado, está demostrada la obligación en cabeza del DEPARTAMENTO de ejercer la supervisión y seguimiento de la ejecución contractual, deber que emana del literal a) numeral 2 de la cláusula Segunda del Contrato 101 de 2006 (folio 141, Cuaderno de pruebas 1), así como del mandato legal establecido en el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

c. Está probado que no hubo modificación de las estipulaciones contractuales en relación con la administración del Registro Nacional Automotor, sino simplemente el ejercicio por parte del DEPARTAMENTO de la función de supervisión y control; obligación que tal como se expresó en el literal anterior emana del Contrato 031 de 2002 y de la ley 80 de 1993.

13.6.- Consideraciones

i. Problema Jurídico a resolver

Este Tribunal deberá establecer si el DEPARTAMENTO incumplió el Contrato de Concesión 101-2006 por supuestamente no haberle permitido al CONCESIONARIO ejecutar todas las actividades relacionadas con el Registro Nacional Automotor en forma eficiente e ininterrumpida y al ordenar al operador tecnológico DATA TOOLS S.A., suprimir y restringir los perfiles de acceso al sistema de funcionarios del CONCESIONARIO, o si por el contrario el DEPARTAMENTO en lo relacionado con el Registro Nacional Automotor sólo adelantó acciones indispensables para la vigilancia y control de la ejecución del Contrato sin inmiscuirse en la prestación del servicio concesionado.

ii. Razones jurídicas para decidir

Para resolver el problema jurídico planteado este Tribunal debe establecer primero en qué términos y bajo qué condiciones se le otorgó en concesión el servicio de Registro Nacional Automotor a la UT SIETT. Para ello se examinarán las disposiciones que reglamentan la materia tanto en el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. SGL 006 de 2005 como en el Contrato de Concesión 101 de 2006.

El numeral 5.1. del Pliego de Condiciones estableció que el objeto de la Licitación Pública No. SGL 006 de 2005 era el siguiente:

“Contratar a título de concesión la operación y organización de algunos servicios administrativos a cargo de la secretaría de

Tránsito y Transporte del DEPARTAMENTO de Cundinamarca.

*Los servicios objeto de la presente licitación, que actualmente se encuentran a cargo de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Cundinamarca solo serán prestados por el concesionario seleccionado y, por tal razón, el DEPARTAMENTO de Cundinamarca, por el término de duración del contrato que resulte del presente proceso de selección, no suscribirá contratos que incluyan el objeto concesionado”.*⁶³

En idéntica forma en la cláusula Primera del Contrato 101 de 2006⁶⁴ se estipuló que su objeto era otorgar en concesión a un particular la operación y organización de ciertos servicios que estaban a cargo de la Secretaría de Tránsito y Transporte de la Gobernación de Cundinamarca.

Asimismo, en el numeral 5.1.1. del Pliego de Condiciones, denominado *Objetivos específicos de la concesión*, se discrimina con más detalle en qué consistiría la labor de organización y operación de quien resultara adjudicatario de la Licitación Pública No. SGL 006 de 2005:

*“Operar y organizar las áreas del giro ordinario de la Secretaría de Tránsito y Transporte, **incluyendo la tramitación y expedición de las especies venales delegadas por el Ministerio de Transporte y, en general, la operación, autorización de inscripción y modificación del Registro Nacional Automotor y Registro Nacional del Conductor.**”*⁶⁵

De la anterior cita se desprende que dentro de los servicios otorgados en concesión por el DEPARTAMENTO a la UT SIETT se encontraba el de operación, inscripción y modificación del Registro Nacional Automotor.

En el mismo sentido, el numeral 5.1.1.1. del Pliego de Condiciones en lo relacionado con la organización y prestación de ese servicio establece:

*“En relación con el Registro Nacional Automotor y Conductor, el concesionario administrará, operará y producirá el trámite desde su radicación hasta la entrega final al usuario”.*⁶⁶

Habiendo quedado establecido que la administración y operación del Registro Nacional Automotor es uno de los servicios entregados en concesión, es necesario ahondar en la naturaleza del contrato de concesión estatal para determinar si su celebración implica una

⁶³ Folio 393, Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁶⁴ Folio 137, Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁶⁵ Folio 392, Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁶⁶ Folio 392, Cuaderno de Pruebas No. 1.

autonomía total del concesionario en la prestación del servicio hasta el punto de excluir de plano cualquier función de vigilancia y control por parte de la entidad contratante.

El numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 define el contrato de concesión estatal en los siguientes términos:

“ARTICULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

(...)

4° Contrato de concesión

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

Tenemos entonces, que en los contratos de concesión que celebran las entidades estatales éstas otorgan por voluntad propia a un concesionario la operación de un servicio o la explotación de una obra o bien. Asimismo, la ejecución del objeto contractual debe adelantarla el concesionario por su cuenta y riesgo, lo que significa que el contratista deberá aportar recursos propios para el desarrollo del proyecto y conseguir los créditos bancarios y recursos financieros que se requieran para el mismo, además de soportar los riesgos previsibles que hayan sido identificados y cuantificados en la estructuración del proyecto.

Al respecto se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

“El verbo rector de la norma, “otorgar”, significa, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia, “consentir, condescender o conceder una cosa que se pide o se pregunta”, lo cual implica que en el contrato de concesión hay una voluntad del Estado de entregar a un particular la prestación de un servicio o la

construcción o explotación de una obra o un bien, no porque esté obligado a ello, sino que por una decisión constitucional, legal y de política económica, desea que los particulares se vinculen a los planes de desarrollo e intervengan en la construcción de infraestructura de transporte, o en la explotación de bienes o servicios públicos.

(...)

b) Igualmente, el objeto del contrato, es decir, la construcción de la obra y su explotación o la administración del servicio público, se debe desarrollar “por cuenta y riesgo del contratista”, lo cual significa que éste aporta recursos propios para la ejecución del proyecto y también la financiación que obtenga por medio de créditos bancarios o negocios fiduciarios. De otra parte, asume los riesgos que se pacten en el contrato, como el constructivo, el financiero, el de mayor cantidad de obra, los derrumbes eventuales, etc. Estos riesgos se deben entender como los de carácter previsible...”⁶⁷

Del numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y de la jurisprudencia del Consejo de Estado que aquí se reproduce queda claro que en desarrollo de ese tipo contractual la UT SIETT tiene una amplia autonomía en la ejecución del contrato, toda vez que EL DEPARTAMENTO trasladó la prestación de varios de los servicios a su cargo para que el contratista los adelante y ejecute por su cuenta y riesgo.

No obstante, la autonomía que tiene el CONCESIONARIO en la prestación de un servicio público que le ha sido otorgado en concesión, que en la pretensión examinada se refiere a la administración y manejo del Registro Nacional Automotor, no excluye o cercena de ningún modo la obligación que tiene el DEPARTAMENTO de vigilar y controlar que el contrato se ejecute en debida forma en atención al interés público inherente al servicio concesionado.

Es un deber legal que se hace explícito en el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el que establece que los contratos de concesión deberán ejecutarse “bajo la vigilancia y control de la entidad concedente”, mandato que además fue incorporado como obligación a cargo del DEPARTAMENTO en el literal a) numeral 2 de la cláusula Segunda del Contrato 101 de 2006, estipulación que establece que es un deber de ésta entidad: “Ejercer la supervisión y seguimiento permanente de la ejecución del contrato...”⁶⁸

⁶⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 9 de febrero de 2006, Radicación número: 11001-03-06-000-2005-01674-00(1674), C.P: Gustavo Aponte.

⁶⁸ Folio 141, Cuaderno de Pruebas No. 1.

El Consejo de Estado interpretó la expresión “*bajo la vigilancia y control de la entidad concedente*” establecida en el numeral 4 del artículo 32 de la ley 80 de 1993 en los siguientes términos:

“De tales facultades de la administración, se derivan consecuencias como las siguientes:

a) La finalidad de estas potestades es la de obtener la correcta ejecución del contrato. En el contrato de concesión de obra pública, es indiscutible que la finalidad del contrato es la construcción de la obra, pues, terminada la concesión, la obra pública pasa al Estado, por lo que para éste la finalidad primordial del contrato es la obtención de la obra.

b) La administración no debe estar pasiva hasta el último día del plazo, esperando que le entreguen el objeto contratado, pues se entiende que no puede correr el riesgo del incumplimiento del particular, y por lo mismo debe estar supervisando la ejecución del objeto

c) La supervisión del objeto tiene cuatro aspectos: el material, esto es, la realización física de la obra; el técnico, es decir, que se cumplen las especificaciones según el diseño; el financiero, o sea, saber en qué se invierten los dineros presupuestados; y el jurídico, esto es, que se desarrolla según la ley (...)⁶⁹

Lo que ha hecho el DEPARTAMENTO en las sedes operativas a través de sus coordinadores de área es ejercer una debida vigilancia y control sobre la prestación del servicio que adelanta el CONCESIONARIO en lo que se refiere al Registro Nacional Automotor, supervisando que la administración de ese Registro se haga conforme a lo estipulado en el Contrato 101 de 2006.

Este Tribunal considera que no está probado en el expediente que EL DEPARTAMENTO haya usurpado de facto las funciones que otorgó en concesión a la UT SIETT, ni tampoco que su labor de control y vigilancia haya obstaculizado la administración del Registro Nacional Automotor. De igual forma, no está probado en el expediente que el DEPARTAMENTO - haya emitido órdenes a DATA TOOLS S.A. en el sentido de restringir los perfiles de acceso al sistema de los funcionarios adscritos a la UT SIETT

13.7.- Decisión

Por lo anteriormente expuesto, este Tribunal considera que el DEPARTAMENTO - SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE

⁶⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 9 de febrero de 2006, Radicación número: 11001-03-06-000-2005-01674-00(1674), C.P: Gustavo Aponte.

no ha incumplido el Contrato 101 de 2006, por cuanto no ha obstruido la ejecución de las obligaciones que le competen al CONCESIONARIO en relación con la administración y operación del Registro Nacional Automotor, razón por la cual está pretensión no está llamada a prosperar.

14.- Incumplimiento del Protocolo de desarrollo de los aspectos económicos del contrato, por la modificación de la Interventoría al procedimiento de aceptación de las inversiones realizadas por el concesionario.

14.1.- La demanda

La pretensión se formuló por la Convocante en los siguientes términos:

“1.2. Que se declare que el DEPARTAMENTO ha incumplido de forma grave, reiterado e injustificado el Contrato de Concesión 101-2006, así:

(...)

1.2.8. Al negarse a reconocer las inversiones efectuadas por el CONCESIONARIO en la forma señalada en el PROTOCOLO DE DESARROLLO DE LOS ASPECTOS ECONÓMICOS DEL CONTRATO de 21 de marzo de 2006 y, concretamente, las contenidas en los informes de inversión correspondientes a febrero, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre, diciembre de 2008 y enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio y agosto de 2009, y demás que resulten probadas dentro del proceso, inversiones que serán reconocidas por este Tribunal”.

Los hechos que sirven de fundamento a la pretensión transcrita son, en forma resumida y según lo consignado en la demanda, del siguiente tenor:

a) El Pliego de Condiciones de la Licitación Pública SGL-006 de 2005, determina qué inversiones debe realizar el CONCESIONARIO para cumplir con las actividades contractuales definidas en el capítulo 5 de dicho documento, sin que sea necesario para ello ninguna autorización previa o permiso, tal como lo establece el numeral 2.13. de los mismos. La única limitante tiene que ver con el mínimo de inversiones anuales y en la forma porcentual que allí se establece.

b) En el Protocolo de Desarrollo de los Aspectos Económicos del Contrato de Concesión 101 de 2006 se determinan los términos y plazos de presentación de las inversiones permanentes que realice el CONCESIONARIO, así como el procedimiento para su realización y el trámite para que las mismas sean aprobadas. Dicho protocolo hace parte integral y vinculante del Contrato de Concesión 101 de 2006, de conformidad con la cláusula Décimo Cuarta del mismo.

c) El CONCESIONARIO presentó los informes que constan en las comunicaciones, SIETT-GG-00246-09 de 26 de marzo de 2008, SIETT –JD-000632-08 de 6 de agosto de 2008, SIETT JD-00704-08 de 5 de septiembre de 2008, SIETT –JD-00792-08 de 6 de octubre de 2008, SIETT JD-00874-08 de 7 de noviembre de 2008, SIETT –JD-00952-08 de 5 de diciembre de 2008, SIETT-GG-1064-08 de 30 de diciembre de 2008, SIETT JD-0008-09 de 9 de enero de 2009, SIETT-JD-00196-09 de 6 de marzo de 2009, SIETT-GG-00246-09 de 26 de marzo de 2009, SIETT- JD-00284-09 de 7 de abril de 2009, SIETT- JD-0354-09 de 6 de mayo de 2009, SIETT-JD-0471-09 de 5 de junio de 2009, SIETT-0558-09 de 3 de julio 2009, SIETT-GG-0674-09 de 6 de agosto de 2009, SIETT-GG-0774-09 de 4 de septiembre 2009.

d) No obstante, el Interventor del contrato y Director de Servicios de la Secretaría de Tránsito de Cundinamarca, optó por no reconocer o acreditar algunas de las inversiones hechas por el CONCESIONARIO, *“aduciendo que toda inversión que se realice en las diferentes Sedes Operativas de la Secretaría de Tránsito de Cundinamarca, debe llevar el Vo. Bo. Previo de esta Interventoría”*.

e) Lo anterior es contrario al Pliego de Condiciones, al Contrato y al Protocolo anteriormente citado, pues en ellos no se establecen el visto bueno de la Interventoría para la realización de las inversiones que debe realizar el CONCESIONARIO. *“Por el contrario, lo que se establecen son rubros sobre los que el CONCESIONARIO debe invertir de manera general, precisando que posteriormente se analizarán dichas erogaciones en un término determinado, el cual, una vez vencido, determina indefectiblemente la aprobación de las inversiones permanentes realizadas”*.

f) Las inversiones no reconocidas al CONCESIONARIO ascienden a CUATROCIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS DIECISIETE MIL DOSCIENTOS SESENTA PEOS (\$485.917.260), de conformidad con la certificación SIETT- CONT-0851-09.

14.2.- La contestación de la demanda

La Convocada se opuso a esta pretensión (folio 110 del Cuaderno Principal No. 1), para lo cual presentó los argumentos que enseguida se expresan:

a) Cita entre otros los numerales 1.1. y 1.2. del Protocolo de Desarrollo de los aspectos económicos del contrato 101 de 2006, para concluir que *“resulta bastante alejado de la realidad, así como del tenor del protocolo de desarrollo de los aspectos económicos del contrato cuyo cumplimiento alega el demandante, afirmar que para la aprobación de las inversiones realizadas por el contratista, no se requiere de visto bueno previo por parte del interventor del contrato,*

cuando lo cierto es que del mismo tenor de los numerales 1.1. y 1.2. del pluricitado protocolo al cual se adhirió en su momento el representante legal de la firma concesionaria se desprende con suma claridad que previo a la realización de las inversiones se debe presentar ante el interventor las cuentas y relaciones contables para que puedan ser tenidas como abono a las inversiones mínimas a las que se comprometió el contratista en cuantía de DIECIOCHO MIL MILLONES DE PESOS (\$18.000.000)”.

b) Lo anterior se desprende del Protocolo de Desarrollo de los aspectos económicos del contrato 101 de 2006, en el cual se establece que las inversiones serán catalogadas como tal, siempre que impliquen la adquisición de un bien, servicio o derecho a favor del DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA y siempre que se ciñan a lo establecido en el capítulo 5 del Pliego de Condiciones.

c) De igual forma, la parte Convocada señaló que, aún en el evento en que las afirmaciones del demandante fueran ciertas en el sentido de que no hay previsión expresa en el Pliego de Condiciones que obligue a que las inversiones realizadas deban ser aprobadas por la interventoría, es propio de la interventoría ejercer la función de control y dirección de la ejecución de los contratos estatales.

d) Además, señaló que el CONCESIONARIO no ha cumplido otros apartes del Protocolo de Desarrollo de los aspectos económicos del contrato 101 de 2006, tales como el agotamiento de la etapa de arreglo directo y transacción que en caso de diferencias entre las partes relativas a la incorporación de las inversiones pactadas en el contrato debe surtirse ante el Secretario de Tránsito y Transporte Departamental previo de la interposición de demanda arbitral, requisito estipulado en los numerales 1.5. y 1.6. del protocolo, que no fue agotado por la parte Convocante.

14.3.- Medios de prueba

- a. Documentales: Reposan en el expediente los siguientes documentos relevantes para decidir esta pretensión:
 - i. Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. SGL 006 de 2005
 - ii. Contrato 101 de 2006.
 - iii. Protocolo de Desarrollo de los Aspectos Económicos del Contrato de Concesión 101 de 2006.
 - iv. Comunicación SIETT-GG-00246-09 de 26 de marzo de 2008.
 - v. Comunicación SIETT –JD-000632-08 de 6 de agosto de 2008.
 - vi. Comunicación SIETT JD-00704-08 de 5 de septiembre de 2008.
 - vii. Comunicación SIETT –JD-00792-08 de 6 de octubre de 2008.
 - viii. Comunicación SIETT JD-00874-08 de 7 de noviembre de 2008.
 - ix. Comunicación SIETT –JD-00952-08 de 5 de diciembre de 2008.

- x. Comunicación SIETT-GG-1064-08 de 30 de diciembre de 2008.
- xi. Comunicación SIETT JD-0008-09 de 9 de enero de 2009.
- xii. Comunicación SIETT-JD-00196-09 de 6 de marzo de 2009.
- xiii. Comunicación SIETT-GG-00246-09 de 26 de marzo de 2009.
- xiv. Comunicación SIETT- JD-00284-09 de 7 de abril de 2009.
- xv. Comunicación SIETT- JD-0354-09 de 6 de mayo de 2009.
- xvi. Comunicación SIETT-JD-0471-09 de 5 de junio de 2009.
- xvii. Comunicación SIETT-0558-09 de 3 de julio 2009.
- xviii. Comunicación SIETT-GG-0674-09 de 6 de agosto de 2009.
- xix. Comunicación SIETT-GG-0774-09 de 4 de septiembre 2009.
- xx. Oficio SST 00591 de 13 de marzo de 2009.
- xxi. Oficio STT 00231 de 5 de febrero de 2009.
- xxii. Oficio STT de 19 de diciembre de 2008.

14.4.- Alegatos de conclusión

14.4.1.- Parte Convocante: Se ha probado dentro del proceso que el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA incumplió el Contrato de Concesión 101 de 2006, al modificar el procedimiento de aceptación de las inversiones efectuadas por el CONCESIONARIO. Reiteró que en el Protocolo de Desarrollo de los Aspectos Económicos del Contrato de Concesión 101 de 2006, que forma parte integral del Contrato de Concesión, se determinan los plazos para presentar las inversiones permanentes que realice el CONCESIONARIO, así como el procedimiento para su realización y el trámite para su aprobación, sin que se haga referencia al visto bueno o autorización previa por parte del Interventor.

Expresó que obran en el expediente los Oficios SST 00591 de 13 de marzo de 2009, STT 00231 de 5 de febrero de 2009, STT de 19 de diciembre de 2008 que obran en el expediente, en los cuales el DEPARTAMENTO se negó a reconocer algunas inversiones efectuadas por el CONCESIONARIO aduciendo que no tenían el visto bueno de la Interventoría, contrariando el Contrato y los documentos que hacen parte integral del mismo.

Finalmente afirmó que la situación anterior condujo a que el nuevo Interventor Financiero del Contrato de Concesión aprobara en el acta de conciliación anual aquéllas inversiones dejadas de aprobar en el año 2009, lo que no significa que este incumplimiento no exista, por cuanto es necesario precisar que no hay lugar a solicitar el visto bueno previo de la Interventoría.

14.4.2.- Parte Convocada: Grosso modo fueron reiteradas las razones jurídicas expuestas en la contestación de la demanda.

14.5.- Lo que el Tribunal considera probado

a. Está probado que el CONCESIONARIO debe realizar durante la ejecución del contrato unas inversiones mínimas a favor del DEPARTAMENTO, en virtud del literal a) numeral 2.13. del Pliego de Condiciones (Folio 414, Cuaderno de Pruebas 1) y de la Cláusula Segunda del Contrato 101 de 2006 (folios 137-138, Cuaderno de Pruebas 1).

b. De igual forma, está demostrado en el expediente que la Interventoría debe verificar y aprobar que los soportes y cuentas presentados por el CONCESIONARIO correspondan a las características de las inversiones mínimas a las que se ha obligado el CONCESIONARIO, de acuerdo con los numerales 1.1., 1.2., 1.3. y 1.7. del Protocolo de Desarrollo de los Aspectos Económicos del Contrato de Concesión 101 de 2006 (folios 481-483, Cuaderno de Pruebas 1).

14.6.- Consideraciones

i. Problema jurídico a resolver

Este Tribunal debe establecer si el DEPARTAMENTO incumplió el contrato 101 de 2006, modificando de manera unilateral el procedimiento para la realización de las inversiones que le corresponde adelantar al CONCESIONARIO, o si por el contrario su conducta se ciñó a lo señalado en el Protocolo de Desarrollo de los Aspectos Económicos del Contrato de Concesión 101 de 2006.

ii. Razones jurídicas para decidir

Para la parte CONVOCANTE, el DEPARTAMENTO y la INTERVENTORIA modificaron el procedimiento previsto en el Protocolo de Desarrollo de los Aspectos Económicos del Contrato para la aprobación de las inversiones realizadas por el CONCESIONARIO, por cuanto uno y otra sostienen que las inversiones que se realicen en las sedes operativas de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Cundinamarca deben llevar el visto bueno previo de la Interventoría.

Este Tribunal procede a revisar el procedimiento previsto en el Protocolo de Desarrollo de los Aspectos Económicos del Contrato con miras a establecer si las inversiones realizadas para ser consideradas como tal necesitan de la aprobación de la Interventoría, o si basta con que se hagan gastos en un rubro determinado y en el transcurso de un momento pactado para que éstos se consideren de forma indefectible como inversiones.

El numeral 1.1. del Protocolo de Desarrollo de los Aspectos Económicos del Contrato establece:

“Dentro de los (5) días hábiles iniciales de cada mes, el Concesionario presentará al Interventor del Contrato de Concesión

*101 de 2006, las relaciones contables con sus respectivos soportes respecto de los bienes, servicios y derechos que ha adquirido como consecuencia de la ejecución del Contrato de Concesión 101 de 2006, los cuales aporta de manera definitiva e incondicional por concepto de abono a las inversiones mínimas propuestas a favor del EL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA – SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE”.*⁷⁰

El numeral citado consagra la obligación para el CONCESIONARIO de presentar los soportes contables de los bienes, servicios y derechos que haya adquirido para cumplir con las inversiones mínimas a las que se ha comprometido en desarrollo del Contrato 101 de 2006. Asimismo, una vez realizadas las erogaciones y presentados los respectivos soportes, se entiende que han sido aportados de manera definitiva e incondicional como abono a las inversiones mínimas a las que el CONCESIONARIO está obligado. Lo anterior quiere decir que una vez hechas las inversiones y entregados los soportes al DEPARTAMENTO no podrá retirarlos, lo cual no significa que la Interventoría esté obligada en forma indefectible a considerar las erogaciones y gastos que se le presenten como inversiones realizadas. Al respecto el numeral 1.2. del Protocolo de Desarrollo de los Aspectos Económicos del Contrato dispone:

*“La Interventoría procederá a aceptar las cuentas y soportes presentados, confiriéndoles el valor de abono a las inversiones mínimas propuestas a favor DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA – SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE, **previa verificación que realice respecto a la efectiva incorporación al proyecto de tales bienes, servicios o derechos**”.*⁷¹

En el mismo sentido, el numeral 1.3. del documento examinado establece:

*“Dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la recepción de tales cuentas y soportes, se procederá a suscribir un Acta de Inversiones donde se haga constar el monto de las inversiones realizadas por el CONCESIONARIO en el mes anterior y **su aprobación por parte de la interventoría**”.*⁷²

De la lectura de los numerales citados del Protocolo de Desarrollo de los Aspectos Económicos del Contrato, es claro que la interventoría no tiene un rol pasivo en lo que tiene que ver con las inversiones mínimas que debe hacer el CONCESIONARIO en virtud del literal a) del numeral 2.13 del Pliego de Condiciones. Por el contrario, sólo le conferirá a las cuentas y soportes presentados el valor de abono a las

⁷⁰ Folio 481, Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁷¹ Folio 482, Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁷² Folio 482, Cuaderno de Pruebas No. 1.

inversiones mínimas propuestas por el CONCESIONARIO cuando verifique que los bienes, servicios o derechos han sido incorporados de forma efectiva al proyecto (numeral 1.2), única circunstancia por la cual procederá a suscribir el acta que acredita los soportes y cuentas presentadas como inversiones efectivamente realizadas. Y debe ser así por cuanto las inversiones que debe realizar el concesionario deben cumplir con ciertos requisitos señalados en el numeral 1.7 del Protocolo de Desarrollo de los Aspectos Económicos del Contrato, así:

*“Las inversiones que debe realizar el concesionario durante la ejecución del Contrato de Concesión 101 de 2006, serán catalogadas como tal, **siempre que impliquen la adquisición de un bien, servicio o derecho a favor del DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA- SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE, en desarrollo de cualquiera de las actividades relacionadas en el Capítulo 5 de los Pliegos de Condiciones – DESCRIPCIÓN TÉCNICA DEL PROYECTO.**”*

Así las cosas, no sólo existe la obligación por parte de la Interventoría de aprobar y verificar que el CONCESIONARIO realice las inversiones mínimas a que se ha comprometido con la suscripción del Contrato 101 de 2006, sino que dicha labor de verificación y control está plenamente justificada si se tiene en cuenta que no basta con presentar una cuenta o soporte para que se entienda que el CONCESIONARIO ha realizado una inversión, sino que para una erogación o gasto sea catalogado como tal, debe implicar la adquisición de un bien, servicio o derecho a favor del DEPARTAMENTO - SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE.

14.7.- Decisión

Por lo anteriormente expuesto, este Tribunal considera que el DEPARTAMENTO - SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE no ha modificado el procedimiento previsto para la realización y aprobación de las inversiones mínimas a las que está comprometido el CONCESIONARIO en virtud del Contrato 101 de 2006, razón por la cual está pretensión no está llamada a prosperar.

15.- Incumplimiento del numeral 5.7.2. del Pliego de Condiciones, por no incrementar las tasas por prestación de servicios, de acuerdo al IPC certificado por el DANE

15.1.- La demanda

La pretensión la formuló la Convocante en los siguientes términos:

“1.2. Que se declare que el DEPARTAMENTO ha incumplido de forma grave, reiterado e injustificado el Contrato de Concesión

101-2006, así:

(...)

1.2.9 Al no incrementar para el año de 2009 y con el IPC correspondiente al mismo (7.67%), las tarifas o derechos de trámites de tránsito fijados en el Decreto 00374 de 29 de diciembre de 2008.”

Los hechos que sirven de fundamento a la pretensión transcrita son, en forma resumida y según lo consignado en la demanda, del siguiente tenor:

a) El Convocante cita el numeral 5.7.2. del Pliego de Condiciones, que dice:

“5.7.2. TASAS POR LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Conforme a lo dispuesto en las normas legales y reglamentarias vigentes, durante el período de la concesión las tasas aplicables para la prestación de los servicios de tránsito serán las que aplica la firma DATA TOOLS, de conformidad con lo establecido para el efecto en el Contrato 031 de 2002 relacionadas en el ANEXO No. 6 del presente pliego y, las que se generen por los nuevos servicios objeto de la ejecución del presente proceso de acuerdo con el numeral 2.13.

Dichas tasas serán incrementadas anualmente por el DEPARTAMENTO de acuerdo con las normas vigentes –Índice de Precios al Consumidor – IPC, ajuste del salario mínimo legal vigente o certificado por el DANE, aproximándolas por exceso o por defecto a la centena más próxima.

De igual forma, en los eventos en que la normatividad lo permita y previo estudio de costos elaborado por el Concesionario, las tasas a aplicar podrán ser ajustadas, siempre y cuando exista acuerdo entre el DEPARTAMENTO y el Concesionario para el efecto”.

b) El Convocante expresó que el DEPARTAMENTO expidió el Decreto 00374 de 29 de diciembre de 2008, pero no contempló en el mismo el incremento del IPC establecido para el año 2008, el cual correspondía al 7,68%.

c) Por lo anterior, el CONCESIONARIO mediante comunicación SIETT-GG-0012-09 de 22 de enero de 2009 le informó al Interventor del contrato y Director de Servicios del DEPARTAMENTO, sobre la vulneración que aquello implicaba, sin haber obtenido respuesta sobre el particular.

d) Los perjuicios derivados de este incumplimiento ascienden a la suma de VEINTIOCHO MILLONES SETECIENTOS DOCE MIL TRESCIENTOS SETENTA Y UN PESOS (\$28.712.371).

15.2.- La contestación de la demanda

La Convocada nada dice en relación con este punto de derecho.

15.3.- Medios de prueba

- b. Documentales: Reposan en el expediente los siguientes documentos relevantes para decidir esta pretensión:
- i. Pliego de Condiciones, Licitación Pública No. SGL 006 de 2005
 - ii. Decreto 00374 de 29 de diciembre de 2008.
 - iii. Comunicación SIETT-gg-0012-09 de 22 de enero de 2009.
 - iv. Dictamen Pericial rendido por el doctor Eduardo Villate Bonilla.

15.4.- Alegatos de conclusión

15.4.1.- Parte Convocante: Expresó que está demostrado en el proceso que el DEPARTAMENTO ha incumplido el Contrato de Concesión No. 101 de 2006, por no haber incrementado para el año 2009 y con el IPC correspondiente al mismo (7.67%), las tarifas o derechos de trámites de tránsito fijados en el Decreto 00374 del 29 de diciembre de 2008. Afirmó el demandante que conforme con lo establecido en el numeral 5.7.2. del Pliego de Condiciones, las tasas por la prestación de servicios debieron ser incrementadas anualmente, de acuerdo con el IPC certificado por el DANE. El CONVOCANTE concluyó diciendo que de las pruebas aportadas al proceso se demuestra que el DEPARTAMENTO no incrementó las tarifas del 2009 con el IPC establecido por el DANE en un 7.67%.

15.4.2.- Parte Convocada: No se pronunció en relación con esta pretensión.

15.5.- Lo que el Tribunal considera probado

a. Está probado en el expediente que, según el numeral 5.7.2 del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. SGL 006 de 2005 (folios 371-372, Cuaderno de Pruebas No. 1), las tarifas por la prestación de los servicios otorgados en concesión debían incrementarse anualmente por el DEPARTAMENTO de acuerdo con el Índice de Precios al Consumidor –IPC, o ajuste del salario mínimo legal vigente certificado por el DANE.

b. De igual forma, está demostrado que el Decreto 00374 de 29 de diciembre de 2008 no incrementó las tarifas de los servicios de tránsito otorgados en concesión a la UT SIETT, por cuanto en ninguno de sus

artículos se determina un aumento de tarifas para el año 2009 conforme a los indicadores señalados en el Pliego.

15.6.- Consideraciones

Para este Tribunal es claro, de la lectura del numeral 5.7.2 del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. SGL 006 de 2005⁷³, que el DEPARTAMENTO debía incrementar las tarifas por la prestación de los servicios otorgados en concesión anualmente de acuerdo con el Índice de Precios al Consumidor –IPC, o en el porcentaje de ajuste del salario mínimo legal vigente certificado por el DANE.

El DEPARTAMENTO incumplió la obligación contenida en el numeral 5.7.2. del Pliego de Condiciones al no incrementar las tarifas de los servicios otorgados en concesión, incumplimiento que se evidencia de la lectura del Decreto 00374 de 29 de diciembre de 2008, por cuanto ninguno de sus artículos incrementa las tarifas de los servicios concesionados conforme a los indicadores señalados en el Pliego de Condiciones, que en este caso lo obligaban a incrementarlos en el 7.67%, que es el índice de precios del Consumidor certificado por el DANE para el año 2008. La obligación incumplida se encuentra incorporada al Contrato 101 de 2006 por el literal a de la cláusula decima cuarta del mismo que dispone que *“Forman parte integral del contrato los siguientes documentos: a) El pliego de condiciones con sus anexos, y los adendos y preguntas y respuestas formuladas dentro del proceso licitatorio...”*

No obstante estar probado el incumplimiento por parte del DEPARTAMENTO, al no haber reajustado las tarifas por la prestación de los servicios concesionados de acuerdo con el IPC certificado por el DANE para el año 2008, no está demostrada en el expediente la cuantía del perjuicio sufrido por la parte Convocada como consecuencia del incumplimiento contractual señalado. Lo anterior se evidencia del dictamen pericial rendido en este proceso, que en el punto examinado afirma que hay una diferencia dejada de cancelar por el incremento de tarifas utilizando un porcentaje menor que el incremento del IPC, tasada en la suma de DIECIOCHO MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS CON TREINTA CENTAVOS (\$18.241.494,30), pero concluye que *“Sobre este valor resulta imposible determinar el porcentaje de participación para SIETT, puesto que comprende la diversidad de los servicios prestados por la Secretaría de Tránsito y Transporte”*.⁷⁴

⁷³ Folio 371-372 Cuaderno de Pruebas 1

⁷⁴ Folio 289 Cuaderno de Pruebas 3.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil,⁷⁵ es el demandante quien tiene la carga procesal de demostrar no sólo el derecho reclamado sino también la cuantía del daño, razón por la cual debe observar que las pruebas practicadas resulten pertinentes para la demostración tanto del incumplimiento alegado como de los perjuicios que se derivan de él. Del expediente es claro, que no obstante habersele dado traslado del dictamen pericial a la parte Convocada, ésta no solicitó aclaración de la prueba pericial en el punto que aquí se discute, precluyendo así la oportunidad procesal para suministrarle nueva información al perito que le permitiera determinar el monto del perjuicio causado por el incumplimiento del DEPARTAMENTO.

Es sabido que el ordenamiento procesal en los eventos en que esté probado el derecho pero no el monto del perjuicio, le impone al administrador de justicia el deber de absolver al demandado, al no haber quedado estructurado uno de los presupuestos para condenarlo, esto es, la cuantía del daño ocasionado. El artículo 307 del Código de Procedimiento Civil establece que “*La condena al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios u otra cosa semejante, se hará en la sentencia por cantidad y valor determinado*”, sin que hoy exista la posibilidad a la luz del ordenamiento procesal nacional de proferir condenas *in genere*, o sentencias condenatorias en abstracto.

Al respecto ha señalado la doctrina nacional:

*“En efecto, el demandante tiene la carga de acreditar la existencia del derecho y en cuanto éste es cuantificable, el monto del mismo. Si falla en ese sentido y no obstante los esfuerzos del juez únicamente se acredita el primer aspecto, significa que no se estructuran los dos requisitos que se exigen para poder condenar y que, en consecuencia, el juez debe absolver, porque frente a la posibilidad de sentencias en abstracto ninguna otra salida tiene, dado que al demandante se le eliminó la etapa adicional para concretar el fallo en abstracto...”*⁷⁶

15.7.- Decisión

Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal encuentra probados los supuestos de hecho para conceder la pretensión declarativa 1.2.9, esto es, que el DEPARTAMENTO ha incumplido el Contrato 101 de 2006 al no incrementar para el año 2009 con IPC correspondiente al mismo (7.67%) las tarifas de los servicios otorgados en concesión. Sin embargo, se abstiene de conceder la pretensión de condena 2.1.7., por

⁷⁵ El Código de Procedimiento Civil establece que “*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”

⁷⁶ López Blanco, Hernán Fabio. Procedimiento Civil, Tomo I, Parte General, Novena Edición, DUPRE Editores, Bogotá D.C., 2005, Pág. 628

no estar demostrado en el expediente uno de los presupuestos requeridos a la luz de la normativa procesal para proferir una condena de tipo pecuniario, esto es, el monto del perjuicio sufrido por quien reclama la condena.

16.- Del resarcimiento del desequilibrio económico del contrato.

En la pretensión declarativa 1.3. de la demanda la UT SIETT solicitó:

“1.3. Que se declare que con todo ello el DEPARTAMENTO ha violado la obligación de reconocer al CONCESIONARIO la remuneración a la que efectivamente tiene derecho, propiciando con ello una afectación de sus ingresos y una ruptura del equilibrio económico y financiero del contrato”.

Con fundamento en todas las consideraciones anteriores, donde se han estudiado uno a uno los incumplimientos endilgados por el CONCESIONARIO al DEPARTAMENTO, el Tribunal considera que no se demostró que se hubiera producido la ruptura del equilibrio económico del Contrato 101 de 2006 en perjuicio de la UT SIETT, que obligue al Tribunal a adoptar medidas para restablecerlo.

En primer lugar, se debe tener en cuenta que las condenas que se le habrán de imponer al DEPARTAMENTO corresponden al reconocimiento del efecto de los incumplimientos particulares del Contrato 101 de 2006 que se han encontrado probados en el proceso, y no son el resultado de la ocurrencia de una cualquiera de las condiciones que la ley y la jurisprudencia han identificado como necesarias para el reconocimiento del desequilibrio del contrato, las cuales se expusieron en acápite inicial de este laudo (Capítulo 6.); en otras palabras, las condenas obedecen al incumplimiento del contrato y no son producto del acaecimiento de hechos que puedan tipificarse dentro de la teoría de la imprevisión o el hecho del príncipe, que obliguen a la adopción de algún mecanismo de resarcimiento.

En segundo lugar, no existe prueba en el expediente que demuestre cómo los incumplimientos del DEPARTAMENTO pudieron impactar o modificar las condiciones económicas y financieras que la UT SIETT tuvo en cuenta para la suscripción del contrato en mención; valga decir el CONCESIONARIO no demostró cuantitativamente, cuál ha sido la afectación que ha sufrido la ecuación financiera del contrato examinado el equilibrio de cargas y derechos que emanan de él.

Por lo expuesto no se accederá a la pretensión 1.3. y así se declarará en la parte resolutive de este laudo.

17.- De las excepciones perentorias:

Como se expuso en los antecedentes de este laudo, en la contestación de la demanda el DEPARTAMENTO propuso varios medios exceptivos cuya prosperidad se examinará enseguida, en concordancia con el estudio que ya se hizo de las pretensiones de la demanda.

1. *“Inexistencia de incumplimiento contractual por parte del DEPARTAMENTO de la obligación de liquidación y transferencia de los porcentajes de participación establecidos como remuneración de los concesionarios del servicio de tránsito”.* Como quedó dicho al estudiar la pretensión 1.1.1. de la demanda, no se demostró que el DEPARTAMENTO hubiera incumplido la obligación contractual de liquidar y hacer las transferencias del valor recaudado de las multas por infracciones de tránsito a cada uno de los destinatarios de las mismas, por lo cual se declarará probada esta excepción.
2. *“Inexistencia de incumplimiento contractual por la no aprobación de las inversiones efectuadas por el contratista”.* Al estudiar la pretensión 1.2.8. el Tribunal concluyó que el DEPARTAMENTO no ha modificado el procedimiento previsto para la realización y aprobación de las inversiones mínimas a las que está comprometido el CONCESIONARIO en virtud del Contrato 101 de 2006, y por ello no ha incumplido dicho contrato, lo cual conlleva a declarar probada esta excepción.
3. *“Inexistencia de incumplimiento contractual por impago de sumas por concepto de participaciones contractuales por recaudo externo del SIMIT”.* Al estudiar la pretensión 1.2.3. el Tribunal concluyó que el DEPARTAMENTO ha incumplido el Contrato 101 de 2006 al no abonar a la UT SIETT las compensaciones resultantes de las transferencias efectuadas por concepto de recaudo externo de las multas por infracciones de tránsito a través de la Federación Nacional de Municipios (Programa SIMIT) en los términos indicados en dicho Contrato, y encontró una diferencia entre los valores establecidos en las actas correspondientes y lo que efectivamente se le ha transferido y consignado por ese rubro. Por lo anterior se negará este medio exceptivo.
4. *“Inexistencia de incumplimiento contractual por la no cancelación de ingresos por concepto de escuelas de conducción”.* Del examen de la pretensión 1.2.2. el Tribunal concluyó que el DEPARTAMENTO en el mes de abril de 2008 decidió, en forma unilateral y sin justificación alguna, suspender el pago de las contraprestaciones que por concepto de ingresos operacionales por los servicios de escuelas de conducción debía consignarle al CONCESIONARIO, de acuerdo con lo pactado en el literal b) del numeral 2.13. del Pliego de Condiciones y establecido en la cláusula Cuarta del Contrato 101 de 2006. Así las cosas esta excepción se negará.

5. *“Ausencia de configuración del silencio administrativo positivo a favor del concesionario.* El Tribunal advirtió antes que en los hechos de la demanda se informa que la UT SIETT formuló varias peticiones al DEPARTAMENTO que no fueron respondidas, por lo cual éste consideró que transcurrido determinado lapso de tiempo tal hecho configuraba silencios administrativos positivos en su favor y por ello protocolizó en cada oportunidad los documentos que soportaban sus reclamaciones. Igualmente el Tribunal precisó que en la demanda no existe ninguna pretensión encaminada a que este Tribunal declare la ocurrencia de los silencios administrativos positivos y las repercusiones de tal figura pudiera tener en el contrato 101 de 2006. Por sustracción de materia esta excepción no debe ser analizada ni resuelta.

6. *“Inexistencia de incumplimiento contractual por falta de reembolso de gastos por impulso procesal en procesos de cobro coactivo.* Al resolver la pretensión 1.2.6. el Tribunal definió que el DEPARTAMENTO ha incumplido el Contrato 101 de 2006 por no haber reembolsado en tiempo y con los intereses debidos los gastos de impulso procesal en que ha incurrido el CONCESIONARIO en ejecución de sus prestaciones contractuales y determinó el monto que debía reembolsarse a la UT SIETT por dicho concepto. En razón de lo anterior se negará esta excepción.

7. *“Inexistencia de modificación de las condiciones contractuales respecto de la facultad de administrar y operar la inscripción y modificación en el registro nacional automotor.* Al estudiar la pretensión 1.2.7. el Tribunal definió que el DEPARTAMENTO no ha usurpado las funciones que otorgó en concesión a la UT SIETT, ni tampoco que su labor de control y vigilancia haya obstaculizado la administración del Registro Nacional Automotor, razón por la cual se acogerá esta excepción.

8. *“Sumas a favor del contratista por concepto de liquidación de multas erróneamente POLCA – PONAL.”* Al resolver la pretensión 1.2.5. el Tribunal encontró probado que existían saldos a favor del CONCESIONARIO por concepto de las compensaciones a que tiene derecho en el recaudo de multas por infracciones de tránsito, cuando algunos comparendos fueron erróneamente liquidados como impuestos por la Policía de Carreteras, por lo cual se negará esta excepción perentoria.

18.- La Demanda de Reconvención.

Como se expuso anteriormente en este Laudo, dentro del término de traslado de la demanda el apoderado del DEPARTAMENTO formuló demanda de reconvención en contra de los integrantes de la Unión

Temporal Servicios Integrados y Especializados de Tránsito y Transporte de Cundinamarca UT SIETT, en la que solicita se declare por el Tribunal *“la existencia del pago de lo no debido por concepto de comparendos impuestos por la Policía Nacional, al estar cancelándose al concesionario un porcentaje superior al expresamente previsto en el pliego de condiciones y en los estudios previos de factibilidad que elaboraron la estructuración financiera del proyecto de concesión”* (subraya el Tribunal) y, en consecuencia, se condene a los reconvenidos *“al reembolso de la suma de \$2.481.348.893, más la actualización o indexación correspondiente, o el mayor valor que se logre probar por parte de este Tribunal de arbitramento como pago de lo no debido”*. Los fundamentos fácticos expuestos de estas reclamaciones se pueden resumir así:

A los hechos 1 y 2 se informa de la celebración entre las partes, el 28 de enero de 2006, del Contrato de Concesión 101 de 2006, que estuvo precedido del proceso licitatorio N° L 006 de 2005, en cuyo pliego de condiciones inicialmente se estipuló una remuneración para el concesionario, así:

“b) Porcentaje de compensación:

El proponente indicará el porcentaje de compensación como remuneración total del concesionario por todo concepto, a cuenta y riesgo del mismo.

El monto de compensación ofertado por el proponente no podrá ser superior al sesenta por ciento (60%) de los ingresos brutos señalados en el presente numeral, que percibe el DEPARTAMENTO.

El DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA- SECRETARIA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE percibe ingresos por tres conceptos: Impuestos Departamentales y Municipales, Ingresos Operacionales y Retención en la Fuente.

Para el cálculo de las compensaciones, el proponente, deberá tener en cuenta que el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA- SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE tiene comprometidos, en parte de sus ingresos operacionales, los porcentajes relacionados en el siguiente cuadro y, por tanto, estos porcentajes no pueden constituir base para la liquidación de las compensaciones del presente proceso, la cual se efectuará con base en los ingresos operacionales disponibles por todo concepto, menos los relacionados en el siguiente cuadro:

Concepto	Descuentos			Disponible STT
	Data Tools	Polca	Simit	
Tramitación formulario	26,70%			73,30%
Multas por revisión	26,70%			73,30%
Tramite de matricula	26,70%			73,30%
Especies Venales	26,70%			73,30%
Otros servicios				100,00%
Multas por infracción	26,70%	45%	10%	18,30%
Formulario trámite vehículos	26,70%			73,30%
Expedición licencias de conducción	26,70%			73,30%
Serv. Escuela de conducción	26,70%			73,30%

**Otros servicios se refiere a la operación y organización de los servicios prestados en Centros de Diagnóstico Automotor, Patios o Parqueaderos autorizados, Servicio de Grúa, Centros de Acreditación de Conductores*

Nota: DATA TOOLS: Concesionario Contrato 031 de 2002.

Polaca (sic): Policía de Carreteras.

Simit: Sistema de Información de Multas e Infracciones de Tránsito"

Al hecho 3 se señala que en atención a las observaciones al pliego de condiciones se modificó el numeral 2.13., literal b, mediante adenda No. 1, suprimiéndose la expresión “*brutos*” que acompaña a la palabra ingresos como base sobre la cual se calcularía la remuneración del concesionario, y disponiéndose que el cálculo del 60% se haría sobre los ingresos operacionales. También se eliminó el párrafo referente a los ingresos que recibe el DEPARTAMENTO por concepto de impuestos departamentales, municipales y retención en la fuente (los aspectos suprimidos corresponden a los subrayados en la transcripción anterior). Las demás estipulaciones relativas a la remuneración del concesionario no fueron modificadas, la cual equivaldría a un 60% de “*los ingresos operacionales disponibles por la Secretaría de Tránsito y Movilidad de la Gobernación luego de hacer los descuentos de ley a la Policía de carreteras y a la Federación Nacional de Municipios, así como la que corresponde al concesionario DATA TOOLS en un 26,7%.*”

A los hechos 4 a 7 se hace referencia a un “*estudio previo de factibilidad realizado por EQUITY INVESTMENT S.A.*” para este proyecto, en el cual la base para la liquidación de la remuneración del concesionario fue la misma contenida en el pliego, ya que en tal estudio se estableció “*que la participación del concesionario se deduciría sobre el remanente de la totalidad del recaudo por multas luego de aplicar las comisiones y descuentos al concesionario DATA TOOLS, a la Federación Nacional de Municipios para la implantación y actualización del SIMIT, y a la Policía de Carreteras para los fines previstos en el artículo 159 del Código Nacional de Tránsito*”. En dicho estudio se estableció que “*del total de los ingresos percibidos por concepto de multas, la Secretaría de Tránsito y Transporte recibiría el 18,3%*”

Se agrega que en el estudio en mención se previó la distribución detallada de ingresos, así: “*De un total recibido por concepto de multas se debe descontar en primera medida los descuentos y comisiones*

correspondientes al concesionario DATA TOOLS, en un 26,7%; al SIMIT, en un 10%, y a la Policía de Carreteras, en un 45%, y del remanente disponible por la Secretaría de Tránsito y Movilidad el concesionario obtendría un 60% en calidad de remuneración por los servicios e inversiones prestadas”.

Y sobre la forma de distribuir los ingresos en el estudio se estableció que *“De los ingresos netos que recibe la STT, una vez descontadas todas las comisiones, se calcula que el privado podía recibir un 60%, con lo cual tendría una rentabilidad del 23% y con el 40% restante se garantiza que la Secretaría recibiría al menos el mismo excedente que recibe hoy en día, siendo así un negocio atractivo para ambos”.*

Al hecho 8 se afirma que el pliego de condiciones *“fue confeccionado teniendo como parámetro la estructuración financiera de EQUITY INVESTMENT S.A.”*, y que en la propuesta presentada por la demandada en reconvencción se señaló como porcentaje de participación en el negocio *“la suma equivalente al 60% de los ingresos operacionales disponibles por el DEPARTAMENTO. Es decir, y conforme a lo consignado en la figura No. 1.4 del estudio previo del consultor, que en términos reales el concesionario recibiría el 60% del 18,3% que le queda al DEPARTAMENTO como ingreso disponible luego de deducirse las comisiones y descuentos, lo cual es igual a un total del 10,98% por concepto de multas por infracción a las normas de tránsito”.*

Se afirma al hecho 9 que a pesar de que la base de liquidación de la remuneración del concesionario se fijó en un 18,30% del total de los valores recaudados por concepto de multas, *“a la Unión Temporal SIETT se le ha venido liquidando la correspondiente a las sanciones que impone la Policía Nacional en los cascos urbanos sobre la base del 63,3%, con lo cual se configura un “exceso de pago o pago de lo no debido a favor del contratista y en contra de la entidad contratante, en razón a que los valores realmente erogados por parte del DEPARTAMENTO superan en creces los proyectados en los estudios previos de EQUITY INVESTMENT S.A., los fijados en los pliegos de condiciones, y los aceptados al momento de suscribir el contrato de concesión 101 de 2006”.* Según informe de 9 de diciembre de 2009 de la Directora del proyecto del contrato de concesión la diferencia entre el valor liquidado y el valor real a liquidar asciende a la suma de \$ 2.481.348.893.

Como fundamentos legales de la reconvencción se citan el artículo 2313 del Código Civil, que regula el pago de lo no debido, y doctrina sobre el tema. Así mismo se hace referencia al artículo 2315 del C.C. sobre el error de derecho como causa determinante del pago de lo no debido, y se cita jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Sostiene el reconviniente, además, que contrario a lo afirmado en la demanda principal, sobre la existencia de un supuesto desequilibrio económico del contrato en perjuicio del concesionario, a éste se le está liquidando su remuneración por encima de los límites establecidos en el pliego de condiciones, toda vez que el 60% de su participación en el negocio se aplica *“tanto del 18,3% que le queda al DEPARTAMENTO luego de aplicar las deducciones correspondientes al SIMIT, DASTAS (sic) TOOLS, y POLCA, como del que le corresponde a la Administración Pública por concepto de recaudo de multas por parte de la Policía Nacional en los cascos urbanos”*, cuando éste sólo tiene derecho, en lo que se refiere a comparendos al *“60% del disponible por la Administración que es el 18,3% por concepto de multas por infracción a las normas de tránsito”*.

Según la reconvención *“el pliego de condiciones no efectúa ninguna diferencia en cuanto a multas impuestas por la Policía de Carreteras o por las autoridades de tránsito en los Municipios, o por la Policía Nacional en aquellos supuestos en los que el ente territorial suscribe convenio con ella”* (subraya el Tribunal), no obstante lo cual, al concesionario se le ha venido cancelando una suma mayor toda vez que se ha tomado como base de liquidación el 63,3% y no el 18,3% como correspondería.

18.1.- Contestación a la demanda de reconvención

La Unión Temporal SIETT Cundinamarca contestó oportunamente la reconvención, se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de mérito que denominó *“1. Excepción de improcedencia de efectuar la deducción del 50% sobre el valor de las multas por comparendos impuestos por la Policía Nacional (Policía de Tránsito Urbano) en la liquidación de las compensaciones correspondientes al CONCESIONARIO, 2. Excepción de creación de una obligación no contemplada en la ley y no prevista en el Pliego de Condiciones, 3 Excepción de inexistencia de pago de lo no debido, 4. Improcedencia de una condena en contra del CONCESIONARIO, y 5. Excepciones generales”*

18.2.- La cuestión a decidir.

Analizada la demanda de reconvención y su contestación, corresponde a este Tribunal determinar si en el caso en estudio se tipifica un pago de lo no debido porque, según se planteó en la pretensión primera, supuestamente el Departamento de Cundinamarca le ha venido pagando al Concesionario UT-SIETT una compensación superior a la expresamente prevista en el pliego de condiciones y en los estudios previos de factibilidad que se elaboraron para la estructuración financiera del proyecto de concesión. Más concretamente se deberá establecer si se configura un pago de lo no debido cuando en los casos en que los comparendos por infracciones de tránsito son impuestos por

Agentes de la Policía Nacional (PONAL) -distintos de la Policía de Carreteras (POLCA)- el DEPARTAMENTO toma como base para liquidar la compensación del Concesionario el saldo de los ingresos operacionales disponibles resultantes de descontar del 100% del valor de la multa solamente la transferencia ordenada por ley al SIMIT del 10% y el pago de la retribución de Data Tools del 26.7%, es decir, sobre el 63.3% del valor recaudado, cuando, en criterio del reconviniente, en todos los casos la remuneración del concesionario se debe liquidar sobre el 18.3% de los ingresos por concepto de multas.

18.3.- El pago de lo no debido

El pago de lo no debido es el que se hace sin que exista causa legal o contractual para hacer exigible su cumplimiento; en ese orden de ideas y según la formulación de la pretensión primera de la reconvencción, el Tribunal debe resolver si los pagos que hace el DEPARTAMENTO al CONCESIONARIO exceden los cálculos y análisis realizados por la firma estructuradora del proyecto, que fueron recogidos en los pliegos de condiciones y a los que hace referencia el contrato, es decir si el contratante ha pagado por error al SIETT más de aquello a lo que tenía derecho según se proyectó, licitó, ofertó y contrató finalmente.

El Código Civil en su artículo 2313 regula el tema del pago por error, pago sin causa, o de lo no debido, en los siguientes términos:

“Si el que por error ha hecho un pago, prueba que no lo debía, tiene derecho para repetir lo pagado.

Sin embargo, cuando una persona, a consecuencia de un error suyo, ha pagado una deuda ajena, no tendrá derecho de repetición contra el que, a consecuencia del pago, ha suprimido o cancelado un título necesario para el cobro de su crédito, pero podrá intentar contra el deudor las acciones del acreedor”.

Del análisis de la norma transcrita se desprende que quien alegue la ocurrencia del pago de lo no debido deberá demostrar la inexistencia o ausencia de obligación que pudiera justificar el pago que erróneamente se ha realizado. Cuando en el escenario judicial el demandante logra probar que el pago no tenía causa, es decir que no era exigible, el juez deberá ordenar que se le reintegre el total de lo pagado, si era que no existía una justificación legal o contractual para hacer al demandado pago alguno, o que se le reembolse el exceso, cuando el pago si tenía causa pero fue superior al comprometido u obligado.

El pago o solución, en los términos del Código Civil, es una de las formas de extinguir las obligaciones (art. 1625, num. 1); dicha figura se encuentra regulada por los artículos 1626 a 1686 de dicho estatuto, y consiste en la prestación de lo que se debe (art. 1626 C.C.). El pago debe hacerse al acreedor o a quien la ley o el juez dispongan, de

conformidad con la obligación o la ley (art. 1627), en el tiempo y lugar convenido, bien por el deudor o cualquier persona aún contra la voluntad de éste (artículos 1630 y 1634).

El pago corresponde a la satisfacción de una obligación legal o contractual, que se supone ha sido adquirida previamente por el deudor, es decir, el pago tiene que estar precedido de una obligación o deuda.

El profesor Fernando Hinestrosa, refiriéndose al pago, señala que:

“La obligación consiste en un deber de colaboración intersubjetiva determinada, a cargo de determinada persona, a favor de determinada persona y en determinadas condiciones de modo, tiempo y lugar. Y el cumplimiento de ella presupone una conformidad plena de lo acontecido con lo esperable del deudor y exigible por parte del acreedor: la exactitud de la conducta.

La obligación se extingue porque alcanzó su cometido, realizó su función social. El título, complementado con las pautas de ley, de usos y costumbres y de equidad, de acuerdo con la naturaleza de la prestación, traza un patrón de conducta al que el deudor debe ceñirse, una especie de cauce del que no puede o, mejor, no debe salirse”⁷⁷

Conforme con lo expuesto, el Tribunal debe precisar cuál fue exactamente la obligación adquirida por el DEPARTAMENTO de Cundinamarca, en cuanto a la remuneración de la UT SIETT, que debía satisfacer en los términos pactados en el Contrato 101 de 2006, y si la satisfacción de tal obligación ha sido en exceso, para lo cual será necesario detenerse en el examen de las pruebas que obran en el expediente.

18.4.- Examen del acervo probatorio

1.- El primer aspecto que se debe tener en cuenta es que, como quedó antes visto, el contrato de concesión 101 de 2006 estuvo precedido de un proceso de licitación, cuyo pliego de condiciones obra a folios 2 y ss del Cuaderno de Pruebas N° 1 del expediente y que sobre la remuneración del futuro concesionario, en el literal b) del numeral 2.13, luego de la modificación introducida por la Adenda 1, precisó lo siguiente:

“b) Porcentaje de compensación:

El proponente indicará el porcentaje de compensación como remuneración total del concesionario por todo concepto, a cuenta y

⁷⁷ Tratado de las Obligaciones. Tomo I. Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Pág. 561

riesgo del mismo.

El monto de compensación ofertado por el proponente no podrá ser superior al sesenta por ciento (60%) de los ingresos operacionales señalados en el presente numeral, que percibe el DEPARTAMENTO.

Para el cálculo de las compensaciones, el proponente, deberá tener en cuenta que el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA-SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE tiene comprometidos, en parte de sus ingresos operacionales, los porcentajes relacionados en el siguiente cuadro y, por tanto, estos porcentajes no pueden constituir base para la liquidación de las compensaciones del presente proceso, la cual se efectuará con base en los ingresos operacionales disponibles por todo concepto, menos los relacionados en el siguiente cuadro:

Concepto	Descuentos			Disponible STT
	Data Tools	Polca	Simit	
Tramitación formulario	26,70%			73,30%
Multas por revisión	26,70%			73,30%
Tramite de matricula	26,70%			73,30%
Especies Venales	26,70%			73,30%
Otros servicios				100,00%
Multas por infracción	26,70%	45%	10%	18,30%
Formulario trámite vehículos	26,70%			73,30%
Expedición licencias de conducción	26,70%			73,30%
Serv. Escuela de conducción	26,70%			73,30%

**Otros servicios se refiere a la operación y organización de los servicios prestados en Centros de Diagnóstico Automotor, Patios o Parqueaderos autorizados, Servicio de Grúa, Centros de Acreditación de Conductores*

Nota: DATA TOOLS: Concesionario Contrato 031 de 2002.

Polaca (sic): Policía de Carreteras.

Simit: Sistema de Información de Multas e Infracciones de Tránsito”

2.- El siguiente aspecto que se debe examinar es cuál fue la retribución o remuneración pactada por las partes en su contrato. Al respecto encuentra el Tribunal que según consta en la copia del Contrato de Concesión 101 de 2006, que obra a folios 133 y ss del Cuaderno de Pruebas N° 1, la remuneración del concesionario se estableció en la cláusula Cuarta visible a folio 142, así:

“CUARTO- RETRIBUCIÓN POR LA INFRAESTRUCTURA APORTADA Y LA LABOR EJECUTADA. EI CONCESIONARIO tendrá derecho como contraprestación realizada y labor ejecutada a las compensaciones a que hace referencia el literal b del numeral 2.13 del Pliego de Condiciones, en concordancia con el porcentaje contenido en la oferta presentada, los cuales forman parte integrante del presente contrato. PARÁGRAFO. Las compensaciones se realizaran de conformidad con las instrucciones que EL DEPARTAMENTO imparta al integrador

(Data Tools o quien haga sus veces) y a los bancos. En cualquier caso, dicha compensación corresponderá a la ofertada por el Concesionario (...)

En el mismo sentido el numeral 4.10 sobre la forma de pago estableció:

“El DEPARTAMENTO de Cundinamarca pagará al adjudicatario, como porcentaje de compensación (numeral 2.13- b) el porcentaje ofertado por el adjudicatario en su propuesta. (...)”

Encuentra el Tribunal que el porcentaje de compensación propuesto en la oferta de la UT SIETT, como monto de su remuneración coincidió con la contenida en los pliegos.

3.- Un tercer aspecto que se debe precisar para establecer la procedencia de la pretensión primera de la demanda de reconvención en los términos como fue formulada, es cuál es la real incidencia en el contrato origen de la litis del estudio elaborado para el DEPARTAMENTO de Cundinamarca por **Equity Investment S.A.** en septiembre de 2005, cuya copia se agregó a folios 1 y ss del Cuaderno de Pruebas N° 2 del expediente.

Según la pretensión primera y los hechos de la reconvención, el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública SGL 006 de 2005 *“fue confeccionado teniendo como parámetro la estructuración financiera de EQUITY INVESTMENT S.A.”*, al cual se sometió la Unión Temporal SIETT cuando elaboró y presentó su propuesta económica. Observa el Tribunal que en el estudio técnico y financiero elaborado por el estructurador del proyecto, denominado *“ANÁLISIS, ESTRUCTURACIÓN Y PUESTA EN MARCHA DE LA CONCESIÓN DEL SISTEMA DE TRÁNSITO DE CUNDINAMARCA”*, la fórmula para calcular la remuneración del concesionario efectivamente coincide con la consignada en los pliegos, más sin embargo el Tribunal considera que no puede detenerse en el análisis del documento en mención, por cuanto éste no forma parte de los documentos del contrato.

En efecto, la Clausula Décima Cuarta del Contrato 101 de 2006 (folio 146 Cuaderno de Pruebas N° 1) precisa cuales son los documentos a los que se tienen que someter las partes en la ejecución del contrato, así:

“DECIMA CUARTA.- DOCUMENTOS DEL CONTRATO: Forman parte integral de este contrato los siguientes documentos a) El pliego de condiciones con sus anexos, y los adendos y preguntas y respuestas formuladas dentro del proceso licitatorio. b) La propuesta presentada por el Contratista de fecha 30 de enero de 2006. c) La Garantía Única. d) las comunicaciones y documentos que legalmente se requieran y los que se produzcan durante el desarrollo del mismo. e) La Resolución de Adjudicación. f) Las

actas de aprobación o de modificación debidamente suscritas por las partes y, g) El acta de liquidación.”

De otra parte, en los pliegos de condiciones de la licitación no se hace referencia alguna al estudio económico y financiero elaborado por Equity Investment S.A., que obligara a los proponentes a considerarlo en su oferta, y la mención que se hizo de esta sociedad en el pliego lo fue en el numeral 4.7 para establecer la obligación para el adjudicatario de acreditar el pago de la suma que allí se indica a ésta como requisito para el perfeccionamiento del contrato.

No cabe duda entonces para el Tribunal que durante el proceso de selección de los proponentes al documento en cuestión se le dio carácter de confidencial, lo cual impide que sea oponible ahora al concesionario; lo anterior se puede deducir, entre otros, de una de las respuestas contenidas en el documento *“RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES EFECTUADAS AL PLIEGO DE CONDICIONES DE LA LICITACIÓN PÚBLICA N° SGL006 DE 2005”*, donde a la pregunta N° 6 de la Unión Temporal Cundinamarca Tecnológica, uno de los interesados, que dice mantener un derecho de petición de una copia *“de la totalidad de los estudios técnicos, económicos y jurídicos que sirvieron de base para determinar los criterios de evaluación indicados en los prepliegos”*, la entidad respondió:

“Tal y como se ha manifestado en los oficios de respuesta de fecha 2 y 16 de diciembre de 2005 suscritos por la Secretaria General, la totalidad de los estudios previos que soportan la presente contratación, no pueden ser objeto de consulta por los posibles proponentes hasta la fecha de cierre del presente proceso de selección, en atención a que los mismos contienen información esencial y relevante para la conformación de la propuesta, por lo que su conocimiento generaría una condición privilegiada frente a la Administración y a los demás posibles proponentes, en abierta contradicción con el principio de igualdad y selección objetiva establecidos en la Ley 80 de 1993” (subraya el Tribunal).

De la anterior cita se desprende que no fue posible para ninguno de los interesados tener conocimiento del contenido de los documentos que soportaron la contratación, entre ellos, se presume, el estudio de Equity Investment S.A., de tal suerte que en ejecución del contrato no es exigible al concesionario someterse o sujetarse a su contenido.

En el mismo sentido el doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en concepto que emitió en enero de 2009 a la Secretaria Técnica Unidad de Contratación del DEPARTAMENTO de Cundinamarca, expuso:

“(…) es importante precisar que del mismo estudio elaborado por Equity Investment y los pliegos de condiciones se desprende que a dichos análisis previos se les dio tratamiento de confidenciales, por

lo cual no tienen eficacia frente a terceros” (folio 170 Cuaderno de Pruebas 1).

Como corolario de lo expuesto hasta ahora se tiene que no es posible fundamentar el éxito de la pretensión solamente en la supuesta inobservancia de “los estudios previos de factibilidad que elaboraron la estructuración financiera del proyecto de concesión”, porque éstos no son oponibles al concesionario.

4.- Así las cosas, el Tribunal considera que para resolver la pretensión formulada es fundamental examinar, además, cuál ha sido el comportamiento de la partes en la ejecución contractual, para establecer cuál fue el entendimiento que tuvieron de la obligación convenida y la aplicación que le han dado a éste.

El tema sustancial de controversia en la demanda de reconvención consiste en que, en criterio del DEPARTAMENTO, para establecer la base para liquidar la compensación del concesionario en todos los casos se debe descontar del valor recaudado por multas por infracciones de tránsito, además del 10% destinado al Simit, el 45% asignado a POLCA, sin importar la autoridad que origina la respectiva orden de comparendo, con lo cual los ingresos operacionales disponibles del DEPARTAMENTO siempre serían del 18.3% y sobre dicho porcentaje es que se debe aplicar el 60% para obtener el monto de la compensación de la UT SIETT.

Del examen del expediente no encuentra el Tribunal comunicación alguna donde la Gobernación informara al estructurador del proyecto Data Tools que la compensación del concesionario UT SIETT debería hacerse en todos los casos, sin importar cual era la autoridad que había impuesto el comparendo, deduciendo siempre el porcentaje del 45% indicado en el literal b) del numeral 2.13 del pliego de condiciones. Por el contrario en todas las comunicaciones arrimadas al proceso, aún en aquellas donde se modificó la forma de hacer la liquidación de las compensaciones en abril y julio de 2008, siempre se diferenció si aplicaba la deducción de Polca o no.

Por ejemplo, en la comunicación 0582 de 26 de marzo de 2008 del Director de Servicios de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Cundinamarca a la Directora del Proyecto Data Tools (Folio 201 Cuaderno de Pruebas 1), se dice:

“Asunto: Parametrización recursos

Doctora Milvia:

De manera atenta, me permito solicitarle a partir de la fecha realizar la parametrización de los recursos provenientes del Simit de la siguiente manera:

POLCA

58.2% GOBERNACIÓN que comprende el 45% Polca y el 13.2% Gobernación.
 12.01% DATA
 19.79% SIETT

PONAL
 24.03% DATA
 26.39% GOBERNACIÓN
 39.58% SIETT

Los recursos recaudados en nuestras Sedes por concepto de comparendos la distribución será de la siguiente manera:

24.03% DATA
 36.39% GOBERNACIÓN que comprende 10% en discusión con SIMIT y el 26.39% del porcentaje de la Gobernación.
 39.58% SIETT”

Como puede verse en este documento, no obstante el cambio en el criterio sobre qué deducciones legales o contractuales de las multas debían hacerse primero –tema que corresponde al planteado en la demanda principal- el DEPARTAMENTO tuvo en cuenta la autoridad origen del comparendo.

El contratista Data Tools en comunicación de 28 de marzo de 2008 reclamó a la Gobernación por el cambio en la forma de liquidar las compensaciones indicado en la comunicación antes trascrita, a lo cual se respondió con comunicación 711 de 14 de abril siguiente, donde se reafirmó la posición frente al nuevo procedimiento de liquidación, pero se mantuvo la distinción en cuanto al origen de la multa. (Folio 205 Cuaderno de Pruebas N° 1)

El Director de Servicios Administrativos de la Gobernación, doctor Saldarriaga Gaviria, envió la comunicación 1340 de 28 de julio de 2008 a la Directora de Proyecto Data Tools S.A. para modificar las instrucciones para la liquidación de la participación los distintos destinatarios del valor recaudado por concepto de multas en los siguientes términos:

“En revisión realizada al tema relacionado con la distribución concerniente al porcentaje de retribución de DATA TOOLS S.A. respecto al recaudo de las multas e infracciones de tránsito, agradecemos parametrizar a partir de la fecha los recaudos percibidos por la Secretaría de Tránsito de Cundinamarca por concepto de multas e infracciones de tránsito de la manera como se establece en el siguiente cuadro:

Beneficiario	Polca	Ponal
<i>Polca</i>	<i>45,00%</i>	<i>0,00%</i>
<i>Data Tools</i>	<i>26,70%</i>	<i>26,70%</i>
<i>S. Tránsito</i>	<i>17,32%</i>	<i>35,32%</i>
<i>Siett</i>	<i>10,98%</i>	<i>37,98%</i>
<i>Total</i>	<i>100,00%</i>	<i>100,00%</i>

Como se aprecia, nuevamente el DEPARTAMENTO tiene en cuenta el origen del comparendo para hacer el cálculo de los porcentajes de distribución entre los diferentes intervinientes en el proceso.

De igual forma en la denominada “*ACTA DE COMPENSACIÓN POR REINTEGRO DE RECAUDO LOCAL DE MULTAS E INFRACCIONES DE TRÁNSITO DEL 17 DE ABRIL AL 30 DE JULIO /08 POR DIFERENCIA DE PORCENTAJE DE DISTRIBUCIÓN PARAMETRIZADO EN DICHO PERIODO*” suscrita el 15 de agosto de 2008 por el Interventor del contrato de concesión 031 de 2002, un Profesional Universitario STTC, la Directora General de Data Tools y la Directora de Proyecto Data Tools, por medio del cual se reconoció y dispuso pagar a los terceros involucrados en la distribución de las multas el pago de las sumas que no recibieron durante los meses del año 2008 en los que, como se vio atrás, la Gobernación dispuso una manera distinta de hacer las liquidaciones a como se venían realizando, el DEPARTAMENTO nuevamente tuvo en cuenta el origen del comparendo para aplicar la liquidación de la retribución de los destinatarios del recaudo de las multas, y hace una relación de la distribución aplicada hasta el 16 de abril de 2008 y con posterioridad a esa fecha, y claramente se incluyen los dos conceptos Polca y Ponal, sin que se hiciera referencia a una inadecuada aplicación de compensaciones (Folio 300 Cuaderno de Pruebas 1).

Igual se observa, por ejemplo, en el “*ACUERDO DE COMPENSACIÓN DE TRANSFERENCIAS DE RECAUDO EXTERNO SIMIT No. 002*” de 9 de noviembre de 2007 (Folio 244 CP1), suscrito por el Secretario de Tránsito de Cundinamarca y la Directora de Servicios e Interventora del contrato 101 de 2006, en el cual se incorpora un cuadro donde se diferencia la aplicación de “*POLCA*” y “*PONAL Y LOCAL*” a la distribución de compensaciones por recaudo de multas provenientes del SIMIT.

Así mismo, en concepto de enero 27 de 2007 rendido por el doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa a la Directora Jurídica de la Gobernación, se hace una diferenciación clara en cuanto al origen de las multas, como criterio para aplicar la deducción de POLCA a los ingresos operacionales disponibles:

“2.2.- De las multas impuestas cuyo proceso inicio por un comparendo impuesto por un agente de Policía de Carreteras, del valor recaudado le corresponde a la Policía de Carreteras el 50%, porcentaje este que se ve afectado también por disposición legal respecto al 10% del SIMIT” (Folio 166 Cuaderno de Pruebas N° 1).

Y más adelante este asesor señala:

“(…), no entiende esta asesoría como la Secretaría de Tránsito y

Transporte pueda si quiera pensar que sólo ofreció como base de distribución de multas por infracciones de tránsito tan sólo el 10.98%, sin importar que (sic) la autoridad que impuso la orden de comparendo, pues es claro que la entidad pública ofreció como base para remunerar al contratista los ingresos operacionales disponibles por todo concepto. El cuadro a que hace referencia el literal b) del numeral 2.13 del pliego de condiciones es solo un referente respecto a compromisos de tipo legal y contractual del DEPARTAMENTO sobre algunos de sus ingresos operacionales, pero repito inclusive en el, no se hace referencia a otros conceptos que son operaciones disponibles y sobre los cuales tiene participación U.T. SIETT....” (Folio 172 Cuaderno de Pruebas N° 1) (subraya el Tribunal).

También encuentra el Tribunal comunicaciones del concesionario SIETT que dan cuenta de las reclamaciones que en periodos de ejecución específica del contrato formuló a la Interventoría para obtener el reembolso de la compensación que le correspondía por comparendos aplicados como Polca cuando habían sido originados por recaudo local o Policía urbana, tal como consta en comunicación 0526 de 23 de junio de 2009 (Folio 442 Cuaderno de Pruebas N°1), y no se observa ninguna comunicación del DEPARTAMENTO advirtiendo que ello no fuera procedente.

18.5.- El respeto por los actos propios

La definición del tema que ahora ocupa al Tribunal, hace referencia a un comportamiento del DEPARTAMENTO contrario al que desplegó desde el inicio del contrato de concesión y hasta un momento muy cercano a la fecha de notificación de la demanda arbitral, que tipifica la figura que la doctrina ha denominado “*venire contra factum proprium*”, conducta que atenta contra el principio de la buena fe. Nuestra Constitución Política en su artículo 83 enseña que las actuaciones de los particulares y de las autoridades deberán ceñirse a los postulados de la buena fe; este principio censura, entre otros, cualquier pretensión aún lícita, pero contraria al propio comportamiento anterior del sujeto.

Sobre el tema de la buena fe la Corte Constitucional en sentencia de tutela T-475/92 expuso:

“12. La administración y el administrado deben adoptar un comportamiento leal en el perfeccionamiento, desarrollo y extinción de las relaciones jurídicas. Este imperativo constitucional no sólo se aplica a los contratos administrativos, sino también a aquellas actuaciones unilaterales de la administración generadoras de situaciones jurídicas subjetivas o concretas para una persona. El ámbito de aplicación de la buena fe no se limita al nacimiento de la relación jurídica, sino que despliega sus efectos en el tiempo hasta su extinción.

13. *El principio de la buena fe incorpora la doctrina que proscribe el "venire contra factum proprium", según la cual a nadie le es lícito venir contra sus propios actos. La buena fe implica el deber de observar en el futuro la conducta inicialmente desplegada, de cuyo cumplimiento depende en gran parte la seriedad del procedimiento administrativo, la credibilidad del Estado y el efecto vinculante de sus actos para los particulares. (...)*⁷⁸

De acuerdo a lo anterior, la buena fe impone a la Administración y a los particulares el deber de observar en adelante un comportamiento que sus actos pretéritos hacían esperar. Tal principio está contenido en el artículo 1603 del Código Civil⁷⁹ aplicable no sólo a las relaciones entre los particulares y constituye uno de los principios básicos de interpretación de los contratos.

La observancia del acto propio se funda en la confianza que produce en la otra parte la ejecución anterior de la misma clase de actos, que impide aceptar comportamientos contrarios posteriores. Sobre el tema del respeto al acto propio la corte Constitucional en Sentencia T-295/99, expuso:

“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 (art. 83 C.N). Principio constitucional, que sanciona entonces, como inadmisibles toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria, con respecto al propio comportamiento efectuado por el sujeto.

La teoría del respeto del acto propio, tiene origen en el brocardo “Venire contra pactum proprium nellí conceditur” y, su fundamento radica en la confianza despertada en otro sujeto de buena fe, en razón de una primera conducta realizada. Esta buena fe quedaría vulnerada, si fuese admisible aceptar y dar curso a una pretensión posterior y contradictoria.

El tratadista y Magistrado del Tribunal Constitucional Español Luis Díaz Picazo enseña que la prohibición no impone la obligación de no hacer sino, más bien, impone un deber de no poder hacer; por ello es que se dice “no se puede ir contra los actos propios”.

Se trata de una limitación del ejercicio de derechos que, en otras

⁷⁸ Sentencia T-475/92. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente T-1917. 29 de julio de 1992

⁷⁹ “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 la ley pertenecen a ella”

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.

El respeto del acto propio requiere entonces de tres condiciones para que pueda ser aplicado:

a. Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz

(...) La conducta vinculante o primera conducta, debe ser jurídicamente eficaz; es el comportamiento tenido dentro de una situación jurídica que afecta a una esfera de intereses y en donde el sujeto emisor de la conducta, como el que la percibe son los mismos. Pero además, hay una conducta posterior, temporalmente hablando, por lo tanto, el sujeto emite dos conductas: una primera o anterior y otra posterior, que es la contradictoria con aquella.

b. El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción –atentatorio de la buena fe- existente entre ambas conductas.

La expresión pretensión contradictoria encierra distintos matices: por un lado, es la emisión de una nueva conducta o un nuevo acto, por otro lado, esta conducta importa ejercer una pretensión que en otro contexto es lícita, pero resulta inadmisibile por ser contradictoria con la primera. Pretensión, que es aquella conducta realizada con posterioridad a otra anterior y que esta dirigida a tener de otro sujeto un comportamiento determinado. Lo fundamental de la primera conducta es la confianza que suscita en los demás, en tanto que lo esencial de la pretensión contradictoria, es el objeto perseguido.

c. La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas.

Es necesario entonces que las personas o centros de interés que intervienen en ambas conductas -como emisor o como receptor- sean los mismos. Esto es que tratándose de sujetos físicamente distintos, ha de imputarse a un mismo centro de interés el acto precedente y la pretensión ulterior.⁸⁰

Para el Tribunal el pliego de la licitación pública constituye una expresión de la voluntad del DEPARTAMENTO, así como lo es la

⁸⁰ Expediente T-190164. Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero. 4 de mayo de 1999

propuesta presentada por la UT SIETT; también constituye una muestra de la voluntad la forma como las partes han venido cumpliendo las obligaciones contractuales, de tal suerte que no puede ni la administración ni el particular modificar unilateralmente los actos propios en desmedro de los intereses de la otra parte.

Para el Tribunal la interpretación y aplicación que ha hecho el DEPARTAMENTO de la estipulación referida a la remuneración de la UT SIETT, ha sido coherente con lo licitado y contratado, con lo cual ha generado en dicho concesionario el convencimiento que la liquidación de las compensaciones que ha recibido durante el tiempo de ejecución del contrato 101 de 2006 ha estado bien realizada, por lo cual en acatamiento al principio de la buena fe no puede ahora el DEPARTAMENTO modificar la conducta que ha observado durante casi 4 años en contra de los intereses de su contratista, pretender la aplicación diferente de una base de liquidación de las compensaciones y solicitar el reembolso de unas sumas supuestamente pagadas en exceso.

El derecho a través de teorías como la de los actos propios trata de preservar la buena fe y confianza que genera en la otra parte la conducta que ha desplegado la otra en el tiempo de ejecución contractual. Y es que la satisfacción de las cargas contractuales en el tiempo y modos debidos constituye uno de los pilares esenciales para la conservación de la ecuación contractual, de tal suerte que la modificación unilateral y repentina por una de las partes de una de tales cargas sin lugar a dudas la desequilibraría y, por ello, las partes deben abstenerse de introducir interpretaciones contrarias a las que ya han expuesto, o comportamientos diferentes a los que han mostrado, pues ello atenta contra el principio de la buena fe que debe observarse por los contratantes.

18.6.- Conclusión del Tribunal

Como se ha venido exponiendo a lo largo de este laudo, la Secretaría de Tránsito y Transporte de Cundinamarca durante la ejecución del contrato 101, al momento de dar las instrucciones al estructurador Data Tools para que, de conformidad con el contrato, procediera a liquidar y transferir a los destinatarios del valor de las multas los porcentajes legales y contractuales correspondientes, siempre tuvo presente cuál era el origen de dichas sanciones. Si eran impuestas por agentes de la Policía de Carreteras aplicaba la deducción del 45% para ese organismo, por interpretación sistemática de lo dispuesto en los artículos 10 y 159 del Código Nacional de Tránsito, con lo cual los ingresos operacionales disponibles del DEPARTAMENTO por concepto de multas se reducían al 18,3% y los ingresos del concesionario que ascendían al 60% de estos correspondían al 10,98% del total del valor recaudado de la multa. En caso de que la orden de comparendo fuera impuesta por Agentes de la Policía Nacional cuando

el organismo de tránsito había celebrado convenio con esa institución, la Gobernación no tenía en cuenta la deducción del 45% destinado al Polca y así los ingresos operacionales disponibles del DEPARTAMENTO se incrementaban al 63,3% y por ende igualmente los ingresos del concesionario UT SIETT se incrementaban al 37,98% del valor de la multa.

Y es que no puede admitirse interpretación distinta; cuando en el pliego de condiciones de la licitación se le informó a los interesados que para formular sus propuestas debían de tener en cuenta que su remuneración se calcularía sobre los ingresos operaciones disponibles del DEPARTAMENTO y en el del literal b) del numeral 2.13 se les advirtió que tales ingresos operacionales estaban afectados o comprometidos por los conceptos que se enlistaron, es de suponer que cuando se conjugaban o aplicaban todos los ítems obviamente los ingresos operacionales se reducirían al 18,3% del valor de la multa. Pero si por alguna circunstancia legal o contractual, dejara de aplicarse cualquiera de los ítems relacionados en el cuadro, los ingresos operacionales aumentarían y con ello también los del concesionario.

Por ejemplo, si por alguna circunstancia legal se eliminara la transferencia ordenada por ley a la Federación Nacional de Municipios con destino al SIMIT, pues ello incrementaría los ingresos operacionales disponibles. O si terminara el contrato con el otro concesionario Data Tools, esto también afectaría positivamente los ingresos operacionales disponibles. En el mismo sentido si el comparendo no fue impuesto por la Policía de Carreteras, no aplica la deducción del 45% denominada Polca y se incrementa la base de liquidación de las compensaciones.

Reitera el Tribunal que la deducción “Polca” es de origen legal y sólo aplica cuando se dan las circunstancias previstas en el Parágrafo Segundo del artículo 159 del Código Nacional de Tránsito que dispone:

“ARTÍCULO 159. CUMPLIMIENTO. (...).

PARÁGRAFO 2o. *Las multas serán de propiedad exclusiva de los organismos de tránsito donde se cometió la infracción de acuerdo con su jurisdicción. El monto de aquellas multas que sean impuestas sobre las vías nacionales, por parte del personal de la Policía Nacional adscrito a la Policía de carreteras, se distribuirá el 50% para el municipio donde se entregue el correspondiente comparendo y el 50% para apoyar la capacitación del personal de la policía de carreteras y los planes de educación y seguridad vial que adelanta esta Especialidad a lo largo de la Red Vial Nacional (subraya el Tribunal).*

Como puede deducirse, la transferencia que ordena la norma hacer a favor de la Policía de Carreteras, para los fines que allí se indican, sólo

procede cuando las multas “sean impuestas sobre las vías nacionales, por parte del personal de la Policía Nacional adscrito a la Policía de carreteras”. Este es el único evento que obliga a los organismos de tránsito a recaudar y transferir a la Policía de Carreteras el 45% del valor de las multas. De tal suerte que en los casos en que los comparendos se originan por la intervención de otra autoridad, no corresponde hacer la transferencia en mención a la Policía de Carreteras, con lo cual se incrementan los ingresos operacionales disponibles del DEPARTAMENTO.

El ordenamiento civil en artículo 1618 dispone que “*Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras*”. Por ello considera el Tribunal que si la intención de la entidad licitante hubiera sido la de remunerar al futuro concesionario, en todos los casos, solamente con el 60% del 18,3% del valor de las multas, eso hubieran dicho los pliegos y no fue así.

Por el contrario, el entendimiento de la estipulación contractual que ha exteriorizado el DEPARTAMENTO, al momento de dar instrucciones a Data Tools sobre la forma en que debe hacer los pagos, permite colegir cosa distinta a lo pretendido, pues siempre ha tenido en cuenta la autoridad que impuso el comparendo y, en los casos en que no ha intervenido la Policía de Carreteras no ha aplicado la deducción de que trata el parágrafo segundo del artículo 159 del Código Nacional de Tránsito, con lo cual la base sobre la que se liquida la compensación de la UT SIETT ha aumentado.

Si fuera procedente la interpretación que ahora pretende el DEPARTAMENTO introducir al contrato, en el sentido de que en todos los casos aplica la deducción denominada “*Polca*”, valdría la pena preguntarse, en el caso de que el comparendo lo imponga la Policía Nacional, cuál sería el destino que el DEPARTAMENTO le daría a los recursos correspondientes al 45% que se deducirían del valor de las multas si no hay ningún mandato legal que lo obligue a transferirlo a la Policía de Carreteras. La respuesta no puede ser otra que tales recursos pasarían a incrementar los ingresos operacionales disponibles, tal y como se previó en el literal b) de la cláusula 2.13 del pliego, que establece:

“b) *Porcentaje de compensación:*
(...)”

Para el cálculo de las compensaciones, el proponente, deberá tener en cuenta que el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA - SECRETARIA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE tiene comprometidos, en parte de sus ingresos operacionales, los porcentajes relacionados en el siguiente cuadro y, por tanto, estos porcentajes no pueden constituir base para la liquidación de las compensaciones del presente proceso, la cual se efectuará con base en los ingresos operacionales disponibles por todo concepto,

menos los relacionados en siguiente cuadro:
(...)” (subraya el Tribunal)

De acuerdo con la anterior cita, los ingresos operacionales disponibles del *DEPARTAMENTO de Cundinamarca - Secretaría de Tránsito y Transporte* están conformados por todos los ingresos que dicho ente percibe relacionados con el tema del control de la circulación de automotores, documentación de los mismos, recaudo por infracciones de tránsito, y demás actividades afines. Tales ingresos están afectados en parte por compromisos legales o contractuales, y una vez deducidos éstos, se obtiene la base sobre la cual se calcula la remuneración de la UT SIETT. Se reitera, si por alguna razón legal o contractual deja de ser obligatoria la aplicación de cualquiera de los ítems contenidos en el cuadro incorporado en el literal b) del numeral 2.13 de los pliegos de condiciones, los ingresos operacionales disponibles deben aumentarse y con ello la base sobre la que se liquida la compensación del concesionario en mención.

De conformidad con lo expuesto, considera el Tribunal que la liquidación de compensaciones del concesionario UT SIETT en los porcentajes que viene aplicando el DEPARTAMENTO de Cundinamarca, donde tiene en cuenta la autoridad que impone el comparendo origen de la multa para aplicar o no la deducción de POLCA, se encuentra ajustada a lo licitado por el DEPARTAMENTO y lo ofertado por el concesionario y, por ello, no se configura el pago de lo no debido invocado por la entidad reconviniendo, además dicha conducta ha sido constante e idéntica durante la ejecución contractual, y no existe causa legal o contractual que permita modificarla, por lo cual se negarán la pretensión primera declarativa de la demanda de reconvención y su consecuencial de condena.

19.- De las excepciones de mérito

Con el fin de desatar todos los extremos de la litis, y no obstante no haber prosperado las pretensiones de la demanda de reconvención, pasa el Tribunal a referirse a los mecanismos de defensa propuestos por el apoderado de la UT SIETT en la contestación de la demanda de reconvención, así:

“1. Excepción de improcedencia de efectuar la deducción del 50% sobre el valor de las multas por comparendos impuestos por la Policía Nacional (Policía de Tránsito Urbano) en la liquidación de las compensaciones correspondientes al CONCESIONARIO”. Esta excepción debe prosperar toda vez que, como quedó dicho, la transferencia del valor de las multas que el parágrafo segundo del artículo 159 del Código Nacional de Tránsito ordena hacer a la Policía de Carreteras sólo procede cuando interviene dicha autoridad.

2. *Excepción de creación de una obligación no contemplada en la ley y no prevista en el Pliego de Condiciones.* Esta excepción también prospera, puesto que la obligación para los organismos de tránsito de transferir el 50% de las multas a la Policía de Carreteras solo es exigible cuando el comparendo lo ha impuesto dicha autoridad, tal y como se reflejó en las consideraciones económicas de los pliegos de condiciones.

3. *Excepción de inexistencia de pago de lo no debido.* Esta excepción también habrá de declararse próspera, puesto que, como quedó visto, el pago de las compensaciones que se ha hecho a la UT SIETT, en los casos en que no interviene la Policía de Carreteras, se ajusta a lo licitado por el DEPARTAMENTO de Cundinamarca y lo ofertado por el CONCESIONARIO; la forma de hacer tales liquidaciones durante el tiempo de ejecución contractual corresponde a una conducta coherente de la Administración que no puede ahora modificar sin desconocer los actos propios.

4. *Improcedencia de una condena en contra del CONCESIONARIO.* Toda vez que no hay lugar a la declaratoria del pago de lo no debido que se pretendía en la pretensión primera de la demanda de reconvencción, la pretensión consecuencial de condena igualmente está llamada al fracaso y por ende también prospera la excepción en comento.

Finalmente, advierte el Tribunal no encontró probados hechos que constituyan excepciones que por ley deba reconocer oficiosamente.

20.- Costas

El Tribunal, con fundamento en los parágrafos 2º y 3º del artículo 75 de la ley 80 de 1993, 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, su entendimiento y aplicación por el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 18 de febrero de 1999⁸¹, al encontrar que la conducta procesal de ambas partes ha sido ética, diligente y transparente, se abstendrá de imponer condena en costas, porque su pertinencia en controversias contractuales está condicionada a una actuación temeraria o abusiva.

⁸¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 18 de febrero de 1999, Ponente, Ricardo Hoyos Duque, Expediente 10.775, anotando *“En la nueva regulación de las costas en el proceso administrativo no basta entonces que la parte sea vencida, toda vez que se requiere una valoración de la conducta observada por ella en el proceso (...) Es claro que el legislador no ha querido en este caso aplicar un criterio absoluto para determinar a cargo de quién están las costas del proceso y por lo tanto, no es la ausencia de razón en la pretensión u oposición lo que hace sujeto de la sanción a la parte sino su conducta abusiva que implique un desgaste innecesario para la administración y para la parte vencedora”*

C. PARTE RESOLUTIVA

Con fundamento en los antecedentes y consideraciones antes expuestos el Tribunal de Arbitramento instalado para decidir en derecho las diferencias entre **DISMACOR S.A., DIAGNOSTICENTROS ESTACIÓN DE SERVICIOS LA POPA & COMPAÑÍA LTDA. DIAPOPA LTDA.** y **JAIME HERNANDO LAFAURIE VEGA**, quienes integran la **UNIÓN TEMPORAL SERVICIOS INTEGRADOS Y ESPECIALIZADOS DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE DE CUNDINAMARCA, UT SIETT CUNDINAMARCA**, de una parte, y **EL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA**, de la otra, administrando justicia por habilitación de las partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar impróspera la tacha de sospecha del testimonio del señor Juan Carlos Saldarriaga Gaviria, formulada por la parte Convocante.

SEGUNDO: Declarar no probadas las objeciones por error grave formuladas por la parte Convocada contra el dictamen pericial rendido por el doctor Eduardo Villate Bonilla.

TERCERO: Declarar probadas las excepciones de mérito propuestas por el **DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA** contra la demanda principal denominadas **i) “Inexistencia de incumplimiento contractual por parte del DEPARTAMENTO de la obligación de liquidación y transferencia de los porcentajes de participación establecidos como remuneración de los concesionarios del servicio de tránsito”; ii) “Inexistencia de incumplimiento contractual por la no aprobación de las inversiones efectuadas por el contratista”; y iii) “Inexistencia de modificación de las condiciones contractuales respecto de la facultad de administrar y operar la inscripción y modificación en el registro nacional automotor”.**

CUARTO: Negar las demás excepciones de mérito propuestas por el **DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA** contra la demanda principal.

QUINTO: Declarar que el **DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA** ha incumplido el Contrato de Concesión 101 de 2006 por las siguientes razones: **i) no reconocer ni pagar al CONCESIONARIO desde el mes de marzo de 2008 los ingresos por concepto de escuelas de conducción; ii) no abonar al CONCESIONARIO, dentro de la oportunidad contractualmente prevista para ello, las compensaciones resultantes de las transferencias efectuadas por concepto de recaudo externo de las multas por infracciones de tránsito a través de la Federación Nacional de Municipios (Programa SIMIT); iii) no reconocer**

al CONCESIONARIO los intereses de mora causados como consecuencia de no transferir en forma diaria las compensaciones que le corresponden, en los períodos comprendidos entre el 23 y el 30 de abril de 2006 y julio y agosto de 2007; **iv)** no reembolsar al CONCESIONARIO los valores en que éste ha incurrido por gastos de impulso en los procesos de jurisdicción coactiva; **v)** no gestionar ni devolver los dineros correspondientes a los saldos a favor del CONCESIONARIO por concepto de multas por infracciones de tránsito, cuando las mismas se han incorporado y recaudado erróneamente como impuestos por la Policía de Carreteras, en el período comprendido entre septiembre de 2006 a julio de 2009; y **vi)** no incrementar para el año 2009 con el IPC correspondiente las tarifas o derechos de trámites de tránsito.

SEXTO: Condenar al **DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA** a pagar, a la ejecutoria de este Laudo, a **DISMACOR S.A., DIAGNOSTICENTROS ESTACIÓN DE SERVICIOS LA POPA & COMPAÑÍA LTDA. DIAPOPA LTDA.** y **JAIME HERNANDO LAFAURIE VEGA**, integrantes de la **UT SIETT CUNDINAMARCA**, las siguientes sumas de dinero:

1. **TREINTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA MIL CIENTO OCHENTA Y SEIS PESOS CON DOS CENTAVOS (\$33.290.186,02)**, correspondiente a la participación contractual del CONCESIONARIO por el concepto denominado escuelas de conducción. Dicho valor deberá ser actualizado hasta la fecha de pago, y según el dictamen pericial a 30 de junio de 2010 asciende a **TREINTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS CON CINCO CENTAVOS (\$34.845.833,05)**.
2. **CIENTO NUEVE MILLONES SETECIENTOS NUEVE MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS CON VEINTISÉIS CENTAVOS (\$109.709.845,26)**, que resultan de la diferencia entre la suma de los valores registrados en las actas de liquidación por concepto de participación del CONCESIONARIO en el recaudo externo de multas por infracciones de tránsito a través del SIMIT y lo que efectivamente se le ha transferido.
3. **SIETE MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS CON SESENTA Y CUATRO CENTAVOS (\$7.375.382,64)**, correspondiente a los intereses moratorios liquidados a 30 de junio de 2010 por el pago extemporáneo de las compensaciones contractuales del CONCESIONARIO en el recaudo externo de multas por infracciones de tránsito a través del SIMIT, en el período comprendido entre el 23 y el 30 de abril de 2006.

4. **VEINTICUATRO MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL CIENTO OCHENTA Y NUEVE PESOS CON SIETE CENTAVOS (\$24.859,189,07)** correspondiente a los intereses moratorios liquidados a 30 de junio de 2010 por el pago extemporáneo de las compensaciones contractuales del CONCESIONARIO en el recaudo externo de multas por infracciones de tránsito a través del SIMIT, en el período comprendido entre julio y agosto de 2007.
5. **VEINTISÉIS MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL CIENTO ONCE PESOS CON SETENTA CENTAVOS (\$26.359.111,70)** correspondiente a los saldos de las compensaciones del CONCESIONARIO registradas y liquidadas erróneamente como impuestas por la Policía de Carreteras.
6. **TREINTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS MIL OCHOCIENTOS PESOS (\$38.600.800,00)** correspondiente al saldo de los gastos procesales que aún se adeuda al CONCESIONARIO, más los intereses moratorios causados por su reembolso tardío, los cuales a 30 de junio de 2010 ascienden a **SETENTA MILLONES CUATROCIENTOS OCHO MIL QUINIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS CON OCHENTA Y CUATRO CENTAVOS (\$70.408.569,84)**.

Las condenas antes impuestas causarán intereses comerciales moratorios a partir de la ejecutoria de este Laudo, en los términos del artículo 177 del C.C.A.

SÉPTIMO: Negar las demás pretensiones declarativas y de condena formuladas en la demanda arbitral por **DISMACOR S.A., DIAGNOSTICENTROS ESTACIÓN DE SERVICIOS LA POPA & COMPAÑÍA LTDA. DIAPOPA LTDA. y JAIME HERNANDO LAFAURIE VEGA**, integrantes de la **UT SIETT CUNDINAMARCA**, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

OCTAVO: Declarar probadas las excepciones de mérito formuladas por la **UT SIETT CUNDINAMARCA** contra la demanda de reconvenición denominadas: **i) “Excepción de improcedencia de efectuar la deducción del 50% sobre el valor de las multas por comparendos impuestos por la Policía Nacional (Policía de Tránsito Urbano) en la liquidación de las compensaciones correspondientes al CONCESIONARIO”, ii) “Excepción de creación de una obligación no contemplada en la ley y no prevista en el Pliego de Condiciones”, iii) “Excepción de inexistencia de pago de lo no debido”, y iv) “Improcedencia de una condena en contra del CONCESIONARIO”.**

NOVENO: Negar todas las pretensiones de la demanda de reconvencción formulada por el **DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA** en contra de los integrantes de la **UT SIETT CUNDINAMARCA** por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

DÉCIMO: Sin costas en el presente trámite por lo expuesto en la parte motiva.

DÉCIMO PRIMERO: Ordenar la expedición por Secretaría de copia auténtica e íntegra de esta providencia con destino a cada una de las partes. La copia del Laudo que se entregue a la **UT SIETT CUNDINAMARCA** deberá llevar la constancia de ser la primera y de prestar mérito ejecutivo (artículo 115, num. 2º C. de P.C.).

DÉCIMO SEGUNDO: Para los efectos legales pertinentes, por Secretaría comuníquese la presente decisión a la Procuraduría General de la Nación, mediante el envío de copia del presente Laudo.

DÉCIMO TERCERO: Ordenar la entrega por Secretaría de copia de esta providencia al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, para lo de su cargo.

DÉCIMO CUARTO: Ordenar la protocolización del expediente contentivo de este Laudo en una Notaría de esta ciudad, una vez adquiriera firmeza esta decisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

FLORENCIA LOZANO REVÉIZ
Presidente

HERNANDO HERRERA MERCADO
Árbitro

CARLOS GUSTAVO ARRIETA PADILLA
Árbitro

LAURA BARRIOS MORALES
Secretaria

TABLA DE CONTENIDO

A. ANTECEDENTES	1
1. El Contrato origen de las controversias.	1
2. El Pacto Arbitral.	1
3. El trámite del proceso arbitral.	2
4. Término de duración del proceso.	5
5. Presupuestos Procesales.	6
6. Partes Procesales.	7
7. Apoderados judiciales.	8
8. Pretensiones de la demanda:	8
9. Hechos de la demanda:	12
10. Excepciones de mérito formuladas contra la demanda:	12
11. Pretensiones de la demanda de reconvenición:	12
12. Hechos de la demanda de reconvenición:	13
13. Excepciones de mérito formuladas contra la demanda de reconvenición:	13
B. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL	14
1.- De la objeción al dictamen pericial	14
2.- De la tacha de un testigo.	19
3.- La demanda principal.	21
4.- Naturaleza jurídica del Contrato de Concesión No. 101 de 2006 y régimen jurídico aplicable.	22
5.- Las estipulaciones contractuales.	25
6.- Del restablecimiento del equilibrio económico del Contrato de Concesión 101 de 2006.	26
7.- El incumplimiento contractual del DEPARTAMENTO por la indebida liquidación y transferencia de las compensaciones derivadas del recaudo de multas por infracciones de tránsito.	30
7.1.- Controversias relativas a la forma como se hace la liquidación de las compensaciones del Concesionario en el recaudo de multas por infracciones de tránsito (pretensión 1.1.1.).	31
7.1.1.- La demanda.	31
7.1.2.- La contestación de la demanda.	36
7.1.3.- Medios de prueba.	38
7.1.4.- Alegatos de conclusión.	38
7.1.5.- Lo que el Tribunal considera probado.	39
7.1.6.- Consideraciones.	40
7.1.6.1.- La cuestión a decidir:	40
7.1.6.2.- Del impacto de las disposiciones del Código Nacional de Tránsito Terrestre en el Contrato 101 de 2006.	42
7.1.6.3.- La remuneración del Concesionario en el Contrato 101 de 2006.	46
7.1.6.4.- La remuneración del proponente en la Licitación Pública SGL-006 de 2005.	47
7.1.6.5.- Las repercusiones de la remuneración del Concesionario Data Tools S.A. en el Contrato 101 de 2006.	51
7.1.6.6.- Conclusión.	53
7.2.- De la conducta contradictoria del Departamento al dar instrucciones para liquidar las compensaciones del Concesionario (pretensión 1.1.2.)	65
7.3.- Del incumplimiento del Departamento por no reconocer y pagar al Concesionario las compensaciones que le corresponden (pretensión 1.2.1.)	69
8.- Pago al concesionario de los ingresos por concepto de escuelas de conducción.	70
8.1.- La demanda.	70
8.2.- La Contestación de la demanda.	72
8.3.- Medios de prueba.	73
8.4.- Alegatos de conclusión.	73
8.5.- Lo que el Tribunal considera probado.	74
8.6.- Consideraciones.	74
8.7.- Decisión.	79
9.- Pago de sumas dejadas de transferir por recaudo externo de la Federación Nacional de Municipios (Programa SIMIT)	79
9.1.- La demanda.	79
9.2.- La Contestación de la demanda.	80
9.3.- Medios de prueba.	80
9.4.- Alegatos de conclusión.	81
9.5.- Lo que el Tribunal considera probado.	81

9.6.- Consideraciones.....	82
9.7.- Decisión.....	84
10.- Incumplimiento relativo al no reconocimiento y pago de intereses moratorios derivados del pago extemporáneo de las participaciones.....	84
10.1.- La demanda.....	84
10.2.- La Contestación de la demanda.....	85
10.3.- Medios de prueba.....	85
10.4.- Alegatos de conclusión.....	85
10.5.- Hechos que el Tribunal considera probado.....	86
10.6.- Consideraciones.....	86
10.7.- Decisión.....	87
11.- Los incumplimientos relativos a la incorporación y recaudo erróneo de las multas.....	88
12.- Los incumplimientos relativos a los reembolsos por gastos de impulso procesal y otros.....	90
12.1.- La demanda.....	90
12.2.- La contestación de la demanda.....	91
12.3.- Medios de prueba.....	92
12.4.- Alegatos de conclusión.....	93
12.5.- Lo que el Tribunal considera probado.....	94
12.6.- Consideraciones.....	95
12.7.- Decisión.....	100
13.- Modificación por el DEPARTAMENTO de la responsabilidad contractual del CONCESIONARIO de administrar y operar la inscripción y modificación en el Registro Nacional Automotor.....	100
13.1.- La demanda.....	100
13.2.- La contestación de la demanda.....	102
13.3.- Medios de prueba.....	103
13.4.- Alegatos de conclusión.....	103
13.5.- Lo que el Tribunal considera probado.....	103
13.6.- Consideraciones.....	104
13.7.- Decisión.....	108
14.- Incumplimiento del Protocolo de desarrollo de los aspectos económicos del contrato, por la modificación de la Interventoría al procedimiento de aceptación de las inversiones realizadas por el concesionario.....	109
14.1.- La demanda.....	109
14.2.- La contestación de la demanda.....	110
14.3.- Medios de prueba.....	111
14.4.- Alegatos de conclusión.....	112
14.5.- Lo que el Tribunal considera probado.....	112
14.6.- Consideraciones.....	113
14.7.- Decisión.....	115
15.- Incumplimiento del numeral 5.7.2. del Pliego de Condiciones, por no incrementar las tasas por prestación de servicios, de acuerdo al IPC certificado por el DANE.....	115
15.1.- La demanda.....	115
15.2.- La contestación de la demanda.....	117
15.3.- Medios de prueba.....	117
15.4.- Alegatos de conclusión.....	117
15.5.- Lo que el Tribunal considera probado.....	117
15.6.- Consideraciones.....	118
15.7.- Decisión.....	119
16.- Del resarcimiento del desequilibrio económico del contrato.....	120
17.- De las excepciones perentorias:.....	121
18.- La Demanda de Reconvención.....	122
18.1.- Contestación a la demanda de reconvención.....	126
18.2.- La cuestión a decidir.....	126
18.3.- El pago de lo no debido.....	127
18.4.- Examen del acervo probatorio.....	128
18.5.- El respeto por los actos propios.....	135
18.6.- Conclusión del Tribunal.....	138
19.- De las excepciones de mérito.....	141
20.- Costas.....	142
C. PARTE RESOLUTIVA.....	143