

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ARBITRAL

PROMASIVO S.A.

CONTRA

MEGABÚS S.A.

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil dieciséis (2016).

Agotado el trámite legal y estando dentro de la oportunidad para el efecto, procede este Tribunal Arbitral a proferir en derecho el laudo que resuelve las diferencias planteadas por PROMASIVO S.A., hoy en Liquidación Judicial (en adelante también “PROMASIVO”) contra MEGABÚS S.A. (en adelante también “MEGABÚS”).

I. ANTECEDENTES

1. Las controversias

Las controversias que se deciden mediante este laudo se originan en el Contrato de Concesión No. 1 suscrito entre MEGABÚS y PROMASIVO el 22 de julio de 2004 (folios 12 y siguientes del cuaderno de pruebas No. 3).

2. Las partes del proceso

La parte convocante y demandante dentro del presente trámite es PROMASIVO, sociedad comercial, legalmente existente y con domicilio en Pereira, hoy en Liquidación Judicial.

La parte convocada y demandada es MEGABÚS S.A., sociedad por acciones entre entidades públicas, legalmente existente, sujeta al régimen de empresa industrial y comercial del Estado, del orden municipal, autorizada mediante Acuerdo Metropolitano No. 002 del 25 de febrero de 2003 de la Junta Metropolitana Centro Oriente, con personería administrativa y capital independiente, titular del Sistema Megabús que constituye su objeto social principal al amparo del artículo 2 de la Ley 310 de 1996, constituida mediante escritura pública No. 1994 del 19 de agosto de 2003 de la Notaría Sexta de Pereira y con domicilio en Pereira.

3. El pacto arbitral

En la cláusula 116 del Contrato de Concesión No. 1 del 22 de julio de 2004 las partes acordaron un trámite de arreglo directo para intentar solucionar sus controversias *“dentro de un plazo de un (1) mes contado a partir de la notificación de la controversia hecho por la parte interesada”*. A su vez, en la cláusula 117 señalaron que *“Las partes estarán obligadas a recurrir a la conciliación para intentar lograr un acuerdo amigable respecto de las diferencias que no hubieran podido ser solucionadas...”* previendo que *“Para el efecto, la parte que envió la primera comunicación de acuerdo con la cláusula anterior, solicitará a la Cámara de Comercio de Pereira que designe un conciliador”*.

No obstante, como lo pone de presente la parte convocante y según jurisprudencia del Consejo de Estado, las partes no están facultadas para fijar, crear o convenir requisitos de procedibilidad que sólo pueden establecerse por vía legal. En abono de lo anterior, el artículo 13 del Código General del Proceso señala que *“Las estipulaciones de las partes que establezcan el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia no son de obligatoria observancia. El acceso a la justicia sin haberse agotado dichos requisitos convencionales, no constituirá incumplimiento del negocio jurídico en donde ellas se hubiesen establecido, ni impedirá al operador de justicia tramitar la correspondiente demanda”*.

En cualquier caso resulta claro que un arreglo directo entre las partes no fue ni ha sido posible dentro del tiempo superior a los ocho meses transcurridos desde la presentación de la demanda y que tampoco lo fue la conciliación prevista al interior del trámite arbitral por falta de ánimo conciliatorio de la parte convocada.

En estas condiciones resulta legítimo que la convocante acudiera al arbitraje con apoyo en el pacto arbitral acordado por las partes en la cláusula 118 del Contrato de Concesión No. 1 del 22 de julio de 2004, cuyo texto es el siguiente:

“Si agotadas las etapas indicadas en los puntos anteriores de la presente Cláusula, las partes no han resuelto el conflicto o la controversia correspondiente, ésta será resuelta por un Tribunal de Arbitramento que funcionará en la ciudad de Bogotá, proferirá un fallo en derecho y se sujetara en su funcionamiento y tarifas al Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá. El número de árbitros que integran el Tribunal será de tres (3), salvo en el caso en que la cuantía del proceso sea inferior al equivalente a 400 salarios mínimos legales mensuales vigentes, evento en el cual el Tribunal estará integrado por un árbitro único. El, o los árbitros que integren el Tribunal serán abogados en ejercicio en Colombia, y se designaran por las partes de común acuerdo y, a falta de este, por la Junta Directiva de la Cámara de Comercio de Bogotá, de las listas que al efecto tiene integradas esa institución”.

Advierte el Tribunal que las partes no discuten la existencia misma del contrato, con independencia de sus diferencias relativas a su ejecución y cumplimiento, aspectos sobre los que, precisamente, versa el litigio sometido a conocimiento del panel arbitral.

4. El trámite del proceso

1) El día 9 de noviembre de 2015 PROMASIVO solicitó la convocatoria de este Tribunal Arbitral y formuló demanda contra MEGABÚS ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

- 2) En cumplimiento de lo dispuesto en el pacto arbitral los árbitros fueron nombrados mediante sorteo público por la Cámara de Comercio de Bogotá.
- 3) El día 1º de marzo de 2016 tuvo lugar la audiencia de instalación en la cual, mediante Auto No. 1, el Tribunal admitió la demanda y de ella ordenó correr traslado a MEGABÚS, quien se notificó ese mismo día. Por su parte, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y el Ministerio Público fueron notificados el 9 de marzo siguiente.
- 4) Con escrito radicado el día 17 de mayo de 2016 MEGABÚS dio respuesta a la demanda, en la cual se opuso a la prosperidad de las pretensiones y formuló excepciones de mérito.
- 5) De dicho escrito se corrió traslado a la parte demandante mediante fijación en lista del día 24 de mayo de 2016, quien se pronunció con escrito del 1º de junio siguiente.
- 6) El día 27 de junio de 2016 la parte convocante reformó su demanda, la cual fue admitida por Auto No. 6 de ese mismo día y notificado a la parte convocante en la misma fecha. La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y el Ministerio Público fueron notificados el día 29 de junio siguiente. La mencionada reforma fue contestada por la parte demandada el 15 de julio del presente año.
- 7) De las excepciones de mérito formuladas contra la mencionada reforma se corrió traslado a la parte convocante el 18 de julio de 2016, quien se pronunció mediante escrito radicado el día 26 del mismo mes y año.
- 8) En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 24 de la Ley 1563 de 2012 el Tribunal citó a las partes a audiencia de conciliación, la cual tuvo lugar el día 27 de junio de 2016 sin lograrse acuerdo alguno.
- 9) Por Auto No. 8 del mismo 27 de junio de 2016 el Tribunal señaló las sumas a cargo de las partes por concepto de gastos y honorarios. Dentro del

plazo legal la sociedad LÓPEZ BEDOYA Y ASOCIADOS & CIA. S. en C. por cuenta de la parte convocante efectuó la consignación de los costos del proceso que le correspondían a ésta, según lo dispuesto en Auto No. 8 del pasado 27 de junio, así como la que estaba a cargo de la convocada, quien no cumplió con su carga y al respecto el Tribunal consideró que el pago efectuado por un tercero fue conforme a lo dispuesto en el Código Civil.

10) La primera audiencia de trámite tuvo lugar el día 29 de julio de 2016, oportunidad en la cual, mediante Auto No. 9, confirmado por Auto No. 10, el Tribunal asumió competencia para conocer y decidir las controversias surgidas entre las partes. En esa misma audiencia el Tribunal, por Auto No. 12, decretó pruebas del proceso.

11) Entre el 11 de agosto y el 16 de septiembre de 2016 se instruyó el proceso y por Auto No. 19 de esta última fecha se dio por concluida la etapa probatoria.

12) El día 6 de octubre del presente año tuvo lugar la audiencia de alegatos, en la cual los apoderados de las partes expusieron los argumentos que consideraron del caso y al final de sus intervenciones presentaron sendos resúmenes escritos de lo alegado, los cuales se agregaron al expediente. Igualmente en dicha oportunidad el agente del Ministerio Público rindió su concepto oral y presentó su versión escrita.

13) El presente proceso se tramitó en once (11) audiencias, en las cuales el Tribunal se instaló y admitió la demanda; integró el contradictorio y surtió los respectivos traslados; asumió competencia; decretó y practicó pruebas; intentó la conciliación, resolvió varias solicitudes de las partes; recibió las alegaciones finales y el concepto del Ministerio Público; y ahora profiere el fallo que pone fin al proceso.

14) Corresponde al Tribunal mediante el presente laudo, decidir en derecho las controversias planteadas, lo cual hace en tiempo oportuno. En efecto, como la primera audiencia de trámite tuvo lugar el 29 de julio de 2016, el plazo legal

para fallar, establecido en seis (6) meses, vence el 29 de enero de 2017, de manera que se profiere en tiempo oportuno.

5. Las pretensiones de la demanda

En la reforma integrada de la demanda PROMASIVO elevó al Tribunal las siguientes pretensiones:

DECLARATIVA:

Relativa al incumplimiento de los Principios del Marco Económico del Contrato.

1. Que se declare que el Sistema Megabús no fue permanentemente **autónomo en sus flujos**, llevándolo a ser deficitario en su Fase de Operación Plena, hecho con el cual se vulneró, el postulado del numeral 60.1 de la Cláusula 60 del Contrato de Concesión No.1 de 2004.

2. Que se declare que las tarifas usuario del Sistema Megabús, en la Fase de Operación Plena, **no reflejaron en todo momento los egresos básicos** del Sistema, trasgrediendo el postulado del numeral 60.1 de la Cláusula 60 del Contrato de Concesión No.1 de 2004.

3. Que como consecuencia de las anteriores Pretensiones, se declare que **MEGABÚS** incumplió con su obligación, como Ente Gestor del Sistema Megabús, de velar por la Autosostenibilidad del Sistema en el tiempo, quebrantando lo preceptuado en el numeral 60.1 de la Cláusula 60 del Contrato de Concesión No.1 de 2004.

4. Que en aplicación del Marco Económico del Contrato se declare que **MEGABÚS** debió dar cumplimiento al Principio de Autosostenibilidad del Sistema Megabús en el Tiempo, con antelación al principio de Costeabilidad de la Tarifa al Usuario, de acuerdo con lo indicado el numeral 60.3 de la Cláusula 60 del Contrato de Concesión No.1 de 2004.

Relativas al no pago del 100% de la participación económica liquidada.

5. Que se declare que **MEGABÚS** incumplió con el pago del 100% de la participación económica liquidada a que tiene derecho **PROMASIVO** por los servicios prestados en la Operación Troncal y Alimentadora del Sistema Megabús, durante la Fase de Operación Plena, contraviniendo lo establecido en el numeral 8.1 de la Cláusula 8 y en el literal a), numeral 62.4 de la Cláusula 62 del Contrato de Concesión No .1 de 2004.

Relativas al ajuste de la Tarifa Usuario no coincidente con las formulas tarifarias del Contrato.

6. Que se declare, que en el Sistema Megabús, durante la Fase de Operación Plena, **no se materializo el ajuste de la tarifa usuario**, en los

términos indicados en el numeral 61.4 de la Cláusula 61 en concordancia con el numeral 63,1 de la Cláusula 63 del Contrato de Concesión No.1 de 2004.

7. Que se declare, que **MEGABÚS no solicitó el ajuste de la Tarifa Usuario** de conformidad con el Convenio Interadministrativo de Operación firmado entre **MEGABÚS** y el **AMCO**, vulnerando lo acordado en el numeral 63.3 de la Cláusula 63 del Contrato de Concesión No.1 de 2004.

8. De conformidad con lo preceptuado en el literal (a), numeral 13.2 de la Cláusula 13 del Contrato de Concesión No.1 de 2004, se declare que **MEGABÚS** está en la obligación contractual de asumir la contingencia, que generó el detrimento en los ingresos del Sistema Megabús, por la no actualización de las Tarifas Usuario coincidente con la aplicación de las formulas tarifarias del Contrato de Concesión No.1 de 2004.

Relativas al incumplimiento de reestructuración de rutas para la Operación Alimentadora- Exclusividad – Derechos de Paso

9. Que se declare que como consecuencia del incumplimiento a los derechos de paso, **MEGABÚS** vulneró la exclusividad señalada en el literal b) numeral 2.1 de la cláusula 2 del contrato de concesión No 1 de 2004, independientemente del origen y destino que tuvieran las rutas de los dos sistemas de transporte.

10. Que se declare que **MEGABÚS** incumplió el literal (b) del numeral 11.7 de la Cláusula 11 al permitir otorgar rutas del Servicio Público de Transporte Colectivo paralelas a las rutas del Sistema de Transporte Masivo, transgrediendo las condiciones de exclusividad estipuladas en el Contrato de Concesión No. 1 de 2004, e igualmente **MEGABÚS** omitió las **acciones jurídicas** pertinentes ante la autoridad correspondiente, con arreglo a lo acordado en el Convenio Interadministrativo de Operación suscrito con la Autoridad de Transporte.

11. Que se declare que las rutas del Sistema de Transporte Público Colectivo, realizaron tránsito paralelo a las rutas alimentadoras de la Cuenca Cuba, al circular por más de 1000 metros en los mismos trayectos, transgrediendo así lo establecido para el derecho de paso en el literal a), numeral 41.3 de la cláusula 41 del contrato de concesión No 1 de 2004.

Relativas a pasajeros estimados para la estructuración del Sistema Megabús vs los realmente movilizadas en la Operación Alimentadora de la Cuenca Cuba.

12. Que se declare que de acuerdo con el Estudio de la Corporación Financiera del Valle S.A. – **CORFIVALLE**, presentado en noviembre de 2002, la demanda de pasajeros **estimados** para la operación alimentadora de la Cuenca Cuba del Sistema Megabús, correspondía a 47.820 pasajeros pagos por día.

13. Que se declare que de acuerdo con las liquidaciones realizadas por **MEGABÚS**, durante el período comprendido entre agosto de 2008 y agosto de 2014- Fase De Operación Plena, el máximo de pasajeros/pagos/día

efectivamente transportados en la operación alimentadora de la Cuenca Cuba, no superó los 28.000.

14. Que se declare que conforme a lo estipulado en el literal a), Numeral 13.1, Cláusula 13 del Contrato de Concesión No.1 de 2004, el riesgo asumido por **PROMASIVO** no se materializó, por lo que no es exigible legalmente a **PROMASIVO**.

15. Que en virtud de lo anterior, se declare que el riesgo de disminución o aumento de pasajeros en el sistema, debe ser asumido por **MEGABÚS**, por cuanto la determinación de la necesidad que por ley le asiste a Megabús lleva implícita la estimación de pasajeros.

Relativa al incumplimiento en la entrega de la Infraestructura

16. Que se declare que **MEGABÚS** incumplió con la entrega de la infraestructura, Terminal Dosquebradas y Estación San Fernando, vulnerando los numerales 11.1 y 11.3 del Contrato de Concesión No.1 de 2004, así como el literal b del numeral 5.1 y numeral 5.3 de la Cláusula 5 del Otrosí No. 4 del 18 de agosto de 2006 del citado Contrato de Concesión.

17. Que se declare que **MEGABÚS**, de conformidad con lo estipulado en la cláusula 13.2 del Contrato de Concesión No. 01 de 2004, tiene la obligación contractual de soportar la contingencia que consiste en el detrimento que han sufrido los ingresos del Sistema Megabús y particularmente los ingresos de **PROMASIVO**, que se han generado por la no actualización de las tarifas del Servicio Público de Transporte Masivo, de conformidad con las formulas tarifarias previstas en el contrato.

CONDENA:

1. Que como consecuencia de la declaración número 5, se condene a **MEGABÚS** a reconocer y pagar a favor de **PROMASIVO**, la suma de **SETENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y DOS MILLONES CIENTO DIECIOCHO MIL SETECIENTOS CUARENTA Y UN PESOS MONEDA LEGAL (\$75,942,118,741)**, o aquella que resultará probada, de acuerdo con la siguiente liquidación:

Valor participación económica no pagada - Valor histórico	\$35.081.589.326
Valor participación económica no pagada - indexada	\$42.542.522.794
Intereses de Mora	\$33.399.595.947
Valor Total participación económica liquidada no pagada, indexada y con intereses de mora	\$75.942.118.741

2. Que como consecuencia de la declaración número 5, se condene a **MEGABÚS** a reconocer y a pagar a favor de **PROMASIVO**, la suma de **QUINCE MIL NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL CIENTO OCHENTA Y CINCO PESOS MONEDA LEGAL**

(\$15,009,458,185) o aquella que resultare probada, correspondiente al valor total de los pasivos a enero de 2015, dejados de cancelar por el no pago del 100% de la participación económica a que tiene derecho la Convocante, por los servicios prestados al Sistema Megabús de agosto de 2008 a agosto de 2014.

3. *Que como consecuencia de la declaración número 8, se condene a **MEGABÚS** a reconocer y pagar a favor de **PROMASIVO**, la suma de **CINCUENTA Y DOS MIL CIENTO CINCUENTA Y CUATRO MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS MONEDA LEGAL (\$52,154,687,467)**, o aquella que resultare probada, por concepto de la utilidad esperada por la prestación del servicio en las condiciones pactadas, las cuales no se dieron por el incumplimiento de **MEGABÚS**.*

4. *Que como consecuencia de las declaraciones números 4 y 8, se condene a **MEGABÚS**, a reconocer y pagar a favor de **PROMASIVO** la suma **MIL CIENTO CINCUENTA MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS OCHENTA PESOS MONEDA LEGAL, (\$1,150,286,280)** o aquella que resultare probada, en razón a que, a pesar de conocer la no autosostenibilidad y el detrimento en los ingresos totales del Sistema Megabús, actuó en forma irregular y arbitraria al imponer a **PROMASIVO** multas, desconociendo que las mismas fueron originadas por los reiterados incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo del propio **MEGABÚS**.*

5. *Que, de acuerdo con la valoración efectuada por ese H. Tribunal, se condene a la convocada **MEGABÚS** a pagar, conforme a derecho, las costas judiciales del proceso a que haya lugar.*

6. Los hechos de la demanda

El marco fáctico de la controversia plasmado en la demanda puede sintetizarse así:

1) Como Ente Gestor del sistema MEGABÚS determinó la necesidad para adelantar el proceso contractual para la prestación del Servicio Público de Transporte Masivo de Pasajeros en la Cuenca Cuba y posteriormente lo adjudicó a PROMASIVO. Sin embargo omitió adelantar el estudio de conveniencia y oportunidad a que estaba obligado.

2) En 1998 se obtuvieron por medio del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo – PNUD –recursos para la contratación del estudio del diseño conceptual del Sistema Integrado de Transporte Masivo para el Área

Metropolitana de Pereira, Dosquebradas y La Virginia, el cual fue elaborado por la Unión Temporal Systra - GGT – TTC y presenta una propuesta sobre cómo podría construirse el sistema, presentando recomendaciones sobre las acciones necesarias para su efectividad. Posteriormente la Universidad Nacional de Colombia realizó un estudio en relación a los estudios previos del Sistema Megabus. Otro estudio fue realizado por Corfivalle que sirvió como soporte para la estructuración del Pliego de Condiciones.

3) PROMASIVO cumplió con la obligación impuesta por la Concedente en relación con el pago de los estudios adelantados por Corfivalle y con la entrega de la flota acordada, pero MEGABÚS no cumplió con la entrega de la infraestructura, por lo que debió cambiar la programación inicialmente acordada y en general incumplió la obligación que gira en la conmutabilidad de las obligaciones adquiridas.

4) PROMASIVO cumplió con su obligación referida a la adquisición y vinculación de la flota troncal y alimentadora al sistema, la cual obedeció a la determinación de la necesidad una vez fue identificado el número de pasajeros que movilizaría el sistema. A su vez, consciente de las necesidades del sistema y de sus obligaciones, adicionalmente a la flota inicial de 60 alimentadores y 30 articulados PROMASIVO entregó otros 7 alimentadores, para un total de 67 alimentadores y 30 articulados.

5) PROMASIVO se vió afectada financieramente por el no pago de la participación económica a que tiene derecho por los servicios prestados y liquidados por MEGABÚS, toda vez que la canasta de costos con la cual se calcula contiene el rubro de la recuperación de la inversión, lo que llevó a aquella a refinanciar sus créditos, lo que a su vez implicó el aumento de sus pasivos, que se incrementaron en la misma proporción que aumentaba el no pago por parte de MEGABÚS de dicha participación.

6) En su afán de dar solución a la situación presentada con el estado de sus vehículos, de forma diligente PROMASIVO elevó solicitud ante MEGABÚS para realizar la compra de una flota de 15 articulados y 60 alimentadores, la cual fue negada por MEGABÚS pero, de manera contradictoria, requería que

en el término de 20 días calendario se repararan 17 articulados y 6 alimentadores, so pena de ser retirados definitivamente del servicio.

7) Al iniciar la Fase o de Operación Plena en año 2008 tanto la Administración como la junta Directiva de MEGABÚS discutieron el estado deficitario de la operación causado por la no reestructuración de rutas, ocasionando la insostenibilidad del Sistema y la pérdida de pasajeros.

8) PROMASIVO cumplió con un Índice de Regularidad constante del 96%, dentro de los parámetros establecidos por la Concedente para la Operación Troncal durante el lapso comprendido entre 2007 y 2012 y con la Operación Alimentadora durante los años 2007 a 2013, con un Índice del 99%. Pese a que MEGABÚS no cumplió con el pago de la participación económica a que tenía derecho por la prestación del servicio, PROMASIVO no mostró Indicadores de Regularidad durante un período trimestral inferiores respecto del Operador de Transporte Masivo con mejor puntaje en el Sistema Megabús, en un porcentaje superior al 20%, pese a que dejara de percibir, durante toda la Fase de Operación Plena, la participación económica a que tenía derecho.

9) Dentro del Pliego de Condiciones elaborado por MEGABÚS con la asesoría de CORFIVALLE, quedó en claro que tanto los pasajeros estimados, como la infraestructura y flota requeridas sería asumidos por el Ente Gestor. PROMASIVO dio cumplimiento a los servicios programados por la Convocante, atendiendo los pasajeros puestos por el Sistema Megabús, durante la Fase de Operación Plena para la Operación Alimentadora, a pesar que MEGABÚS actuó con negligencia al no adelantar, dentro de los tiempos acordados, la construcción de la Estación San Fernando, no coadyuvar con la expansión del Sistema y específicamente, con la expansión hasta la Universidad Tecnológica, sumado al no control en la reventa de pasajes, hechos que garantizarían el aumento de pasajeros y permitirían al Sistema alcanzar su Autosostenibilidad.

10) Por sus reiterados incumplimientos MEGABÚS está en la obligación contractual de asumir los riesgos por la disminución de pasajeros

efectivamente transportados en el Sistema durante la Fase de Operación Plena, Operación Alimentadora de la Cuenca Cuba, en razón a que fue el Ente Gestor quien realizó la estimación de los mismos.

11) A pesar de tener la obligación contractual de entregar en usufructo a PROMASIVO el patio troncal, hasta la fecha MEGABÚS no ha cumplido tal obligación y solo ha realizado una entrega parcial.

12) De conformidad con el documento Conpes 3133 de 2001 cuando el riesgo tarifario es asumido por la entidad Estatal, se debe pactar en los contratos el mecanismo de ajuste y respetar las tarifas técnicas. A su vez, según el documento Conpes 3220 de 2003 las entidades Estatales deben Incorporar en los documentos licitatorios y contractuales una distribución de riesgos coherente con la política nacional plasmada en los documentos Conpes 3107 y 3133. Igualmente el documento CONPES 3260 expresa la responsabilidad que tienen las entidades estatales de contratar el servicio público de transporte masivo en las ciudades, asignando los riesgos, con direccionamiento hacia las directrices de los CONPES 3107 y 3133. El Contrato señala que corresponde a MEGABÚS el riesgo por el detrimento en los ingresos del Sistema en virtud de la no actualización de la tarifa usuario, el cual le fue asignado por su mejor disposición para evaluarlo y controlarlo, como quiera que a esa entidad le corresponde realizar los cálculos de los egresos básicos del Sistema, el cálculo de la tarifa usuario y la distribución de los ingresos, conociendo de primera mano si el Sistema presentaba superávit o déficit en la operación, lo que conlleva su capacidad de reducirlo.

13) En todo el proceso de contratación PROMASIVO tuvo claro los mecanismos de ajuste de la Tarifa Usuario así como que MEGABÚS asumió el riesgo tarifario, para luego mitigarlo trasladándolo al Área Metropolitana del Centro Occidente – AMCO, lo cual no elimina su responsabilidad.

14) CORFIVALLE estableció que el ingreso del Sistema Megabús se determina de acuerdo con la demanda de pasajeros efectivamente pagados por utilizar el sistema, multiplicado por la tarifa usuario del sistema, los cuales

deben ser divididos en dos fondos. El Fondo Principal y el Fondo de Contingencias.

15) Respecto de la Tarifa Usuario, CORFIVALLE indicó que corresponde al valor a pagar por el usuario para realizar un viaje en el sistema y que refleja todos los costos y remuneraciones que deben tener los operadores, la cual debe ser calculada un mes antes del inicio de la operación.

16) MEGABÚS incumplió los principios del marco económico del contrato de concesión. Incumplió el relativo a la autosostenibilidad del sistema megabús en el tiempo ya que por no haber sido ajustada de acuerdo con los cálculos y tiempos acordados en la cláusula 63.1 la Tarifa Usuario, no reflejó en todo momento el total de los egresos básicos del Sistema.

17) Sobre el Principio de Costeabilidad de la Tarifa al Usuario, el Pliego de Condiciones y el Contrato de Concesión precisaron que, con sujeción a la aplicación previa de los demás principios, la Tarifa Usuario deberá considerar la capacidad de pago del usuario y ser competitiva con los sistemas de transporte análogos o sustitutos que se encuentren vigentes. Para la proyección de ingresos y para adquisición de obligaciones de inversión y capital de trabajo, al presentar su propuesta, PROMASIVO tuvo en cuenta la obligación contractual adquirida por MEGABÚS, en el sentido que reconocería, en primera instancia, la participación económica (egresos básicos) asumidos por los Operadores, en la prestación del Servicio Troncal y Alimentador, toda vez que prevalecería la Autosostenibilidad del Sistema, ante el principio de Costeabilidad de la Tarifa Usuario, lo que permitiría la continuidad del Sistema y la prestación del Servicio Público de Transporte Masivo de Pasajeros en el AMCO.

18) De acuerdo con lo señalado, tanto en el Pliego de Condiciones, como en el Contrato de Concesión, la Operación de Sistema Megabús durante la Fase de Operación Plena fue concebida para ser Autosostenible y precisamente la misma Autosostenibilidad, como principio contractual de toda Concesión, implica que la remuneración del Contratista (Concesionario), radica en el derecho de percibir la participación económica por la prestación del Servicio

Público de Transporte Masivo de Pasajeros, durante la Fase de Operación Plena – Operación Alimentadora.

19) En consecuencia la citada participación económica es intangible, esto es, no puede ser alterada, como tampoco lo será la bilateralidad de las obligaciones adquiridas por las partes y el acatamiento a las condiciones pactadas al momento de celebrarse el precitado Contrato de Concesión, toda vez que dichos elementos se conjugan para establecer el equilibrio financiero del mismo.

20) El laudo proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido para resolver las diferencias entre el operador INTEGRA S.A., y MEGABÚS concluyó que ésta asumió la contingencia por el detrimento que en los ingresos del Sistema pueda generar una no actualización oportuna de las tarifas del Servicio Público de Transporte Masivo ordenada por la autoridad competente, en este caso, el AMCO.

21) MEGABÚS no cumplió durante la Fase de Operación plena con la obligación adquirida de informar en forma expresa al AMCO para que realizara el ajuste de la Tarifa Usuario, de tal suerte que pudiera garantizar la estabilidad del Sistema y, en consecuencia, pagar la participación económica liquidada.

22) MEGABÚS no actualizó la Tarifa Usuario, coincidente con las formulas estipuladas contractualmente, por lo que atendiendo el tipo de concesión, en la que la tarifa corresponde a una actividad propia del Ente Gestor, quien en razón al detrimento no pagó el 100% de la participación económica a los agentes de Sistema, debe asumir directamente el citado detrimento, debiendo indemnizar a PROMASIVO.

23) La situación deficitaria del Concesionario, originada por el incumplimiento de MEGABÚS por el no pago de la totalidad de la participación económica a que tenía derecho por la prestación del Servicio Público de Transporte Masivo, la llevó a ser intervenida por la Superintendencia de Puertos y

Transporte, por causas relacionadas, entre otras, con el alto valor de los pasivos corrientes en razón al detrimento ocasionado por MEGABÚS.

24) MEGABÚS incumplió su obligación de entregar la infraestructura del Sistema al no construir ni entregar la Estación San Fernando ni el Intercambiador de Dosquebradas.

25) Por las razones descritas PROMASIVO ha sufrido perjuicios que deben serle indemnizados por MEGABÚS.

7. La oposición de la demandada

MEGABÚS se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló las siguientes excepciones de mérito:

3.1. Cumplimiento del Contrato 001 de 2004 por Megabús S.A.

3.2. Inexistencia de omisión de Megabús

3.3. Inexistencia de materialización del riesgo contenido en la cláusula 13.2

3.4. Obligación de medios y obligación de resultado cumplida por Megabús

3.5. Violación del principio legal: El Contrato ley para las partes

3.6 Inexistencia de pretensión de nulidad de la cláusula 13.2

3.7. El demandante no es contratante cumplido

3.8. Nadie puede alegar su propia culpa a su favor

3.9. Obligación pura y simple de Promasivo S.A.

3.10. Principio de diligencia a cargo del concesionario – sujeto cualificado

- 3.11. *Violación de la función económica y jurídica del contrato*
- 3.12. *Enriquecimiento sin causa*
- 3.13. *Mala fe- Abuso del derecho a litigar*
- 3.14. *Interpretación del contrato según la ley*
- 3.15. *Obligación legal de garantizar costos accesibles al público, a través de la tarifa usuario*
- 3.16. *Incumplimiento de la carga de la prueba y del nexos causal*
- 3.17 *Inexistencia de la causa de detrimento alegada por Promasivo S.A.*
- 3.18. *Falta de competencia del Tribunal*
- 3.19. *Ausencia de título de imputación de responsabilidad*
- 3.20. *Compensación.*
- 3.21. *Desconocimiento de la estructura de mitigación del riesgo asociado a la tarifa*
- 3.22. *Ausencia de prueba sobre los elementos estructurantes de las pretensiones*
- 3.23. *Desconocimiento del régimen de asignación de riesgos*
- 3.24. *Desconocimiento de las reglas relativas a la fijación de la tarifa usuario.*
- 3.25. *Falta de prueba sobre la certeza y de más calidades del daño.*
- 3.26. *Ausencia de derecho indemnizatorio del actor.*

3.27. *Operación equilibrada*

3.28. *Excepción genérica*

3.29. *Desconocimiento de las aleas y riesgos propios del contrato de concesión*

3.30. *Responsabilidad del concesionario en la determinación de los egresos básicos del sistema*

3.31. *Inexistencia de una obligación de autosostenibilidad*

3.32. *Inexistencia de obligación de pago a cargo de Megabús*

3.34. *Falta de competencia del Tribunal para pronunciarse sobre el adecuado o inadecuado ejercicio de la competencia del AMCO como autoridad encargada para la determinación de la tarifa al usuario.*

3.35. *Inexistencia de rutas origen-destino atendidas por el sistema colectivo o el operador Integra respecto de rutas alimentadoras de Promasivo con el mismo origen-destino.*

3.36. *Falta de jurisdicción y competencia del Tribunal para reasignar el riesgo de demanda a Megabús.*

3.37. *Ausencia de daño*

3.38. *Inepta demanda*

3.39. *Daño no exigible a Megabus*

3.40. *Imposibilidad de emitir una condena soportada en el ingreso futuro de un contrato que fue declarado terminado por razón del ejercicio de la competencia excepcional de la caducidad.*

No hay excepción 3.33, ya que de la 3.32 pasa a la 3.34.

8. Respuesta a los Hechos de la Demanda

En su contestación a la demanda MEGABÚS se pronunció sobre los hechos, aceptando algunos, negando otros y realizando en la mayoría de las veces aclaraciones y precisiones. De su pronunciamiento considera conveniente el Tribunal destacar las siguientes manifestaciones:

- 1) El hecho de ser el contrato objeto de este proceso de un contrato estatal de concesión de servicio público de transporte masivo debe ser marco de referencia en la interpretación de los acuerdos contractuales suscritos, las prestaciones mutuas acordadas, la forma de remuneración, el esquema de asunción de riesgos contractuales y la literalidad de lo pactado. En este sentido el concesionario no fue “contratado” para prestar el servicio de transporte público, sino que mediante un proceso de licitación pública, se le concedió el derecho a explotar la prestación del servicio de transporte público.
- 2) MEGABUS no vulneró el principio de planeación en la contratación estatal pero que si así hubiera sido la trasgresión de tal principio implica la nulidad absoluta del contrato.
- 3) La aceptación de la fase de operación temprana por PROMASIVO fue producto de un acuerdo entre las partes para permitir a los concesionarios empezar de manera anticipada la recuperación de sus inversiones.
- 4) PROMASIVO incumplió su obligación de poner a disposición del sistema los vehículos ofrecidos al punto que obligó a la exclusión de parte de esa flota y a la postre, impuso al sistema la necesidad de contratar el servicio de transporte público colectivo con el objetivo de satisfacer los requerimientos del servicio.
- 5) No es cierto que MEGABÚS valoró y determinó de forma equivocada los indicadores de desempeño del concesionario.

6) No es cierto que MEGABUS no hubiera actualizado la tarifa usuario porque se trata de un acto de autoridad radicado en cabeza de las autoridades de tránsito y transporte del área metropolitana.

7) El Estudio Systra elaborado en 1998 fue contratado por el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo y solo fue un diseño conceptual por lo que no es correcto afirmar que es la base normativa, financiera y técnica usada para la implementación del sistema y menos si sus variables cambiaron hasta la efectiva consolidación del sistema de transporte masivo del AMCO en el año 2004.

8) El estudio de Corfivalle no puede tomarse como un referente obligatorio ni único o exhaustivo para interpretar o evaluar el pliego de condiciones o el contrato de concesión porque se trata de un modelo que no implica que lo allí propuesto haya sido lo que efectivamente quedó consolidado en el pliego de condiciones y en el contrato de concesión.

9) Lo que efectivamente se estableció en el contrato de concesión fue lo siguiente: en la cláusula 61 se estableció que la fuente principal de ingresos del sistema sería el *“recaudo diario de la venta de pasajes al público para el transporte en el Sistema Megabús, según la Tarifa al Usuario, que será única e integrada dentro del Sistema...”*. En cuanto a los egresos, la cláusula 62 señala los egresos básicos del sistema, los cuales son: la participación económica del concesionario, la participación económica del concesionario DQS, la participación económica del recaudador, la participación económica de Megabús y la participación económica del administrador de los recursos.

10) El estudio de Cofivalle señaló que los ingresos del Sistema Megabús fueron determinados de acuerdo con la demanda de pasajeros que efectivamente pagan por utilizar el sistema, según los resultados obtenidos por el diseño operacional, multiplicada por la tarifa al usuario. Sin embargo, la cláusula 61 del Contrato de Concesión No. 1 de 2004 establece que los ingresos del sistema están dados por el recaudo diario de la venta de pasajes al público para el transporte en el Sistema según la tarifa al usuario,

y señala la fórmula para determinar los ingresos totales del sistema en cada periodo. Mientras el estudio hace una aproximación con base a los resultados estimados de unos estudios previos, el contrato establece con claridad lo que constituyen los ingresos del sistema.

11) El ideal de un sistema de transporte Masivo es que sea auto-sostenible, de manera que no requiera en el tiempo de ningún tipo de subsidio externo para mantener la operación. Sin embargo, esta auto-sostenibilidad depende de muchos otros factores no considerados en el documento Conpes mencionado por la demandante pero si establecidos en la estructura económica del Contrato de Concesión, como la calidad y la eficiencia en la prestación del servicio por parte de los concesionarios. En este sentido, teniendo en cuenta la fórmula señalada para la determinación de la tarifa técnica y la tarifa usuario, es claro que la tarifa usuario es inversamente proporcional a los pasajes vendidos y directamente proporcional a los egresos del sistema, de manera que la única forma de que haya un equilibrio de los costos o egresos del sistema para el caso de los operadores es aumentar la demanda, es decir, el número de pasajeros. Y la única manera de aumentar la demanda es prestar un servicio de buena calidad y eficiencia.

12) No es cierta la premisa según la cual prevalece el principio de autosostenibilidad del Sistema ante el principio de costeabilidad. Si no se tuviera en cuenta la capacidad de pago del usuario y como consecuencia se incrementara ilimitadamente la tarifa al usuario, la demanda del servicio disminuiría drásticamente, lo que a su vez haría imposible la autosostenibilidad del sistema y por ende carecería de todo sentido otorgar una concesión para satisfacer un servicio público.

13) No se entiende cómo un concesionario al que por la gravedad de su incumplimiento y la irregularidad en la prestación del servicio afectó drásticamente la demanda de los usuarios y le fue declarada la caducidad del contrato, esté reclamando por un supuesto incumplimiento de MEGABÚS relativo a la diferencia entre la tarifa técnica y la tarifa usuario.

14) Para que el AMCO fije la tarifa no solamente debe remitirse a una fórmula, sino que es necesario tener en cuenta los principios básicos del marco económico del contrato, particularmente la costeabilidad de la tarifa al usuario según la cual debe tener en cuenta la capacidad de pago de los usuarios al momento de fijar la tarifa y ser competitiva con los sistemas de transporte análogos o sustitutos que se encuentren vigentes en cada momento durante la vigencia del Contrato. En este caso los incumplimientos de PROMASIVO en cuanto al mantenimiento y permanencia de su flota en el Sistema, no atención de planes de servicio, impago de salarios a conductores y empleados, entre otros, afectaron gravemente la prestación del servicio público de transporte concesionado, circunstancia que comprometió el funcionamiento del Sistema en términos económicos, de auto-sostenibilidad, confianza del usuario y condiciones de regularidad.

15) PROMASIVO asumió el riesgo frente a la contingencia en los incrementos en los precios de los insumos de la operación y aceptó el efecto nocivo que sobre los ingresos del sistema produzca una no actualización oportuna de la tarifa fijada por el AMCO, solo podrá ser mitigado a través de la indemnización que reconozca el AMCO a Megabus, cuyas hipótesis no tuvieron lugar. Por lo anterior no es cierto que la tarifa usuario deba recuperar en un 100% los *“egresos operacionales asumidos en el caso por Promasivo S.A.”* y esto no implica y no tiene relación con un supuesto *“déficit en los ingresos del Sistema Megabús”*.

16) El sometimiento a control por parte de la Superintendencia se debió a varios incumplimientos contractuales por parte de Promasivo frente al pago de nómina y seguridad social a los trabajadores, incumplimiento de la obligación de realizar el mantenimiento preventivo y correctivo de los autobuses de la flota, acreedores sin pagar y situación de cobros y embargos de la DIAN, retraso en el envío de información financiera al ente gestor Megabús, y existencia de procesos judiciales en su contra, entre otros. Fueron sus propios incumplimientos los que conllevaron a que fuera sometida al control de la Superintendencia.

17) MEGABÚS, siguiendo la ley y el contrato, liquidó la participación de los agentes vinculados al Sistema mes a mes, de conformidad con los recursos generados por la prestación del servicio y en las proporciones pactadas; para hacerlo, se aplicaron las fórmulas contractuales, donde las variables de la demanda, calidad del servicio a los usuarios, cumplimiento de los horarios y rutas –es decir la eficiente y oportuna prestación del servicio– serían elementos definitivos para incentivar el uso del sistema de transporte masivo (riesgo de demanda a cargo de la mayor diligencia del concesionario) lo que redundaría en mayores recursos ingresados al Sistema que serían liquidados de manera proporcional a los agentes del mismo, y con los cuales, a su turno, sería posible mitigar externalidades como lo es la decisión de los ciudadanos en el uso de otros medios de transporte.

18) Dado que el contrato estatal de concesión es por su naturaleza jurídica un contrato que se ejecuta por cuenta y riesgo del concesionario, el esquema de distribución y asignación de riesgos es menor para el Estado y mayor para el concesionario, toda vez que éste es quien puede administrar mejor los riesgos de su actividad en tanto es el que asume la prestación del servicio público de transporte, tiene la experiencia en la materia, mantiene su autonomía empresarial, maneja sus inversiones y operación, pero en particular, por razón de que es quien con su diligencia empresarial hará la mejor y más eficiente explotación de la misma, así como realizará los actos de previsión de sus actividad.

9. Pruebas decretadas y practicadas

Como prueba de los hechos que sirven de fundamento a sus posiciones las partes aportaron varios documentos. Otros tantos fueron incorporados como consecuencia de los oficios que se libraron a Megabús, a la Superintendencia de Puertos y Transportes y al Área Metropolitana de Centro Occidente.

A solicitud de la parte demandada se decretaron sendas exhibiciones documentales por parte de PROMASIVO y de TRANSCONSULT SUCURSAL COLOMBIA.

También por petición de las partes se recibieron los testimonios de Jorge Alexis Mejía Bermúdez, Mónica Vanegas Betancourt, José John Gálvez Mejía y Luz Piedad Gómez Velásquez. Otros tantos solicitados por la demandada, así como el interrogatorio de parte de la demandante, fueron desistidos.

Ambas partes aportaron dictámenes periciales. La demandante el denominado "*Análisis financiero y técnico para la cuantificación e indexación y cálculo de los intereses moratorios de los daños ocasionados por los incumplimientos de las obligaciones contraídas por Megabús S.A. con Promasivo S.A. en Liquidación Judicial*" y la demandada el dictamen pericial de parte elaborado por Alexander Castañeda Beleño y el denominado "Contradictamen".

En esta forma se concluyó la instrucción del proceso durante la cual las partes tuvieron la oportunidad de controvertir las pruebas en los términos de ley.

B. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. La Competencia del Tribunal

Para el Tribunal la cláusula compromisoria pactada reúne los requisitos legales, se estipuló por escrito, las partes acordaron someter las eventuales diferencias que pudieran surgir con ocasión del contrato de concesión a la decisión de un tribunal arbitral; tiene por finalidad dirimir controversias de carácter patrimonial y de libre disposición surgidas entre las partes; cumple los requisitos exigidos por el artículo 4 de la Ley 1563 de 2012, y no se observa vicio en su celebración.

Así mismo las pretensiones formuladas por la convocante están incluidas en el pacto arbitral y son de libre disposición.

Por lo demás las partes en dicha cláusula compromisoria son capaces de transigir, y han puesto de presente que no pudieron arreglar amigablemente las diferencias sometidas a decisión del Tribunal.

En el escrito de contestación de la demanda MEGABÚS formuló las excepciones denominadas "*Falta de competencia del Tribunal*" (excepción 18), "*Falta de competencia del Tribunal para pronunciarse sobre el adecuado o inadecuado ejercicio de la competencia del AMCO como autoridad encargada para la determinación de la tarifa a usuario*" (excepción 34), "*Falta de jurisdicción y competencia del Tribunal para reasignar el riesgo de demanda a Megabús*" (excepción 36) e "*Imposibilidad de emitir una condena soportada en el ingreso futuro de un contrato que fue declarado terminado por razón del ejercicio de la competencia excepcional de caducidad*" (excepción 40).

Sobre la primera sostiene que, como el 9 de febrero de 2016 la sociedad demandada profirió la Resolución 019 mediante la cual declaró la caducidad del contrato de Concesión No. 1 de 2004, la competencia para conocer de asuntos allí definidos está reservada al juez natural, que entiende el Tribunal, se refiere es al juez ordinario.

En la segunda excepción referida sostiene que el Tribunal no puede pronunciarse sobre si la autoridad metropolitana dejó de ajustar la tarifa usuario en los términos exigidos en el contrato de concesión y el convenio interadministrativo suscrito entre tal entidad y Megabús.

En la tercera excepción indicada expresa que la aspiración de PROMASIVO a que se declare que el riesgo de disminución o aumento del sistema debe ser asumido por MEGABÚS no puede ser aceptada porque el juez no puede rescribir el contenido del contrato ni siquiera en función de una mejor prestación del servicio.

Finalmente, en la última excepción señalada expresa que la declaración de caducidad impide reclamar el resarcimiento de daños o perjuicios

representados en la utilidad esperada para el periodo de tiempo restante de la concesión.

Al recorrer el traslado de las excepciones de mérito la parte demandante expresó que la demanda que dio origen a este proceso se presentó antes de la expedición de la Resolución 019, que en ella no se busca pronunciamiento sobre la legalidad del acto administrativo y que debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 1563 de 2012. Igualmente señaló que era obligación de MEGABÚS en su calidad de ente Gestor del sistema hacer que AMCO cumpliera su deber de determinar el ajuste de la tarifa usuario pero que la demanda no busca pronunciamiento alguno sobre el “*adecuado o inadecuado ejercicio de la competencia del AMCO*”. También señala que lo requerido por PROMASIVO en la pretensión declarativa 15 consiste en que se defina que es a MEGABÚS a quien correspondía definir las reglas contractuales aplicables a la prestación del servicio y que el haber determinado que el riesgo de disminución o aumento de pasajeros debe ser asumido por la convocada desvirtúa la excepción, de manera que la convocante no asumió el riesgo de los pasajeros estimados por MEGABÚS.

Sobre las mencionadas excepciones el Tribunal considera lo siguiente:

- a) El acto administrativo que declaró la caducidad del contrato de concesión fue proferido el 9 de febrero de 2016. Para ese entonces PROMASIVO había formulado su demanda y solicitud de convocatoria desde el 9 de noviembre de 2015.
- b) MEGABÚS conocía la existencia de la demanda y del proceso porque el Centro de Arbitraje le había informado al respecto desde el 17 de noviembre de 2015 y la invitó a concurrir a reunión de designación de árbitros el día 25 de noviembre siguiente.
- c) Para tal efecto desde el día 20 de noviembre de 2015 MEGABÚS había solicitado copia de la demanda y pedido el aplazamiento de la reunión de designación de los árbitros. El Centro de Arbitraje corrió traslado de la solicitud de aplazamiento y la puso en conocimiento en comunicaciones del

20 y 23 de noviembre siguientes.

d) Como el anterior aplazamiento no fue coadyuvado por la convocante y como la convocada no asistió a la reunión prevista, el Centro de Arbitraje mediante comunicación del 25 de noviembre de 2015 le informó a MEGABÚS sobre la fecha prevista para el sorteo de árbitros del 3 de diciembre de 2015 y le puso en conocimiento las correspondientes listas.

e) En escrito del 3 de diciembre de 2015 MEGABÚS puso de presente que había recibido las comunicaciones precedentes del 17, 20, 23 y 25 de noviembre de 2015 y pidió el aplazamiento del sorteo hasta después del 15 de diciembre siguiente para poder efectuarlo de común acuerdo. Esta comunicación fue respondida por el Director del Centro de Arbitraje el 11 de diciembre de 2015, quien puso de presente que si esa era la intención las partes podían proceder al nombramiento antes de la instalación del Tribunal.

f) Con comunicación del 7 de diciembre de 2015 el Centro de Arbitraje le informó a MEGABÚS sobre los árbitros designados mediante sorteo.

g) El 22 de enero de 2016 el Centro de Arbitraje convocó a MEGABÚS a la Audiencia de Instalación del Tribunal para el 10 de febrero de 2016, en la que por disposición del artículo 20 de la Ley 1563 de 2012 la convocada sabía que los árbitros debían resolver sobre la admisión de la demanda.

h) MEGABÚS otorgó poder a su actual apoderado judicial, quien concurrió a la audiencia de instalación, que se inició el 10 de febrero de 2016 y fue suspendida en razón a que, luego de instalado, el Tribunal inadmitió la demanda; y fue reanudada el 1º de marzo siguiente, oportunidad en la cual se admitió la demanda y se notificó a la convocada.

Como surge de lo expuesto MEGABÚS estuvo al tanto de toda la actuación previa y fue formalmente enterada de la existencia del proceso e invitada a todas las audiencias. Esto significa que conocía que desde el 9 de noviembre de 2015 el asunto se había vuelto jurisdiccional y ninguna decisión

administrativa de la convocada impedía que fueran árbitros los que resolvieran la controversia planteada.

Para el Tribunal, la expedición de la Resolución 019 tres meses después de la demanda arbitral y apenas la víspera de la audiencia de instalación, no puede impedir al concesionario continuar con el legítimo ejercicio de una acción que había propuesto con anterioridad y tampoco puede convertirse en vehículo para que pueda frustrar o entorpecer el proceso legítimamente iniciado por PROMASIVO.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha señalado que *“como lo tiene establecido la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, como la doctrina de la Sala de Consulta de la Corporación, ocurrido este evento (la admisión de la convocatoria o de la demanda) la administración pierde competencia para actuar en orden a liquidar unilateralmente el contrato”*¹. Y reprobando la conducta de la Administración, quien luego de haber participado en un proceso arbitral, profirió acto de liquidación unilateral, señaló, *“Toda esta sorprendente actuación no puede ser interpretada en forma diferente a constituir unas decisiones encaminadas claramente a obstruir el normal funcionamiento del Tribunal de Arbitramento convocado por la parte contratista en desarrollo de un convenio especial y específico celebrado..., actuación contraria al deber consagrado en el artículo 1603 del C.C., según el cual ‘Los contratos deben ejecutarse de buena fé y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella’”*.

En línea con lo anterior, la jurisprudencia arbitral ha señalado que resulta imposible que la entidad pública impida el normal desarrollo de un proceso arbitral acudiendo a la expedición de un acto administrativo después de que

¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 25 de abril de 2001. Radicación No. 1417. Consejero Ponente: doctora Susana Montes de Echeverri. En igual sentido pueden consultarse las sentencias de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado del 30 de marzo de 1996, radicación No. 11.759; del 22 de junio de 2000, radicación No. 12.723 y del 22 de febrero de 2001, radicación No. 13.682; y el Concepto del 31 de octubre de 2001 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, radicación No. 1.365.

el particular haya solicitado la convocatoria del tribunal arbitral. Al efecto ha expresado lo siguiente:

“(...) si de conformidad con la ley y la jurisprudencia, la etapa prearbitral es de naturaleza jurisdiccional, significa que en el momento en que se solicitó la integración del Tribunal para conocer de la demanda arbitral que simultáneamente se presentó, se hizo uso del derecho fundamental de acción o de acceso a la administración de justicia para que ésta ejerza la función pública de carácter jurisdiccional; una vez admitida la demanda arbitral y notificada a la entidad convocada, se trabó la litis que puso en manos del juez del contrato la decisión definitiva. De conformidad con ello, se tiene que los actos administrativos fueron expedidos cuando ya se había trabado la litis, una vez se había ejercitado el derecho fundamental de acción para acceder a la administración de justicia en los términos de los artículos 116 y 228 de la Constitución Política, motivo por el cual la entidad convocada carecía de competencia para expedirlos (...)”.

Estas consideraciones no cambian por el hecho de que la mencionada Resolución 019 del 9 de febrero de 2016 se haya expedido un día antes de iniciada la audiencia de instalación y veinte días antes de su continuación con la admisión de la demanda arbitral, porque la sociedad convocada conocía perfectamente la existencia del proceso, particularmente si se tiene en cuenta el cambio en la estructura del proceso arbitral después de expedidas las providencias mencionadas. En efecto, antes del 13 de octubre de 2012 cuando entró en vigencia el nuevo estatuto arbitral, Ley 1563 de 2012, y particularmente antes de la sentencia C-1038 de 2002 de la Corte Constitucional, como se señala en la jurisprudencia citada, la etapa prearbitral, que era adelantada por el centro de arbitraje, tenía naturaleza jurisdiccional y por eso la primera intervención de la convocada que implicaba el conocimiento del proceso era la notificación del auto admisorio de la demanda que era proferido por su director, luego de lo cual se pasaba a la integración del panel arbitral con intervención de ambas partes. Actualmente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 1563 de 2012, la admisión de la demanda es una decisión que adopta el tribunal, luego de su integración. Y para ese efecto, tal y como se puso de

presente, la convocada participa de la integración y evidentemente se entera de la controversia, de manera que, a diferencia de la legislación anterior, la noticia que recibe la parte convocada y demandada sobre que el asunto se volvió jurisdiccional no es la notificación del auto admisorio de la demanda sino la notificación sobre la existencia del proceso para que participe en la integración del tribunal, de todo lo cual hay evidencia en este proceso, según se vio. Aceptar una especie de inhibición del proceso arbitral por la expedición del acto administrativo implicaría admitir el abuso de los derechos que le confiere la ley a la entidad pública.

En estas condiciones, habiéndose vuelto jurisdiccional la controversia desde el 9 de noviembre de 2016, la existencia del acto administrativo no puede convertirse en vehículo para impedir el curso del proceso arbitral por decisión exclusiva de la sociedad convocada.

Ahora bien, la definición sobre el alcance de las previsiones contractuales es materia de la decisión del Tribunal arbitral quien tiene competencia para resolver de fondo y definir si el adecuado o inadecuado ejercicio de la competencia del AMCO está vinculado con el contrato; si corresponde o no hacer una declaración sobre el riesgo de disminución o aumento del sistema al amparo del contenido contractual; si es o no viable el resarcimiento de daños o perjuicios representados en la utilidad esperada para el periodo de tiempo restante de la concesión; y, en fin, si hay lugar a acceder o no a las pretensiones de la demanda. Porque el hecho de que hipotéticamente alguna o algunas pretensiones no tuvieran fuente contractual, ello no significa que el Tribunal no tenga competencia para decidirlo. Dicho en otras palabras, el Tribunal no podría asumir competencia únicamente para aquellas pretensiones que encuentre viables o con fuente contractual porque ello implicaría un prejuzgamiento. En ese sentido la competencia habilita al Tribunal para definir si las imputaciones tienen o no fuente contractual y, como consecuencia, para acceder o no a las mismas.

Por lo anterior no prosperan las excepciones denominadas "*Falta de competencia del Tribunal*" (excepción 18), "*Falta de competencia del Tribunal para pronunciarse sobre el adecuado o inadecuado ejercicio de la*

competencia del AMCO como autoridad encargada para la determinación de la tarifa a usuario” (excepción 34), “Falta de jurisdicción y competencia del Tribunal para reasignar el riesgo de demanda a Megabús” (excepción 36) e “Imposibilidad de emitir una condena soportada en el ingreso futuro de un contrato que fue declarado terminado por razón del ejercicio de la competencia excepcional de caducidad” (excepción 40).

2. Consideraciones Preliminares

Reiterada por el Tribunal su propia competencia, con apoyo en las mismas consideraciones propuestas al definirla en la primera audiencia de trámite, corresponde ahora que se ocupe de las distintas pretensiones y excepciones planteadas por las partes. Para este fin el Tribunal se guiará parcialmente por el ordenamiento de las primeras hecho por el señor Apoderado de la parte convocante y en la confrontación de unos y de otras efectuada por la señora Agente del Ministerio Público en su alegato.

Sin embargo de lo anterior, el Tribunal debe anotar, como reflexión previa, que varias de las pretensiones que se analizarán en primer término están estrechamente ligadas con la posición de la convocante en el sentido de que el monto de la “*tarifa usuario*”, así denominada por corresponder a aquella que debía cobrarse a los pasajeros del sistema, no se correspondió durante buena parte de la ejecución contractual con el valor de la denominada “*tarifa técnica*”, esto es, aquella que, en el sentir de la convocante, debía permitir que los contratistas o concesionarios cubrieran sus costos razonables de operación y obtuvieran los resultados económicos pretendidos.

No obstante, el Tribunal debe anotar que la denominada “*tarifa técnica*” estaba llamada a responder a ingredientes adicionales al estimativo de los costos y aspiraciones de los concesionarios. No podía dejar de tener en cuenta las necesidades del servicio, principal responsabilidad de la Administración Pública. Entre estas necesidades, de manera muy importante, la capacidad de pago de los usuarios, que corresponden en su inmensa mayoría a clases económicas débiles, para las cuales el servicio de transporte es indispensable, por cuanto suelen residir en las periferias y tener

la necesidad de trabajar en zonas alejadas de sus viviendas. Estas necesidades obligaban a considerar que dicha capacidad no podía ser rebasada por la “*tarifa usuario*”, no solamente porque se afectaba la capacidad de dichos usuarios, sino igualmente porque necesariamente, como consta en algunos de los estudios arrimados al expediente y como adelante se reitera, se produciría el círculo vicioso de que, a mayor precio de dicha tarifa, menor demanda y, a menor demanda, menos ingresos en el sistema, con lo cual se harían imperativos nuevos aumentos que, una vez más, impactarían la demanda, reiterándose el ciclo. Por consiguiente, el deber de la Administración, en este caso de la Autoridad Metropolitana, no se reducía a lograr que los concesionarios alcanzaran sus metas económicas, debiendo velar por un concepto mucho más ampliado de sostenibilidad económica, cuya falta echa de menos la parte convocante.

Sobre este aspecto de la demanda reformada, debe tenerse en cuenta, además, que la determinación de la “*tarifa usuario*”, cuyo monto pretendidamente deficitario reclama la parte convocante, era para todos y es para el o los concesionarios sobrevivientes, responsabilidad del ÁREA METROPOLITANA DE CENTRO OCCIDENTE, que en las diligencias se cita bajo la sigla AMCO, que será utilizada por el Tribunal en lo sucesivo. Por consiguiente, el cometido de MEGABÚS S.A., parte convocada, se limitaba a proponer el monto de la citada tarifa, no a establecerlo. Habiéndose demostrado que esta última entidad sí cumplió con el cometido de presentar los estudios respectivos a AMCO e, inclusive, con la función de solicitar en algunas pocas ocasiones concretas un reajuste de la tarifa, el Tribunal debe poner de presente que no está en condiciones de tomar decisiones favorables a lo solicitado sobre este pretendido incumplimiento que se imputa a la parte convocada, porque no eran dichas decisiones de su resorte y porque cualquiera responsabilidad derivada de la diferencia entre las dos tarifas incumbía a AMCO, no a MEGABÚS, siendo así que la primera de estas dos entidades no fue convocada a este trámite, circunstancia que cierra toda posibilidad para que el Tribunal deduzca consecuencias por la diferencia entre las dos tarifas.

No debe dejarse de lado la observación hecha por el señor Apoderado de la parte convocada, en el sentido de que la obligación de MEGABÚS era de medio, no de resultado, es decir, que su compromiso se limitaba a poner de presente ante AMCO los elementos de juicio que podían llevar o no a una decisión de reajuste en la “*tarifa usuario*”. Por consiguiente, si las respectivas recomendaciones no se adoptaban o no eran objeto de una aceptación total, la responsabilidad por esta medida corresponde exclusivamente a la entidad últimamente mencionada y no a MEGABÚS.

Esta responsabilidad de un tercero en la determinación de la tarifa fue puesta de relieve en el laudo que desató las diferencias entre INTEGRRA y la misma MEGABÚS. No deja de llamar la atención que, habiéndose presentado previamente una decisión que tuvo en cuenta la circunstancia de que el reclamo sobre las tarifas no podía enderezarse exclusivamente contra MEGABÚS, en una segunda demanda se prescindía igualmente de citar a AMCO para una pretensión semejante. Esta circunstancia no puede implicar una decisión inhibitoria, porque en este caso existen elementos de juicio abundantes para pronunciarse sobre el fondo del problema por caminos distintos de la búsqueda de la entidad responsable en la determinación de las “*tarifas usuario*”.

Probablemente se prescindió en las dos oportunidades de convocar a AMCO, por no existir pacto arbitral con dicha entidad y quererse evitar que el no allanamiento de ella a la cláusula compromisoria con MEGABÚS, hiciera nugatoria la pretensión de que las diferencias con dicha entidad fueran ventiladas a través de este camino arbitral.

En estas condiciones el Tribunal debe anotar la falta de legitimación pasiva en la parte demandada para la reclamación comentada.

Adicionalmente, el Tribunal debe ocuparse en este estado de su estudio de la reflexión propuesta por la señora Agente del Ministerio Público sobre la denominada “*exceptio non adimpleti contractus*”, apoyada en el artículo 1609 del Código Civil, según la cual el incumplimiento de una de las partes permite a la otra suspender a su vez lo pactado. Esta norma, si bien pertenece al

derecho privado, se aplica igualmente a los contratos estatales, como el que ocupa la atención del Tribunal, en virtud de la disposición del artículo 13 de la ley 80 de 1993, que remite a las disposiciones civiles y comerciales pertinentes en todo cuanto no esté regido por las disposiciones particulares propias de la contratación administrativa. Dentro de esta perspectiva, en la medida en que PROMASIVO, parte convocante, no hubiera atendido debidamente sus compromisos contractuales, no está en condiciones para reclamar de MEGABÚS la debida atención de los suyos. La citada excepción, que se encuentra dispersa en los medios de defensa propuestos por la parte convocada y que, se repite una vez más, fue puesta por la señora agente del Ministerio Público, frena cualquier posibilidad de que el Tribunal se ocupe de los reales o pretendidos incumplimientos de MEGABÚS.

Los testimonios arrimados al expediente coinciden en señalar una cadena de incumplimientos a cargo de PROMASIVO, particularmente durante la segunda parte de la denominada "*ejecución plena*", relativos a la puntualidad de sus servicios, al mantenimiento de su flota de buses, a la existencia de repuestos suficientes, etc., incumplimientos que respaldan la posición alegada por la representante del Ministerio Público y que impide la posibilidad de que el Tribunal acceda a las pretensiones de la parte convocante.

De manera adicional a estas manifestaciones testimoniales, el Tribunal no puede dejar de tener en cuenta las multas que se impusieron a la convocante, en razón de sus incumplimientos, de las cuales existe suficiente constancia en el expediente, que fueron confesadas en la misma demanda y que están cubiertas por la presunción de legalidad propia de los actos administrativos, presunción que no se ha desvirtuado o que, al menos, no existe prueba de que la jurisdicción contenciosa-administrativa haya producido algún pronunciamiento al respecto. Tampoco puede olvidar las circunstancias que llevaron a una toma de posesión de la empresa reclamante por parte de la autoridad estatal, la Superintendencia de Puertos y Transportes, así como a la posterior declaratoria de caducidad del contrato, decisiones administrativas que reflejan claramente una serie de causales relacionadas con la inexecución adecuada de sus deberes contractuales por

parte de la entidad convocante. Estos actos administrativos, como los anteriores de multa, se repite, están cubiertos, en la época en que se produce este laudo, con la presunción de legalidad que les corresponde, mientras no sean infirmados ante la jurisdicción respectiva, o revocados directamente por las autoridades correspondientes.

Dentro del esquema, anteriormente enunciado, que pudiera bastar para tomar las decisiones que han sido sometidas a su juicio, el Tribunal abocará con todo el estudio detallado de las pretensiones declarativas y de condena.

3. Pretensiones Relativas al Incumplimiento de los Principios del Marco Económico del Contrato

Este aparte del laudo se encabeza con el mismo rótulo que le dio al respectivo grupo de pretensiones la parte convocante, tanto en su demanda reformada, como en el alegato final presentado en la audiencia inmediatamente anterior e incluye el análisis de las pretensiones 1 a 8 vinculadas con el alegado incumplimiento de tales principios pero, a su vez, con el pretendido *“no pago del 100% de la participación económica liquidada”* y el invocado *“ajuste de la Tarifa Usuario no coincidente con las formulas tarifarias del Contrato”*.

En el ámbito de este grupo de pretensiones, formuladas por la convocante bajo los numerales 1 a 6, ambos inclusive, pretende reclamar de la convocada la desatención a las previsiones contractuales relativas a cómo debieron manejarse por MEGABÚS las estipulaciones previstas en el contrato que ligó a las dos partes, hasta su declaratoria de caducidad, en cuanto respecta a los principios del marco económico del contrato.

Antes de entrar al análisis de cómo se cumplieron las respectivas previsiones contractuales, debe el Tribunal recordar, como lo hizo en su alegato el señor Apoderado de la parte convocada, en qué consiste un contrato de concesión, porque ésta fue la naturaleza del convenio que vinculó a las dos partes de esta Litis, no solamente por haberse denominado expresamente de esta manera por ellas, sino por corresponder claramente a la definición del mismo citada en la ley 80 de 1993. Igualmente debe el Tribunal analizar cuáles son

sus fronteras con un pacto estatal de condiciones diferentes, en particular con aquel que más podría aproximarse, el contrato de prestación de servicios públicos.

Al tenor de lo dispuesto por el numeral 4º del artículo 32 de la ley 80 de 1993, resumiendo en lo pertinente los términos de la norma que se invoca, mediante el contrato de concesión se otorga al concesionario, entre otras posibilidades, la explotación de un servicio público, que fue lo ocurrido en el asunto que ocupa la atención del Tribunal, por cuenta y riesgo de dicho concesionario, circunstancia esta última que debe destacarse en este estudio. Corresponde al concesionario, en el marco del contrato que ligó a las partes, entre las varias posibilidades listadas por la norma, el recibo de las tarifas que se cobren a los usuarios del servicio que se presta, tal como se estipuló en el contrato que es la base de este trámite. Por consiguiente y así se contempló en el acuerdo respectivo, el concesionario, en la modalidad escogida en dicho contrato, debía amortizar sus inversiones, cubrir sus costos de operación y obtener la utilidad deseada, a través del recaudo de las tarifas propias del sistema, corriendo el riesgo de la suficiencia o insuficiencia de ellas, sin perjuicio de cuanto se previó para la denominada “operación deficitaria” y de los deberes de lealtad de la entidad concedente, de los cuales el Tribunal se ocupará más adelante.

La cláusula 3.3 del contrato expresamente contempló la circunstancia de que la utilidad de los concesionarios era incierta. Por su parte, la cláusula 13.3 recalcó lo anterior, al disponer que los recursos que se obtuvieran a través de la participación en el resultado económico de la explotación del contrato eran “para todos los efectos (...) una remuneración suficiente y adecuada”.

El aporte de la entidad pública, en el caso que nos ocupa, se limitó al suministro de la infraestructura necesaria para que el sistema pudiera operar y para que, dentro de esta operación, los concesionarios obtuvieran los retornos y rendimientos estudiados por ellos mismos y contenidos en sus propuestas. Por consiguiente, la decisión de someterse al marco de las condiciones enlistadas en el pliego que sirvió como base para las respectivas propuestas (licitación pública No. 001 de 2003, abierta por MEGABÚS),

correspondió exclusivamente a la libre decisión de los concesionarios, quienes a través de sus estudios encontraron viable e interesante la contratación y asumieron los riesgos respectivos.

Dentro de este entendimiento, a diferencia de cuanto pudiera ser un contrato de prestación de servicios o de otras naturalezas semejantes, en los cuales el contratista adquiere la expectativa de una remuneración que cubra sus costos y pretensiones, teniendo derecho a los ajustes en su remuneración que deriven del principio denominado de “*la ecuación contractual*” y del mantenimiento del respectivo equilibrio económico, en éste de concesión el concesionario debe obtener el retorno de su inversión y de sus esfuerzos exclusivamente a través de la explotación del servicio concesionado. Se trata, en el fondo, de una operación comercial emprendida por el concesionario bajo su riesgo y su responsabilidad exclusivos, sin que corra a cargo de la entidad concedente el deber de responder en forma alguna por los respectivos resultados económicos.

Tan cierto es lo anterior, que el contrato previó expresamente en la cláusula 70, en la cual se contempló una denominada “*operación deficitaria*”, que en tal caso “*el concesionario no tendrá derecho a reclamación o compensación alguna con respecto a la diferencia entre las sumas que se le paguen de conformidad con esta sección y las sumas que se le habrían pagado de ser suficientes los ingresos totales producidos por la venta de pasajes de transporte en el Sistema MEGABUS y los valores existentes en el Fondo de Reserva Operacional para cubrir los pagos calculados*”. Conviene recordar que este fondo estaba constituido por los ingresos excedentarios de la operación, una vez superados los derechos de los concesionarios.

Por el camino últimamente mencionado, el contrato dio cumplimiento anticipado a lo actualmente previsto en el artículo 4º de la ley 1150 de 2007, de vigencia posterior, que obliga a que en los contratos estatales se busque precisar la asignación de los riesgos previsibles.

Es verdad que en el literal “a” del punto 13.2 del contrato, al listarse los riesgos asumidos por cada una de las partes, se expresó que MEGABÚS

asumía los riesgos derivados de la no actualización de las tarifas previstas en el contrato. La mencionada estipulación es del siguiente tenor:

“Megabús asume la contingencia que consiste en el detrimento que en los ingresos del Sistema Megabús pueda generar una no actualización oportuna de las tarifas del Servicio Público de Transporte Masivo ordenada por la autoridad competente dentro del AMCO. Este riesgo ha sido mitigado mediante la obtención por parte de la Junta Metropolitana del AMCO de un compromiso de fijación de tarifas de conformidad con lo previsto en el presente Contrato, contenido en el Acuerdo Metropolitano No. 006 del 15 de septiembre de 2003, y en un compromiso de indemnización contenido en el Convenio Interadministrativo de Operación, de conformidad con el cual el AMCO indemnizará a Megabús, e indirectamente al Concesionario, por cualquier no actualización oportuna de las tarifas, o por una actualización que no sea coincidente con la aplicación de las fórmulas tarifarias previstas en el presente Contrato”.

Esta estipulación, invocada por la parte convocante como argumento a su favor, no necesariamente apunta a establecer con claridad que correspondía a la convocada sufrir el detrimento que en las finanzas de PROMASIVO se presentara por la insuficiencia de las tarifas frente a sus expectativas económicas. Bien leída la estipulación, el Tribunal encuentra que ella se refiere es a la “actualización” de las tarifas, no necesariamente a su incremento. Es obvio que para quien administraba el contrato la fijación de estas tarifas implicaba un álea, en la medida en que su insuficiencia impacta la auto sostenibilidad del sistema. Sin embargo, esta previsión debe estudiarse en conjunto con todas las demás de lo pactado, no pudiendo leerse aisladamente, fuera de contexto, por cuanto por este camino se puede distorsionar su verdadero entendimiento.

Si se lee con cuidado la estipulación, se encuentra que ella prevé la posibilidad de que AMCO indemnice a MEGABUS "e indirectamente al concesionario, por cualquiera no autorización oportuna de las tarifas, o por una actualización que no sea coincidente con la aplicación de las fórmulas tarifarias pactadas en el presente Contrato". Repitiendo que lo previsto se

refiere a "actualización", no necesariamente a incremento, está claro que una falla de AMCO en lo previsto, implicaba un derecho directamente para MEGABÚS y sólo de manera indirecta para PROMASIVO. Por lo tanto, para la prosperidad de un reclamo por esta vía, habría sido necesario obtener primeramente una condena en favor de MEGABÚS y, únicamente después de ésta, otra en contra de ella y en favor de PROMASIVO.

Como bien lo manda el artículo 30 del Código Civil para la interpretación de la ley, la vía para un correcto entendimiento de un texto amplio, como lo es el contrato celebrado, implica considerar el conjunto de dicho texto, no sus partes separadas. Así las cosas, para el Tribunal el correcto manejo del punto que se estudia debe conducir a entender que MEGABÚS era la entidad responsable de recabar de AMCO, como consta en otros apartes, la actualización de las tarifas, en tanto no le correspondía a la convocada su fijación. Por lo demás, que su tarea apuntaba era a una responsabilidad de medio para una actualización, que bien podía operar en dos sentidos: aumentándolas o reduciéndolas, no necesariamente a su incremento. Otra lectura del numeral lo pondría en abierta contradicción con el resto de lo estipulado y con la naturaleza misma del contrato de concesión.

Así las cosas, por disposición particular, no rigen para los contratos de concesión normas como la del numeral 1º del artículo 5o, ley 80 de 1993, que lista entre los derechos de los contratistas el de que no se altere "*el valor intrínseco*" de su remuneración. Tampoco el principio que antes se mencionó, denominado de la "*ecuación contractual*", al cual se refiere el artículo 27 de la misma ley, que genera el derecho para las partes al ajuste de las condiciones inicialmente pactadas, cuando quiera que las circunstancias posteriores rompan el equilibrio entre los respectivos derechos y obligaciones.

Como bien lo expresó el Consejo de Estado en sentencia de 18 de marzo de 2010, "*(...) el concesionario debe asumir, así sea parcialmente, los riesgos del éxito o fracaso de su gestión y por ello obra por su cuenta y riesgo*".

Es que en esta clase de contratos la entidad estatal no es propiamente contratista de la operación del concesionario, sino en la medida en que se

obliga a suministrarle una infraestructura, un bien físico, una licencia, etc., para que dicho concesionario los explote y obtenga de dicha explotación, durante el plazo contractual, cuanto pretende. De alguna manera, puede sostenerse que, en estos casos, el contrato de concesión, en la forma como fue celebrado y como está previsto en la ley, comporta dos escenarios distintos: De una parte, el deber de la Administración Pública de facilitar al concesionario los bienes, licencias, estudios, etc. sobre los cuales él debe efectuar un negocio suyo, no de dicha Administración. De otra parte, un plano de contratación independiente, la suya con los usuarios del sistema concesionado, siendo la obligación de la entidad concedente, MEGABÚS en este caso, únicamente la de suministrar la infraestructura necesaria para la operación del sistema, el uso de las rutas y las autorizaciones necesarias para la operación. Estos deberes de la Administración eran los necesarios para que el concesionario celebrara una serie de contratos de transporte con los usuarios del sistema, de manera tal que eran dichos usuarios quienes le proporcionaban los ingresos requeridos para pagar los costos de su operación, amortizar sus inversiones y para obtener un margen o provecho.

Claro está que lo anterior debe entenderse sin embargo de los casos excepcionales en que existan garantías de ingresos mínimos o aportes estatales para mejorar las condiciones de la operación del concesionario o para hacérsela atractiva.

Si se quiere acudir a un símil osado, puede parangonarse al contrato de concesión con el de arriendo de un local para un establecimiento de comercio. El arrendador responde por mantener al arrendatario en el uso del bien arrendado, pero no de los resultados que este último obtenga de su operación comercial.

Por último, debe destacarse, como lo ha hecho la jurisprudencia contencioso-administrativa en varias oportunidades, que los resultados del concesionario, cuando quiera que se le garanticen en un mínimo por parte de la entidad estatal, deben apreciarse en el conjunto del período al cual esté sometida la concesión, no en tiempos concretos o parciales de dicho período, porque bien puede darse que estos resultados cambien con el tiempo y las

circunstancias, siendo excedentarios en algunos momentos y deficitarios en otros. Así, en el caso que ocupa la atención del Tribunal, no es dable examinar únicamente la primera parte de la operación de PROMASIVO, en la cual parece haber obtenido resultados aceptables, separadamente de la segunda en que, por las circunstancias que fueren, él afirma haber tenido una explotación deficitaria, dejando de otro lado de considerar aquello que habría sucedido en el resto del período, si la ejecución contractual hubiere seguido hasta su agotamiento.

Por supuesto que las entidades administrativas responsables del sistema tenían a su cargo el deber de velar para que éste, no necesariamente la operación de los concesionarios, fuera auto sostenible, porque es tarea que incumbe a la administración, con apoyo en el principio de lealtad en la respectiva contratación y con fundamento en su deber de velar para que el servicio público opere en adecuadas condiciones, determinar tarifas justas y posibles. Lo primero, atendiendo a las necesidades del sistema y lo segundo a las posibilidades del mismo, frente a la receptividad de los usuarios.

Tanto en el expediente de manera documental en los estudios pertinentes, como a través de las declaraciones de varios de los testigos, aparece claro que la fijación de tarifas adecuadas debía apoyarse, no sólo en los costos de los operadores, sino igualmente en las posibilidades del mercado de usuarios. Estas tarifas, como aparece demostrado y como corresponde a la lógica, no son inelásticas, de manera tal que puedan ser aumentadas sin entrar en el círculo vicioso de que dicho incremento disminuya a su vez los ingresos por retracción en la demanda.

Correspondía, entonces, a la prudencia administrativa de los gestores de AMCO, con apoyo en los estudios suministrados por MEGABÚS, determinar libremente, con independencia de cualquier compromiso contractual, el monto de las “*tarifas usuario*”, siempre que lo hiciera de una manera ponderada, teniendo en cuenta los diferentes factores que debían considerarse en la fijación respectiva. Las conclusiones periciales aportadas por la parte convocante, al margen de los reparos sobre su idoneidad, ajuste a Derecho e imparcialidad, presentados en su alegato final por el señor

Apoderado de la parte convocada, olvidan esta circunstancia y pretenden que la “*tarifa usuario*” debía ser suficiente para cubrir todas las necesidades de la parte convocante. Por este camino, como se anotó en el mismo alegato y como antes se mencionó en estas consideraciones del Tribunal, se habría caído necesariamente en el proceso aberrante de que si las tarifas, para solucionar las necesidades de la parte reclamante, se elevaban por sobre las posibilidades del mercado de los usuarios, este incremento habría producido un déficit mayor en la utilización del sistema, reclamando entonces nuevos aumentos y así sucesivamente.

Llama la atención del Tribunal, como elemento de juicio que no puede dejar de tener en cuenta, la afirmación reiterada, hecha no solamente en el alegato de la parte convocada, sino también en algunos de los testimonios, de que otros operadores del sistema – que no se reduce a las rutas trocales, pero que aún dentro de estas ha venido siendo manejado por el concesionario INTEGRA –, continúan operando con resultados al parecer satisfactorios, porque no es dable pensar que tengan una capacidad indefinida de resistencia económica. Por lo demás, que el gran competidor de MEGABÚS haya aceptado aumentar su operación para cubrir el vacío dejado por la parte convocante, lo cual no debe imaginarse al margen de que haya encontrado que la operación sí le era económicamente aceptable.

Sin que existan en las diligencias practicadas suficientes elementos de juicio para sostener que el déficit en los ingresos de los concesionarios, especialmente en el caso de PROMASIVO, derivan más del número de pasajeros que del monto de las tarifas cobradas a los usuarios, se cuenta con todo con algunos datos que sustentan esta conclusión, en tanto las estadísticas de la operación se colocan sensiblemente por debajo de las respectivas previsiones. Si los conteos de pasajeros, que sirvieron de apoyo a las conclusiones contenidas en los estudios previos, resultaron mayores que la real utilización del sistema, habrá que pensar que este recorte deriva de la eficiencia en la operación respectiva, ya que no es dable suponer que una demanda urbana de un servicio público esencial, disminuya en el curso de unos pocos meses, en áreas metropolitanas que se sabe, con apoyo en

hechos notorios, han venido registrando un considerable incremento poblacional.

Con apoyo en el conjunto de las consideraciones anteriores, el Tribunal debe apartarse necesariamente de la posición presentada por la entidad reclamante, en el sentido de que MEGABÚS estaba obligada a reflejar en las “*tarifas usuario*” autorizadas “*en todo momento los egresos básicos del sistema*”, como literalmente lo pretende el alegato de su Apoderado respecto de la pretensión 2.

Igualmente, lo antes expuesto lleva a la necesidad de rechazar la siguiente pretensión, numerada como 3, que se endereza a que se declare que MEGABÚS “*incumplió con su obligación, como Ente Gestor del Sistema (...) de velar por la auto sostenibilidad (...) en el tiempo, quebrantando lo preceptuado en el numeral 60.1 de la cláusula 60 del Contrato de Concesión No. 1 de 2004*”. En efecto, la denominada “*auto sostenibilidad del sistema*” es un principio que apunta, como lo expresa su misma denominación, al conjunto de dicho sistema, velando por los intereses, no solamente de los concesionarios, sino también por los propios del respectivo servicio público, por los de la entidad concedente y por los de los respectivos usuarios. Los resultados de una operación que ha continuado desarrollándose en la respectiva área metropolitana, muestran claramente que el sistema como tal, con independencia de los resultados de uno de sus operadores, ha venido siendo sostenible y ha asegurado la prestación adecuada del respectivo servicio público.

Igual suerte debe correr la pretensión 4, que no es en nada diferente de la inmediatamente anterior, si bien redactada con algunas diferencias que no modifican los alcances ya estudiados.

Respecto de la pretensión 5, resulta que su enunciado literal podría llevar a varias interpretaciones. En primer término, a entender que cuando el reclamo se endereza a sostener que MEGABÚS no cumplió “*con el pago del 100% de la participación económica a que tiene derecho “PROMASIVO*”, puede entenderse como afirmando una retención injustificada de dicha

participación. Esta lectura no parece ser la correcta, porque en ninguna parte aparece afirmada dicha retención, ni se demostró que la entidad rectora del sistema haya dejado de cubrir sumas que, habiendo sido recaudas, debieron entregarse a PROMASIVO. Entre otras cosas, no era MEGABÚS la entidad encargada de estos recaudos y de su distribución. Por consiguiente, de pretenderse alguna responsabilidad por este concepto, habría sido necesario que se hubiera convocado igualmente a la sociedad fiduciaria encargada de esta tarea. Esta entidad fue contratada por todas las partes y, como corresponde a sus deberes, debe suponerse imparcial con ellas hasta tanto no se demuestre lo contrario.

Otra interpretación, al parecer más ajustada al conjunto de los alegatos y a la conducta procesal de las partes, apunta a entender esta pretensión en el mismo sentido de aquellas ya estudiadas, es decir, con el entendimiento de que MEGABÚS tenía la responsabilidad de ajustar la “*tarifa usuario*” en forma tal que cubriera las expectativas de los concesionarios, postura que ya ha sido objeto de suficiente análisis en las consideraciones expuestas hasta este momento.

En forma adicional a la resolución sobre las cinco primeras pretensiones, conviene que el Tribunal se ocupe a renglón seguido de las tres siguientes, continuando con el orden expresado en la demanda reformada, si bien estas tres no fueron listadas en el alegato de la parte actora. Con todo, ellas forman parte de las anteriores, toda vez que se refieren a los mismos temas.

La pretensión 6, que más parece un hecho, apunta a que el Tribunal declare que MEGABÚS no “materializó” el ajuste de la “*tarifa usuario*” de conformidad con lo previsto en el contrato. Ya se expresó anteriormente como este ajuste, no solamente no era responsabilidad de la convocada, sino de AMCO, y cómo, además, dicho ajuste no podía responder solamente a las necesidades y aspiraciones del concesionario, sino que debía tener en cuenta factores adicionales, el primero de los cuales era la capacidad de pago de los usuarios del sistema. Por otra parte, que no era del caso que la tarifa se elevara para hacer que la operación de dicho concesionario fuera exitosa, si él mismo no lograba unos resultados aceptables en materia de

pasajeros usuarios de su operación. Ya se afirmó como el sistema registró un número menor de usuarios de lo esperado y de cuanto resultaba de los conteos previos a la contratación, lo cual es sintomático de una deficiencia en el servicio, toda vez que la demanda como tal no pudo haber disminuido, sino que se desplazó hacia otras soluciones. Anteriormente se invocó que es un hecho notorio que una de las zonas con crecimientos poblacionales más elevados en el país es, precisamente, el área metropolitana de Pereira, Dos Quebradas y La Virginia.

En las condiciones expresadas, el Tribunal declara no probada la pretensión que se estudia.

Respecto de la pretensión 7 se afirma que MEGABÚS no solicitó el ajuste de la “*tarifa usuario*”, de conformidad con lo previsto en el convenio interadministrativo suscrito entre MEGABÚS y AMCO. Sea lo primero afirmar que no correspondía propiamente a MEGABÚS solicitar dicho ajuste, sino presentar los estudios requeridos para las determinaciones a cargo de AMCO. De otra parte, que, no solamente sí presentó dichos estudios, como consta en el expediente, sino que, al menos en unas pocas ocasiones, propuso la reconsideración de la tarifa. Por lo tanto, la pretensión no puede prosperar.

Por último, sobre la pretensión 8, lo estudiado anteriormente es suficiente para reiterar que no era responsabilidad de MEGABÚS la determinación de las “*tarifas usuario*” y que la obligación suya no se radicaba en lograr que los concesionarios tuvieran unos resultados exitosos, sino que miraba principalmente a los requerimientos del servicio público supervisado por ella y que las contingencias en los ingresos del sistema fueron asumidas por los concesionarios y no por la entidad concedente.

Como consecuencia de todo lo expuesto hasta el momento, el Tribunal se ve en la necesidad de rechazar las pretensiones 1 a 8, ambas inclusive de la demanda reformada. Paralelamente, deberá declarar debidamente probadas la mayoría de las excepciones propuestas por la convocada en la contestación a la demanda reformada, en tanto dicha mayoría de ellas se

refiere, de una manera u otra, a los temas antes estudiados. Por consiguiente, el Tribunal considera suficientemente probadas, hasta lo aquí expuesto, las excepciones numeradas por la parte convocada en su respuesta a la demanda reformada bajo las cifras 3.1, 3.2, 3.3, 3.4, 3.5, 3.7, 3.8, 3.9, 3.10, 3.11, 3.12, 3.14, 3.15, 3.16, 3.17, 3.19, 3.21, 3.22, 3.23, 3.24, 3.25, 3.26, 3.27, 3.28, 3.29, 3.30, 3.31, 3.32, y 3.39.

4. La Restructuración de Rutas, Exclusividad y Derechos de Paso

En las Pretensiones 9, 10 y 11 la parte demandante solicita:

9. *Que se declare que como consecuencia del incumplimiento a los derechos de paso, **MEGABÚS** vulneró la exclusividad señalada en el literal b) numeral 2.1 de la cláusula 2 del contrato de concesión No 1 de 2004, independientemente del origen y destino que tuvieran las rutas de los dos sistemas de transporte.*

10. *Que se declare que **MEGABÚS** incumplió el literal (b) del numeral 11.7 de la Cláusula 11 al permitir otorgar rutas del Servicio Público de Transporte Colectivo paralelas a las rutas del Sistema de Transporte Masivo, transgrediendo las condiciones de exclusividad estipuladas en el Contrato de Concesión No. 1 de 2004, e igualmente **MEGABÚS** omitió las **acciones jurídicas** pertinentes ante la autoridad correspondiente, con arreglo a lo acordado en el Convenio Interadministrativo de Operación suscrito con la Autoridad de Transporte.*

11. *Que se declare que las rutas del Sistema de Transporte Público Colectivo, realizaron tránsito paralelo a las rutas alimentadoras de la Cuenca Cuba, al circular por más de 1000 metros en los mismos trayectos, transgrediendo así lo establecido para el derecho de paso en el literal a), numeral 41.3 de la cláusula 41 del contrato de concesión No 1 de 2004.*

Dice PROMASIVO que MEGABÚS adoptó una posición pasiva, que no efectuó las gestiones necesarias para evitar el paralelismo y la concesión de nuevas rutas con lo cual se violó la exclusividad.

El literal b) del numeral 2.1 de la cláusula 2 del Contrato, relativo al objeto del mismo, en tanto otorgamiento de la concesión, señala que incluye *“La explotación del Servicio Público de Transporte Masivo en las Rutas Alimentadoras que conforman la Cuenca Alimentadora CUBA, a través de la participación del Concesionario en los recursos económicos generados por la prestación del servicio”*. Y agrega lo siguiente: *“Esta explotación será exclusiva con respecto a otros Operadores de Transporte Masivo y a los Operadores de Transporte Colectivo, salvo por los Derechos de Paso. Se entiende que la exclusividad con respecto de las Rutas Alimentadoras consistirá en que, de conformidad con el Convenio Interadministrativo de Operación, no podrán existir rutas de Servicio Público de Transporte Colectivo que tengan origen y destino que sean atendidos por las Rutas Troncales o Rutas Alimentadoras del Sistema Megabús.”*

Los mencionados Derechos de Paso fueron definidos en la cláusula 1 del Contrato como *“... los derechos que tendrán los vehículos de Transporte Público Colectivo para circular de manera parcial por la Vía Troncal o por la Cuenca Alimentadora asignada a la presente Concesión, por la que pasen las Rutas Alimentadoras, según sean definidos por Megabús, de conformidad con lo previsto en este Contrato”* y se precisó que, *“En ningún caso, los Derechos de Paso permitirán el acceso a carriles exclusivos o preferenciales de Autobuses Troncales, según éstos sean definidos por Megabús”*.

Con todo, la Resolución 193 del 22 de octubre de 2013 (folios 4 a 21 del cuaderno de pruebas No. 7), por medio de la cual MEGABÚS modificó unilateralmente el Contrato de Concesión, estableció otra excepción a la exclusividad del Operador, además de los derechos de paso, relativa a las circunstancias en que sea necesario limitar la exclusividad para garantizar la prestación del servicio público de transporte masivo, al modificar el mencionado literal (b) de la cláusula 2, en los siguientes términos:

“(b) La explotación del Servicio Público de Transporte Masivo en las Rutas Alimentadoras que conforman la Cuenca Alimentadora CUBA, a través de la participación del Concesionario en los recursos económicos generados por la

prestación del servicio. Esta explotación será exclusiva con respecto a otros Operadores de Transporte Masivo y a los Operadores de Transporte Colectivo, salvo por (i) los Derechos de Paso y (ii) cuando por determinación de Megabus S.A. sea necesario limitar en forma temporal o definitiva la exclusividad para la adecuada prestación del Servicio Público de Transporte Masivo dentro del Sistema MEGABUS. Se entiende que la exclusividad con respecto de las Rutas Alimentadoras consistirá en que, de conformidad con el Convenio Interadministrativo de Operación, no podrán existir rutas de Servicio Público de Transporte Colectivo que tengan origen y destino que sean atendidos por las Rutas Troncales o Rutas Alimentadoras del Sistema MEGABUS, salvo la restricción antes indicada. El mencionado acto administrativo fue expedido en desarrollo de la previsión consignada en la cláusula 87 del Contrato de Concesión, que autoriza la modificación unilateral para evitar la paralización o la afectación grave en la operación del sistema, tiene la presunción de legalidad y aparece justificado en la indisponibilidad de la flota de vehículos del concesionario y su mantenimiento, generando, precisamente, una grave afectación a la prestación del servicio público de transporte.

A su vez, el citado literal (b) del numeral 11.7 de la cláusula 11 del Contrato, relativa a las obligaciones de MEGABÚS, señala que, *“Megabús velará porque la Autoridad de Transporte no otorgue a ninguna persona, natural o Jurídica, rutas para la operación del Servicio Público de Transporte Masivo o del Servicio Público de Transporte Colectivo que sean violatorias de las condiciones de exclusividad aquí previstas. Para tal efecto. Megabús empleará los mecanismos jurídicos de que dispone bajo el Convenio Interadministrativo de Operación celebrado con la Autoridad de Transporte”*

El Tribunal encuentra que la alegada exclusividad del concesionario quedó limitada tanto por los Derechos de Paso como por decisiones necesarias para permitir la adecuada prestación del Servicio Público de Transporte Masivo dentro del Sistema MEGABÚS ante la falta de aptitud de los buses del concesionario para la operación.

De otro lado se debe expresar que MEGABÚS no adquirió una obligación de resultado sino de medio ya que las actividades de gestión, planeación y control del Sistema Megabús le correspondían a la Autoridad del Transporte AMCO y que ante el incumplimiento de PROMASIVO, la demandada le impuso multas.

Como se deduce de los términos de la cláusula 11.7, MEGABÚS se comprometió mediante obligación de medio y no de resultado a velar porque la Autoridad del Transporte AMCO no otorgare a persona natural o jurídica, rutas para la operación del Servicio de transporte Masivo o Colectivo por estas eran violatorias de la exclusividad pactada.

Se debe dejar en claro que la asignación de rutas se encuentra en cabeza de la Autoridad del Transporte AMCO y por tanto MEGABÚS no tiene responsabilidad contractual.

Las pretensiones no deben prosperar porque no hay prueba de que MEGABÚS estuviera involucrada en el tránsito de transporte colectivo en rutas exclusivas.

MEGABÚS no tiene competencia para determinar el tránsito de transporte colectivo en las rutas del Sistema ya que dicha competencia radica exclusivamente en la Autoridad der Transporte AMCO.

La Autoridad AMCO nunca ha otorgado Autorización de operación de servicio público de transporte (colectivo, individual o mixto) sobre los carriles troncales exclusivos. Diferente ocurre con el uso de los corredores de tráfico mixto paralelos a los carriles troncales exclusivos en algunos tramos del corredor debido a la necesidad de conexión de la oferta de transporte complementario para cumplir con los servicios autorizados por el AMCO debido a la densidad de la población y las condiciones topográficas propias de la municipalidad donde solo se tienen dos corredores arterias.

Por lo demás, no hay prueba que la concedente violó las reglas del Capítulo 7 del Contrato de Concesión de 2004. En este Capítulo se establecen las

Reglas de Operación de MEGABÚS. En el numeral 41.1 las partes reconocieron y aceptaron que *“la operación del Servicio Público de Transporte Colectivo, tal y como se adelanta al interior del Área de Influencia en consideración a las vías existentes, requiere que las rutas autorizadas por la Autoridad de Transporte para la prestación de dicho Servicio... se crucen en ciertos tramos, con las Rutas Troncales, con las Rutas Alimentadoras DQS y con las Rutas Alimentadoras CUBA”*.

En el numeral 41.2 el concesionario reconoce la necesidad de que la exclusividad prevista en las Secciones 2.1 (a) y 2.1 (b) del Contrato se vea limitada por los Derechos de Paso otorgados a los operadores del Servicio Público del Transporte Colectivo de manera que tales rutas circulen por ciertos tramos de las rutas troncales de las rutas Alimentadoras DQS y de las Rutas Alimentadoras “CUBA”.

Y según el numeral 41.3 MEGABÚS definirá, conjuntamente con la Autoridad de Transporte los Derechos de Paso, siguiendo los siguientes lineamientos básicos:

(a) No podrá haber tránsitos paralelos de rutas del Servicio Público de Transporte Colectivo autorizadas por la Autoridad del Transporte que circulen en más de 1.000 metros por la vía Troncal o por los trayectos de las Rutas Alimentadoras.

No hay en el Contrato la obligación de MEGABÚS de incluir forzosamente nuevas rutas por lo cual no hay el derecho de crédito pretendido por el concesionario.

No se pactó que MEGABÚS tuviera competencia para reestructurar las rutas y fijar los derechos de paso ya que esto le correspondía a la Autoridad del Transporte AMCO.

Se establece que en la operación el Servicio Público Colectivo se cruce en ciertos tramos con las Rutas Troncales, con las Rutas Alimentadoras “Cuba”.

Igualmente, se dispone que el derecho de exclusividad que se concede está limitado por los Derechos de Paso otorgados al transporte colectivo.

MEGABÚS definirá conjuntamente con la Autoridad de Transporte los derechos de paso.

No hay tránsitos paralelos de rutas de Transporte Colectivo que circulen en más de 1.000 metros por la vía Troncal o por las Rutas Alimentadoras.

MEGABÚS se compromete a elaborar manuales a los cuales se somete. No está probado que las rutas del Transporte Público Colectivo realizaron tránsito paralelo a las rutas alimentadoras de la Cuenca Cuba.

La exclusividad con respecto a las Rutas Alimentadoras consiste en que, de conformidad con el Convenio Interadministrativo de Operación, no podrán existir rutas de Servicio Público de Transporte que tengan origen y destino que sean atendidos por las Rutas Alimentadoras del Sistema MEGABÚS.

La Autoridad del Transporte no otorgó ningún Transporte Masivo o del Servicio Colectivo que sean violadoras de las condiciones de exclusividad aquí previstas.

Para tal efecto, MEGABÚS debía emplear los mecanismos jurídicos de que dispone bajo el Convenio Interadministrativo de Operación celebrado con la Autoridad del Transporte.

No existe competencia en cabeza de MEGABÚS para determinar el tránsito de transporte colectivo en las rutas del Sistema, ya que es función exclusiva de AMCO.

La testigo Mónica Vanegas Betancourt dice que se pactó exclusividad pero no exclusividad total: *“Hay que tener en cuenta qué es el término de exclusividad, la exclusividad pactada en los contratos es frente a otros operadores del sistema de transporte, es imposible tener la exclusividad total*

respecto a otros modos de transporte porque hay destinos que también la Cuenca de Cuba no están cubiertos por el operador Promasivo“

MEGABÚS no promovió el paralelismo, no tenía competencia para hacer la reestructuración de rutas y no tenía competencia para autorizar el transporte Colectivo, o el cobro de los derechos de paso.

La doctora Luz Piedad Gómez Velásquez dijo en su declaración: *“Las rutas sí se reestructuraron, lo que pasa es que hay un hecho físico con las rutas y es que usted tiene que considerar que hayan unos derechos de paso, porque hay sectores donde el bus no puede pasar volando y Megabús no prestaba el servicio de transporte 100%, entonces había unos tramos en donde se tenía que dar la operación del otro transporte, entonces muchas gestiones se hicieron”*. MEGABÚS no prestaba el 100% del transporte, pero no tenía competencia para autorizar el transporte Colectivo ni para reglamentar el derecho de paso.

Y el testigo José Jhon Gálvez señaló que *“El contrato previó unas exclusividades de cuenta, precisamente para que el operador tuviera cierta confianza de hacer sus ecuaciones financieras y pudiera calcular por su riesgo y cuenta la demanda de un sector, entonces para intentar blindar eso se le propone o se establece en el contrato que sobre unos corredores exclusivos, llamando exclusivo a aquella zona donde existe una sola vía, donde por las formas morfológicas de la ciudad, para el caso e Pereira hay una avenida que se llama 30 de Agosto y es una sola vía que tiene que pasar el transporte colectivo y el masivo, entonces se dice, en esta zona se permite que en un kilómetro pase un vehículo del transporte colectivo que no va a competir porque tiene otro destino, porque no se podía dejar ese servicio por fuera”*.

Esa limitación contractual a la exclusividad por el derecho de paso del transporte colectivo se justifica adicionalmente si se tiene en cuenta que, como lo señala el testigo Jorge Alexis Mejía, *“... hoy está, el 47% de la demanda lo tiene MEGABUS a través del Sistema de Transporte Masivo y el*

otro 53% lo tiene el transporte colectivo con más de 600 busetas disgregadas por toda el área metropolitana, el otro sistema de transporte”.

En conclusión se deben negar las pretensiones novena, decima y undécima. No se propusieron excepciones.

5. Pasajeros Estimados para la Estructuración del Sistema Megabús vs. los Pasajeros Realmente Transportados

La reforma de la demanda pide que se declare, que de acuerdo con el estudio de la Corporación Financiera del Valle S.A. – Corfivalle, presentado en noviembre de 2002, la demanda de pasajeros estimados para la operación alimentadora de la Cuenca Cuba del Sistema Megabús, correspondía 47.820 pasajeros pagos por día.

Igualmente demanda pide que se declare que de acuerdo con las liquidaciones realizadas por MEGABÚS entre agosto de 2008 y agosto de 2014 el máximo de pasajeros/pagos/día efectivamente transportados en la operación tarifa de la Cuenca Cuba, no superó los 28.000.

Asimismo aspira a que el Tribunal declare que conforme a lo estipulado en el literal a), Numeral 13.1, Cláusula 13 del Contrato *“el riesgo asumido por **PROMASIVO** no se materializó”* y que por tanto no le es exigible.

Y, finalmente, solicita que, en virtud de lo anterior, se declare *“que el riesgo de disminución o aumento de pasajeros en el sistema, debe ser asumido por **MEGABÚS**, por cuanto la determinación de la necesidad que por ley le asiste a Megabús lleva implícita la estimación de pasajeros”*.

Ya el Tribunal tuvo la oportunidad de referirse a la naturaleza jurídica del contrato objeto de este proceso y sus implicaciones legales y contractuales, en virtud de las cuales es de la esencia del contrato de concesión que el concesionario es el que en principio asume la operación por su cuenta y riesgo, salvo los eventos de garantías expresas.

Según la cláusula 13.1 literal a) *“El Concesionario asume los efectos favorables o desfavorables derivados de la contingencia que consiste en el eventual aumento o disminución en el número de pasajeros efectivamente transportados por el Sistema Megabús frente a los que han sido estimados de manera independiente por el Concesionario”*.

Esto significa que PROMASIVO asumió el riesgo de la disminución de pasajeros y por tanto MEGABÚS no es responsable de tal disminución. Los estudios previos que hubieran estimado un número de pasajeros mayor o menor no afecta las estipulaciones de la concesión ni brindaron en el caso ningún tipo de garantía. Lo anterior se hace más evidente si se tiene en cuenta que en varios actos administrativos aportados al expediente, así como en las pruebas testimoniales, aparece claro que la falta de aptitud de la flota y la falta de calidad del servicio generó disminución de la demanda esperada.

Las anteriores consideraciones implican el rechazo de las citadas pretensiones de la demanda y la prosperidad parcial de la excepción 3.8 denominada *“Desconocimiento del régimen de asignación de riesgos”*, en virtud de la cual se pone de presente que la demandante pretende obviar que el riesgo en la demanda fue asumido por el concesionario, así como de la excepción 3.29 denominada *“Desconocimiento de las aleas y riesgos propios del contrato de concesión”*.

De la misma manera el Tribunal encuentra procedente la excepción 3.35 denominada *“Inexistencia de rutas origen-destino atendidas por el sistema colectivo o el operador Integra respecto de rutas alimentadoras de Promasivo con el mismo origen-destino”*, en tanto, como allí se sostiene, no existe la alegada vulneración de su derecho a la exclusividad en alusión a las menciones indicadas en las cláusulas 2 – literal (b) numeral 2.1 – y 11 – literal (b) numeral 11.7– del Contrato ya que la verdadera noción de exclusividad a la luz del contrato de concesión implica las condiciones expuestas en estas consideraciones incluyendo la verificación que la violación de la misma se daría si el origen y el destino del transporte colectivo coincidiera con el del transporte masivo a cargo de PROMASIVO, hecho que

no solamente no está demostrado sino que no corresponde a lo planteado en el cargo.

6. Relativo a los Incumplimientos en la Infraestructura

En el proceso arbitral se debatió si la convocada incumplió sus obligaciones, en cuanto a la entrega de la infraestructura para la operación de las rutas adjudicadas a PROMASIVO.

Las pretensiones definitivas, propuestas en la reforma de la demanda, son como sigue:

“16. Que se declare que MEGABUS incumplió con la entrega de la infraestructura, Terminal Dosquebradas y Estación San Fernando, vulnerando los numerales 11.1 y 11.3 del contrato de Concesión #1 de 2004, así como el literal b del numeral 5.1 y numeral 5.3 de la cláusula 5 del otrosí 4 del 18 de agosto de 2006 del citado Contrato de Concesión”

“17. Que se declare que MEGABUS, de conformidad con lo estipulado en la cláusula 13.2 del Contrato de Concesión #01 de 2004, tiene la obligación contractual de soportar las contingencias que consiste en el detrimento que han sufrido los ingresos del sistema MEGABUS y particularmente los ingresos de PROMASIVO, que se han generado por la no actualización de las tarifas previstas en el contrato”.

La convocante sustenta su petitum en los hechos 163 a 187 del libelo demandatorio. En el hecho 163, el actor fundamenta su acervo con el documento Conpes 3220 de 21 de abril de 2003 relativo la infraestructura del Sistema Masivo del AMCO. De dicho documento se extrae lo siguiente:

“La infraestructura consiste en: (i) un corredor troncal de 16,7 kilómetros de longitud (25,9 km de carriles izquierdos) en pavimento de alta resistencia de uso exclusivo (excepto en la carrera 6ª donde se permitirá el tránsito a residentes en la vía) dotado de 37 estaciones en el separador central,

cuando la vía es en dos sentidos, o en el andén izquierdo cuando la vía es unidireccional (ver grafico 3) 15; (ii) dos terminales de integración de aproximadamente 6.700 m2 cada uno; (iii) andenes entre 2,8 y 4,0 metros de ancho a lo largo del corredor, según la sección, y seis Puentes peatonales que garantizaran el acceso peatonal al sistema; (iv) señalización horizontal y vertical; y, (v) patios y talleres, a cargo de algunas intersecciones críticas será necesaria la adecuación de la infraestructura (cierres o mejoramientos geométricos) construcción de pasos a desnivel o semaforización”....

En el capítulo 4º, cláusula 14, el Contrato de Concesión No. 1 de 2004 se contempla la estructura que le facilitará a PROMASIVO el desarrollo y ejecución de sus obligaciones contractuales:

14.1 – Megabus pondrá a disposición, para el uso por parte del Concesionario, la infraestructura de rutas troncales del Sistema Megabus, por las que circulen las rutas troncales y rutas Alimentadoras de Estaciones y Terminales de Cabecera del Sistema Megabus, necesaria para adelantar la operación del servicio.

14.2 – Megabus mantendrá la infraestructura de carriles exclusivos de las vías por las que circulen las Rutas Troncales y de estaciones y terminales del Sistema Megabus en condiciones aptas para adelantar la operación del Servicio Público de Transporte Masivo.

14.3 – Megabus informará al Concesionario la fecha o fechas en que la Infraestructura del Sistema Megabus se pondrá a disposición de los Operadores para el inicio de la prestación del Servicio Público de Transporte Masivo, incluyendo la infraestructura de rutas Troncales, de Rutas Alimentadoras, de estaciones y de terminales del Sistema Megabus. Este aviso será dado al concesionario a más tardar en la fecha en que se verifique la entrega en usufructo del lote de terreno que constituya el Patio Troncal, de conformidad con la sección 15.3 del presente contrato.

14.4 – En caso de que Megabus no ponga a disposición de los operadores la Infraestructura del Sistema Megabus en la fecha o fechas que Megabus

defina de conformidad con la sección 14.3 anterior. Megabus compensara cualquier daño emergente o lucro cesante mediante la transferencia al Concesionario del equivalente a tres meses (3) del porcentaje de la diferencia Positiva Neta entre ingresos totales y Egresos Básicos del compromiso de aporte de Diferencia Positiva Neta entre ingresos totales y egresos básicos del Sistema, cuando dicha diferencia se produzca, por Infraestructura del Sistema Megabus.

En el Capítulo 5º, cláusula 15 se estipularon las Obligaciones del Concesionario, en relación con el Patio Troncal y el Patio Alimentador:

15.1 – El concesionario deberá dar cumplimiento íntegro al compromiso de pago del Patio Troncal adquirido con la presentación de la propuesta, dentro de un término máximo de un (1) mes contado a partir de la fecha de Cierre Financiero del presente contrato.

15.2 – Dentro del mes siguiente a la fecha de Cierre Financiero del presente contrato, el Concesionario deberá entregar a Megabus los diseños de las obras de construcción y adecuación del patio Troncal. Dichos diseños deberán ser aprobados por Megabus dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la fecha de recibo.

15.3 – Cuando se verifique la entrega en usufructo del lote de terreno que constituya el Patio Troncal, y previa aprobación de los diseños de construcción correspondientes, el concesionario dispondrá de un término máximo de cuatro (4) meses contados a partir de dicha entrega...

15.4 – Mantener el patio troncal en condiciones óptimas para su utilización según su naturaleza y destinación, en términos de continuidad y eficiencia y permanencia determinados por Megabus.

15.5 – Utilizar el Patio Troncal exclusivamente para el desarrollo de actividades relacionadas con los procedimientos de mantenimiento de los vehículos y para las actividades de operación y administración del

Concesionario derivadas del cumplimiento de las condiciones y estándares que se establecen en el presente contrato.

15.6 – Diseñar y ejecutar por su cuenta a su riesgo y previa autorización de Megabus, las obras, los trabajos y las actividades que le corresponda desarrollar, tanto para la dotación como para la conservación del patio Troncal.

15.7 – Asumir la financiación del Plan de Obras que determine llevar a cabo para la dotación o para el mayor desarrollo del Patio Troncal, a efectos de maximizar su eficiencia y productividad.

15.8 – Obtener a su costo, las autorizaciones, licencias y permisos a que hubiere lugar para el desarrollo de las obras de adecuación y dotación del Patio Troncal.

15.9 – Elaborar a su costo, los estudios de impacto y manejo ambiental y adoptar las medidas y ejecutar los planes que se hayan requerido o que se lleguen a requerir, a su costo, de acuerdo con las autoridades ambientales competentes, para mitigar el impacto ambiental derivado de las obras de adecuación, dotación y conservación, y para el funcionamiento del Patio Troncal.

15.10 – Salir en la defensa jurídica de los bienes que constituyen el Patio Troncal.

15.11 – Cancelar todas las obligaciones y prestaciones económicas a que haya lugar conforme a la ley por concepto de impuestos prediales, valorizaciones, la prestación periódica de los servicios públicos domiciliarios, incluyendo los costos relacionados con las acometidas y derechos adicionales a aquellos con los que se encuentren dotados los inmuebles al momento de su entrega”

Resume la convocante que la infraestructura contratada no fue cumplida en su totalidad por la convocada, no obstante que el Conpes había estimado el valor de la inversión y se había presupuestado..

El Conpes 3220 de abril 21 de 2003, estimó el costo del sistema masivo AMCO en 106 mil millones de pesos colombianos, donde 63 mil millones de pesos, corresponden a inversión privada destinada a:

- A – Inversión vial
- B – compra de predios
- C – estaciones
- D – terminales

Informa el actor que el Conpes 3220 previó la constitución y adecuación de la infraestructura SITM –AMCO que se finalizaría en mayo de 2004, el día en que se firmaría el contrato de Concesión No. 1 de 2004, el cual finalmente se suscribió el 22 de julio de 2004.

Señala como hecho trascendente que le permite demostrar el incumplimiento a las proyecciones del Conpes 3220, en relación con la entrega de la infraestructura comprometida, *“...que para febrero de 2006, PROMASIVO tuvo disponible el 100% la flota ofrecida, para prestar los servicios contratados; no obstante lo anterior, como quiera que la infraestructura del sistema Megabus no se encontraba lista para el tránsito de la flota articulada, debiendo cumplir con el pago de la deuda de la inversión, PROMASIVO se vio en la obligación de prestar la flota articulada a Transmilenio SI 02 Bogotá D.C. situación que es ampliamente conocida por MEGABUS y que obra en la contabilidad de PROMASIVO”*.

A pesar de lo anterior, el 18 de agosto de 2006, mediante Otrosí No. 4 al contrato de Concesión No. 1 de 2004 (folios 208 y siguientes del cuaderno de pruebas No. 3), las partes, MEGABÚS y PROMASIVO, acordaron modificar bilateralmente las fases de operación del contrato, determinando dos fases: la Fase de Operación Temprana y la Fase de Operación Plena. Con dicho Otrosí quedaban resueltos los distintos incumplimientos de las partes. El acta

que contiene este acuerdo se firmó el 21 de agosto de 2006, iniciándose así la Fase de Operación Temprana, cuya duración fue de dos años, mientras se completaba buena parte de la infraestructura que permitiera la operación plena.

En la cláusula 3 del mencionado Otrosí las partes convinieron lo siguiente:

“Acuerdo total sobre las circunstancias cubiertas en este Otrosí y en el Acta de Acuerdo

3.1. Tanto Megabús como el Concesionario aceptan que las modificaciones previstas en este Otrosí y los acuerdos contenidos en el Acta de Acuerdo constituyen su acuerdo total con respecto a cualquier efecto derivado de o relacionado con cualquier forma con la inclusión de la Fase de Operación Temprana del Sistema Megabús y el desplazamiento de la Fase de Operación Plena en el tiempo, según se explica en la Consideración No. 5, y por consiguiente renuncian a realizar cualquier reclamación que pudieran tener hasta el momento con relación a todas las circunstancias relacionadas o derivadas de la misma. El Concesionario y Megabús renuncian adicionalmente a cualquier reclamación derivada del desarrollo o ejecución de la Fase de Operación Preliminar o de cualquier desplazamiento de la misma o a cualquier retraso en la entrega de cualquier porción de la infraestructura prevista para el inicio de la Fase de Operación Temprana o a cualquier incumplimiento de obligaciones a cargo de las partes hasta la fecha del presente Otrosí”.

En agosto 14 de 2008 MEGABÚS por medio de sus interventores le informa a PROMASIVO que el inicio de la Operación Plena se había programado para el 23 de agosto del 2008. Con la suscripción de dicha acta las dos partes aceptan que con las modificaciones del Otrosí No. 4, quedaban resueltos la mayoría de las diferencias y que renunciaban a realizar cualquier reclamación que tuvieran hasta el momento. Ambos renunciaron a cualquier reclamación derivada del desarrollo o ejecución de la Fase de Operación Preliminar, de cualquier desplazamiento de la misma o cualquier retraso en la entrega de cualquier porción de la infraestructura prevista para el inicio de la

Fase de Operación Temprana o de cualquier otro incumplimiento de las partes (hecho 20, página 23 de la demanda reformada).

En la clausula 5 del Otrosí, modificatoria de la clausula 14 del Contrato de Concesión se dijo:

“14.3. Megabus informará al concesionario la fecha para la prestación del servicio Público de Transporte Masivo, incluyendo la infraestructura de Rutas Troncales, de Rutas alimentadoras, de estaciones y de terminales del Sistema Megabus. El tiempo de duración de la Fase de Operación Temprana será de veinticuatro (24) meses, entendiéndose este plazo, para efectos de la puesta a disposición de la infraestructura, como el que corre entre la fecha de suscripción del Acta de Inicio de la Fase de la operación Temprana y la puesta a disposición de la Infraestructura del Sistema Megabus para la Fase de Operación Plena. En caso de que Megabus exceda el plazo máximo de veinticuatro (24) meses aquí mencionado, se dará aplicación a lo previsto en la sección 14.4 del Contrato de Concesión. Lo anterior no obsta que la infraestructura de la Fase de Operación Plena pueda ponerse a disposición de los operadores en un plazo menor a 24 meses”.

“En caso de que MEGABUS no ponga a disposición de los operadores la infraestructura del Sistema Megabus en la fecha o fechas que Megabus defina de conformidad con la Sección 14.3 anterior, Megabus compensará cualquier daño emergente o lucro cesante mediante la transferencia al Concesionario del equivalente a tres (3) meses del porcentaje de la diferencia Positiva Neta entre Ingresos Totales y Egresos Básicos del sistema que le corresponda a Megabus de conformidad con el Compromiso de Aporte de Diferencia Positiva Neta entre ingresos Totales cada mes de retraso en la mencionada puesta a disposición de la infraestructura del Sistema Megabus”.

Para resarcir los incumplimientos MEGABÚS amplía el contrato inicial de doce a quince años de operación a PROMASIVO, es decir, se le concedieron tres años más de operación. Al respecto, el testimonio del perito Alexander Castaño, en su contradictamen pericial, afirma que “el reclamo de

PROMASIVO frente a la entrega de la infraestructura, carece de fundamento, ya que el tema fue conciliado con la suscripción del otrosí #4, de manera que los argumentos del actor giran en torno a justificar los incumplimientos del Concesionario a partir de unos presuntos incumplimientos por parte de MEGABUS”.

El testigo Galvez, al preguntársele sobre si se dio alguna prórroga o extensión a la Concesión o a la posibilidad de que los buses articulados pudieran operar más kilómetros, de los originalmente previstos, respondió:

“Sí, la concesión inicial fue pactada a 12 años y eso es lo que llamamos operación plena, pero entonces en el año 2006 se pacta una operación temprana y dice, esto es lo que estaba, como el operador ya tenía la flota, tampoco era justo que un lucro cesante allí, dejar una flota inoperante, entonces con la infraestructura que existía hasta el momento se pacta una operación temprana, de dos años, eso está en otrosí, nos ubicamos y decimos, en el año 2008 empieza la operación plena, pasamos de esta condición y aquí empezamos a correr no solamente 12 años, sino que se fue a 15, conclusión, se fue una operación a 17 años”.

El abogado de la demandante le pregunta al testigo Jorge Alexis Mejia: *“Preguntado: ¿Y que pudo haber pasado, si se firma el contrato en el 2004 por qué arranca a operación en el 2006 apenas?”*, y el testigo contestó: *“Pero eso fue de alguna manera una cosa muy convenida con los operadores que fueron beneficiados en que la concesión aumento de 12 a 17 años, todo eso se concertó entre MEGABUS y los operadores, se concertaron cosas como estas, como la de tener una elasticidad para la entrega de los patios, para el mismo tema de la infraestructura, todo eso estuvo ahí de alguna manera hablado entre los operadores y MEGABUS y se privilegió para eso (sic) operación temprana de dos años, cinco años más en la concesión, estas concesiones eran de 12 años y pasaron a ser de 17 años, entonces los beneficios fueron en su momento para el sistema y los operadores”.*

En el acervo probatorio no existe prueba alguna de que PROMASIVO hubiere tenido que solicitar la compensación mencionada en el Otrosí No. 4.

El contrato de Concesión entre las partes, fue suscrito en julio 22 de 2004 y el Otrosí No. 4 se suscribió posteriormente cuando ambas partes tenían retrasos en sus obligaciones de infraestructura. Por supuesto que los posibles incumplimientos en la entrega de la infraestructura o porción de ella quedaron resueltos por el Otrosí No. 4. Es decir que la convocante se sometió a operar en la forma convenida, esperando la culminación de la obra del terminal de Dosquebradas y San Fernando.

Por los incumplimientos de PROMASIVO le fueron impuestas multas. Esto prueba que quien incumple no está legitimado para exigir cumplimiento. Los contratos, con sus Otrosí, son ley para las partes.

No sobra advertir que el Concesionario PROMASIVO quedó inmerso en múltiples compromisos y obligaciones como las del pago del Patio Troncal a entregar a MEGABÚS, al mes siguiente de la fecha del cierre financiero del contrato, los diseños de las obras de construcción y adecuación del Patio Troncal, diseños que deberán ser aprobados por MEGABÚS. Debía, también, obtener las licencias, permisos y autorizaciones necesarios para iniciar la construcción y dotación del patio. La convocante debía adecuar y mantener el patio en condiciones óptimas en un término de cuatro meses, prorrogables a elección de MEGABÚS. Cancelar todas las obligaciones y prestaciones económicas a que haya lugar conforme a la ley por concepto de impuestos prediales, valorizaciones, la prestación periódica de los servicios públicos domiciliarios.

Por su parte MEGABÚS quedó obligado a adquirir el lote de terreno que constituya el patio troncal, cuya adquisición es primordial para que el Concesionario obtuviera las licencias y permisos municipales. Ante la carencia de algunas pruebas, para saber si MEGABÚS por su parte, cumplió los compromisos en relación con la entrega de los lotes para los patios, nos trasladamos al texto demandatorio en cuyos hechos aparecen unas confesiones del actuar de MEGABÚS:

Hecho 59: “*PROMASIVO, para cumplir con el compromiso de entrega del patio troncal recibió de LEASING BANCOLDEX, a título de arrendamiento financiero la tenencia del lote 2ª, para lo cual firmaron CONTRATO DE LEASING FINANCIERO #101-6000-11628 (anexo #74) el 5 de diciembre de 2007, por valor de MIL MILLONES DE PESOS (\$1.000.000.000,00) posteriormente suscribieron el Otrosí #1 (anexo 74) el 19 de octubre de 2009, por la suma de TRES MIL QUINIENTOS MILLONES DE PESOS (\$3.500.000.000,00) para la construcción, adecuación e instalación de la infraestructura para el patio, conforme lo acordado con MEGABUS en el contrato de Concesión #1 de 2004*” (folio 95 de la demanda).

HECHO 60 (Folio 99 de la demanda): “*Una vez PROMASIVO hizo entrega del lote a MEGABUS, con acta parcial, del 6 de septiembre de 2005, **MEGABUS LO DEVUELVE, EN CALIDAD DE USUFRUCTO A PROMASIVO***”

La demandante para explicar el hecho de las dos fases de operación, agrega que el Conpes 3503 de 2007 indicó los avances de la implantación de la Operación de buses del sistema Megabús, y quiso aclarar los Otrosí de los contratos de Concesión del Sistema Megabús, en cuyos textos se acordó “*aprovechar la infraestructura existente*”, incluyendo en dichos documentos las etapas temprana y plena de las fases de operación. Aseguró que la etapa de operación temprana no tuvo otro motivo que desplazar la etapa de operación plena en el tiempo y cuyo aprovechamiento le permitió a AMCO fijar una tarifa de \$1.100 por los dos años que duraría dicha operación temprana (agosto 2006 a agosto 2008).

Este hecho expuesto en la demanda por la convocante fue respondido en la contestación de la demanda, en la siguiente forma:

“*Es cierto que el CONPES 3503 de 2007, hace seguimiento a los documentos Conpes 3220 de 2003 y 3416 de 2006 y señala los avances de la implantación de la Operación de Buses del Sistema Megabus. Al respecto afirma que desde la entrada en operación del proyecto en agosto de 2006 al*

momento de la publicación del documento Conpes su infraestructura se encontraba en un estado avanzado de desarrollo (92.5%)”.

“No es cierto que la etapa de operación temprana haya desplazado en el tiempo la etapa de Operación Plena. La etapa de Operación Temprana establecida en el Otrosí #4 al Contrato de Concesión #1 de 2004 surgió de un acuerdo entre las partes para aprovechar la infraestructura existente, ya que había avanzado lo suficiente en todos los frentes de trabajo requeridos para el inicio e implementación de la operación. Lo anterior queda claramente establecido en la cláusula 3, donde las partes suscriben un acuerdo total sobre las circunstancias cubiertas en el mencionado Otrosi y su respectiva acta de acuerdo, de manera que renunciaron a realizar cualquier reclamación que pudiera surgir con relación a las circunstancias relacionadas de la misma”.

“La tarifa usuario para la operación temprana no se encuentra establecida en el otrosí #4 como se da a entender por la redacción del Hecho número 26, sino que fue fijada por el AMCO, como autoridad de transporte, mediante el Decreto Metropolitano número 12 de agosto 18 de 2006, en la suma de \$1.100. Teniendo en cuenta que la etapa tuvo la misma vigencia, durante la cual no sería necesaria su actualización”.

Para abundar en argumentos en el alegato de conclusión del demandante, cuyo texto se basa en los testimonios, el actor pregunta a la doctora Luz Piedad Gómez Velásquez, asesora jurídica e interventora de los contratos de operación y recaudo, lo siguiente: *“Preguntada: Teniendo en cuenta la obligación adquirida por las partes con la aceptación del Contrato de Concesión #1 de 2004, sírvase informar si se dio el cumplimiento a la entrega de la Estación de San Fernando y el Intercambiador de Dosquebradas dentro de los plazos establecidos?”* **CONTESTO: “... nosotros cuando incluimos en el contrato la fase de operación temprana hicimos un cierre de todos los temas derivados de la infraestructura, lo único que se tardó fue la estación San Fernando pero ese acuerdo que se hizo en el año 2006, cerraba cualquier reclamación en ese sentido, el intercambiador de Dosquebradas si se demoró, pero también fue una decisión para**

efectos de no impactar que se hacía la liquidación considerando el sitio, era muy poquito (sic) la ubicación del intercambiador donde está ahora además al intercambiador provisional era una distancia muy poquita pero se liquidó como si la operación saliera del intercambiador definitivo”

Para concluir este punto del incumplimiento de MEGABÚS en cuanto a la entrega de la Infraestructura, el Tribunal no accede a esta pretensión por carecer de fundamentos de hecho y de derecho, así como un mínimo de acervo probatorio, teniendo en cuenta que del análisis de los hitos demandatorios se colige que la convocada cumplió la mayoría de sus compromisos contractuales adquiridos.

El actor centró todo su esfuerzo probatorio en establecer si MEGABÚS había violado la participación económica y el aumento de las tarifas. Por otra parte, la demandada no era la llamada a responder por el supuesto incumplimiento del reajuste de las tarifas, sino la autoridad de tránsito AMCO, quien no era contratante y por ende tampoco demandada en la presente litis. Sin embargo, se deduce que del 2008 al 2014 la convocante operó sin mayores dificultades, distintas de una descuidada administración de sus bienes y de sus planes.

Los hechos anteriores este Tribunal los considera como una transacción contractual, pues se halla inserta en el Otrosí No. 4, el cual daba por finalizada cualquier discusión en torno a los incumplimientos en la entrega de la infraestructura contratada para la operación plena del sistema.

La señora Agente del Ministerio público trae una conclusión ajustada a lo aquí expuesto: *“En conclusión frente a los incumplimientos atribuidos por PROMASIVO A MEGABUS, solamente existe la posibilidad de que no se haya cumplido estrictamente por MEGABUS en lo concerniente a la entrega oportuna de la infraestructura, pero no es clara la consecuencia que ello causó a la actividad del Concesionario...”*.

Lo anterior se hace más evidente si se tiene en cuenta que ninguna de las condenas solicitadas por perjuicios se funda en la prosperidad de las pretensiones 16 y 17.

Por lo anterior se declararán probadas las excepciones contenidos en los numerales 3.1, 3.2, 3.4, 3.5, 3.7, 3.8, 3.9, 3.11, 3.14, 3.16, de la contestación de la demanda y la propuesta de excepciones por la parte demandada.

7. Otras Excepciones

A lo largo de las anteriores consideraciones el Tribunal hizo explícita la prosperidad de la mayoría de excepciones, por lo que solo resta referirse a las demás.

En la excepción 3.6 denominada "*Inexistencia de pretensión de nulidad de la cláusula 13.2*" la demandada sostiene que la cláusula 13.2 no prevé lo que la demandante pretende y no existe un reproche de legalidad o validez de la misma por lo que es preciso aplicarla de acuerdo a su alcance respecto de lo que constituye el riesgo asumido por MEGABÚS.

Esta excepción no prospera porque las pretensiones de la actora no están fundadas en la presunta nulidad de la mencionada cláusula sino en su propia interpretación de su alcance.

También invoca el personero de MEGABÚS, como excepción, listada bajo la referencia 3.13, que PROMASIVO incurrió en un abuso del derecho a litigar a través de sus pretensiones. En estricto sentido, esta excepción debería mirarse más como una pretensión enderezada, no a contrarrestar las aspiraciones de la demanda, como es propio de los medios de defensa, sino a obtener una reparación, como resulta claramente del texto del artículo 830 del Código de Comercio, relativo al abuso del derecho, norma aplicable a esta cuestión administrativa por expresa remisión de la Ley 80 de 1993, según en otro aparte de las presentes consideraciones se sostiene. En este sentido, no puede el Tribunal ocuparse del tema, por cuanto no se trata de

resolver una pretensión dentro de una hipotética reconvencción que no se presentó.

Por lo demás, aun aceptando que pueda proponerse un abuso del derecho como excepción, no es el caso de aceptar el planteamiento de la convocada, toda vez que no se encuentra que MEGABÚS haya abusado de su derecho de acceso a la justicia, porque propuso sus pretensiones con seriedad, si bien no con eficacia. Todo parece indicar que la convocante sufrió pérdidas económicas en su operación, no necesariamente imputables a la convocada, con lo cual no es absurdo aceptar que ejerció un legítimo derecho al buscar una reparación para ellas. Sin embargo de que se rechacen sus pretensiones, no por ello pueden calificarse como abusivas.

Dentro de este escenario, es claro que corresponde rechazar la excepción de “*abuso del derecho a litigar*”, a la cual se refiere el aparte 3.13 del listado de excepciones.

Bajo la excepción 3.20 la demandada plantea la excepción de “*Compensación*” para el evento en que el laudo hubiera condenado a pagar algún valor al actor, de forma tal que se considere que aquella tiene el derecho de compensar tales valores contra aquellas sumas de dinero insolutas a cargo de concesionario, derivadas, entre otras, de la valoración que por daños y perjuicios al sistema se efectuó mediante la resolución que declaró la caducidad del contrato. En virtud a que no se dio la condena tampoco resulta del caso abordar esta excepción.

En la excepción 3.37 denominada “*Ausencia de daño*” la demandada alega que PROMASIVO sitúa las pretensiones de condena como consecuenciales a las declarativas número 5, 8 y 4 y que nada se dijo sobre daño o perjuicio susceptible de ser reclamado por causa de las demás pretensiones declarativas relativas a los presuntos incumplimientos reclamados en relación con la restructuración de rutas, derechos de paso, entrega de infraestructura y variación de la demanda de pasajeros estimada frente a la realmente reportada. Esta excepción no ha de prosperar porque no pasa de ser una

constatación sobre la estructura de la demanda y no está orientada a enervar las pretensiones.

Finalmente, bajo la excepción 3.38 denominada "*Inepta demanda*" la demandada sostiene que al solicitar que como consecuencia de las pretensiones 4 y 8 de se condene a MEGABÚS a pagar a PROMASIVO \$1.150.286.280, la demandante sostiene que tal condena se soportar en la actuación irregular y arbitraria del ente gestor al imponer diversas multas al concesionario y para probarlo se remite a los hechos 233 al 238 de la demanda, vinculados con las multas impuestas bajo las resoluciones 112 del 2011 y 109 del 2014 d Megabús, sin que hubiera solicitado la declaratoria de nulidad de tales actos administrativos. Esta excepción no ha de prosperar porque la ineptitud de una demanda no puede considerarse a la luz de la pertinencia de los hechos y de la eficacia de las pruebas aducidas sino únicamente teniendo en cuenta el cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 82, siguientes y concordantes del Código General del Proceso los cuales el Tribunal encontró cumplidos y por eso admitió la demanda sin reparo de la demandada.

C. COSTAS Y JURAMENTO ESTIMATORIO

Como surge de lo expuesto no han de prosperar las pretensiones de la demanda. Por lo anterior, el Tribunal impondrá condena en costas a la parte demandante. Teniendo en cuenta que la parte demandada no efectuó desembolso de las sumas de gastos y honorarios del Tribunal y que no aparecen acreditados expensas ni gastos distintos sufragados por ella durante el curso del proceso, esta condena se se limitará al pago de las agencias en derecho que el Tribunal fija en \$300.000.000.

Los excedentes no utilizados de la partida de gastos si los hubiera, una vez cancelados los que se hubieren generado, serán reembolsados por el Presidente del Tribunal a quien los giró.

Adicionalmente, teniendo en cuenta que no han de prosperar las pretensiones de la demanda por carencia de causa y no por un justiprecio inadecuado de su alcance, no resulta del caso imponer sanción alguna por el juramento estimatorio prestado. Lo anterior, mucho menos cuando el Tribunal no observa temeridad, mala fe, ni actitud dolosa en la conducta procesal de ninguna de las partes.

D. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, este Tribunal Arbitral convocado para dirimir en derecho las controversias surgidas entre PROMASIVO S.A., hoy en Liquidación Judicial, como convocante y demandante, y MEGABÚS S.A., como convocada y demandada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Declarar no probadas las excepciones 3.6, 3.13, 3.18, 3.20, 3.34, 3.36, 3.37, 3.38 y 3.40.

Segundo. Declarar probadas las excepciones 3.1, 3.2, 3.3, 3.4, 3.5, 3.7, 3.8, 3.9, 3.10, 3.11, 3.12, 3.14, 3.15, 3.16, 3.17, 3.19, 3.21, 3.22, 3.23, 3.24, 3.25, 3.26, 3.27, 3.28, 3.29, 3.30, 3.31, 3.32, 3.35 y 3.39

Tercero. Denegar las pretensiones de la demanda.

Cuarto. Condenar a PROMASIVO S.A. en Liquidación Judicial a pagar a MEGABÚS S.A. la suma de trescientos millones de pesos (\$300.000.000) moneda corriente por concepto de costas y advertir que, teniendo en cuenta el resultado del proceso, ya no resulta procedente el reembolso de los gastos y honorarios de que trata la certificación expedida el once (11) de agosto de dos mil dieciséis (2016), en cumplimiento de lo dispuesto en Auto No. 9 del 29 de julio de 2016, como título ejecutivo en favor de LÓPEZ BEDOYA Y

ASOCIADOS & CIA. S. en C. y en contra de MEGABÚS S.A. y que, si éste ya se hubiere producido, la convocada tiene derecho a su restitución.

Quinto. Disponer que por Secretaria se expidan copias auténticas del presente laudo arbitral con destino a cada una de las partes y al señor agente del Ministerio Público, con las constancias de ley.

Sexto. Disponer que por Secretaria se remita el expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá para su archivo.

Notifíquese.

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Presidente

ÁLVARO MENDOZA RAMÍREZ

Árbitro

JAIME MORENO GARCÍA

Árbitro

ROBERTO AGUILAR DÍAZ

Secretario