



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
TRASLADO DE LA CONTESTACION Y LAS EXCEPCIONES
ART 175 C.P.A.C.A**

SGC

HORA: 8:00 a.m.

VIERNES, 9 DE MARZO DE 2018

M.PONENTE: ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
RADICACION: 13001-23-33-000-2017-00153-00
MEDIO DE CONTROL: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
DEMANDADO: DISTRITO DE CARTAGENA Y EPA
DEMANDANTE: EMPRESA ADMINISTRADORA DE RUTAS URBANAS DE
CARTAGENA LTDA – ETRANS LTDA Y OTROS

En la fecha se corre traslado por el término legal de tres (03) días a las partes de la Contestación de la demanda y Excepciones presentada por el Dr. José Ignacio Leiva González, apoderado de Transambiental S.A.S., el día 19 de febrero de 2018 visible a folios 22-84 del Cuaderno Principal.

EMPIEZA EL TRASLADO: VIERNES, 9 DE MARZO DE 2018, A LAS 8:00 A.M.


JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
Secretario General

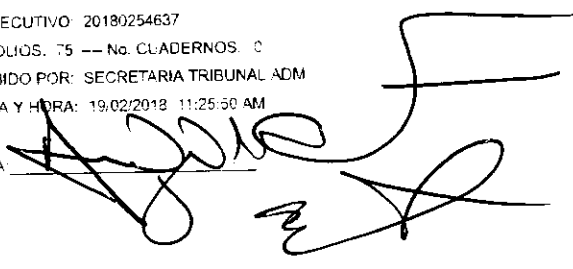
VENCE EL TRASLADO: MARTES, 13 DE MARZO DE 2018, A LAS 5:00 P.M.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
Secretario General

Centro Avenida Venezuela, Calle 33 No. 8-25 Edificio Nacional-Primer Piso
E-Mail: stadcgena@cendoj.ramajudicial.gov.co
Teléfono: 6642718

*

Honorables Magistrados
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍV
 Sección Tercera
Magistrado Ponente: Dr. Arturo Matson
 E. S. D.

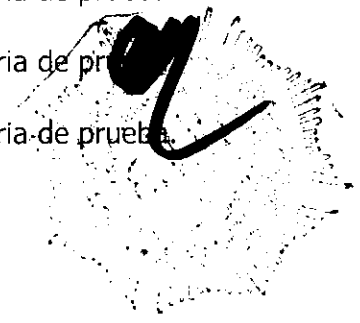
SECRETARIA TRIBUNAL ADM
 TIPO: ESCRITO DE CONTESTACION DE LA DEMANDA APODERADO DE
 TRANSAMBIENTAL SAS.....AEMC.....AIGZ
 REMITENTE: CANDELARIA ARELLANO BARRIOS
 DESTINATARIO: ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
 CONSECUTIVO: 20180254637
 No. FOLIOS: 75 --- No. CLADERNOS: 0
 RECIBIDO POR: SECRETARIA TRIBUNAL ADM
 FECHA Y HORA: 19/02/2018 11:25:50 AM
 FIRMA: 

Acción: Controversias Contractuales
 Radicación: **13001233300020170015300**
 Convocante: Empresa Administradora de Rutas Urbanas de Cartagena Ltda. -
 ETRANS LTDA. y otros.
 Convocado: Transcribe S.A. y Transambiental S.A.S.
 Referencia: Contestación de la Demanda y Excepciones de Mérito

JOSÉ IGNACIO LEIVA GONZÁLEZ, mayor de edad, domiciliado y residente en Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía 79.520.588, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional 75.388 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi condición de apoderada especial de **TRANSAMBIENTAL S.A.S.** (en adelante "Transambiental"), sociedad comercial legalmente constituida mediante documento privado de fecha 4 de septiembre de 2014, con domicilio principal en la ciudad de Cartagena, e identificada con el NIT 900.771.273-6, conforme con el poder, el Acta No. 021 de la Junta Directiva de Transambiental, y el certificado de existencia y representación legal, todos los cuales se adjuntan a este escrito, procedo, dentro del término previsto para ello, a Contestar la Demanda indicada en la referencia, y a proponer excepciones de mérito, en los términos que se exponen a continuación:

1. Contestación a los Hechos

- 1.1. No me consta lo expuesto en este hecho, por lo que deberá ser materia de prueba.
- 1.2. No me consta lo expuesto en este hecho, por lo que deberá ser materia de prueba.
- 1.3. No me consta lo expuesto en este hecho, por lo que deberá ser materia de prueba.
- 1.4. No me consta lo expuesto en este hecho, por lo que deberá ser materia de prueba.
- 1.5. No me consta lo expuesto en este hecho, por lo que deberá ser materia de prueba.
- 1.6. No me consta lo expuesto en este hecho, por lo que deberá ser materia de prueba.
- 1.7. No me consta lo expuesto en este hecho, por lo que deberá ser materia de prueba.
- 1.8. No me consta lo expuesto en este hecho, por lo que deberá ser materia de prueba.
- 1.9. No me consta lo expuesto en este hecho, por lo que deberá ser materia de prueba.
- 1.10. No me consta lo expuesto en este hecho, por lo que deberá ser materia de prueba.
- 1.11. No me consta lo expuesto en este hecho, por lo que deberá ser materia de prueba.

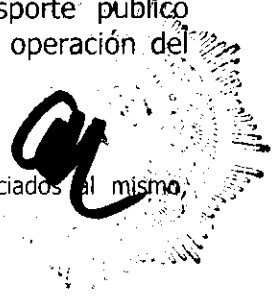


- 1.12. No me consta lo expuesto en este hecho, por lo que deberá ser materia de prueba.
- 1.13. No me consta lo expuesto en este hecho, por lo que deberá ser materia de prueba.
- 1.14. No me consta lo expuesto en este hecho, por lo que deberá ser materia de prueba.
- 1.15. No me consta lo expuesto en este hecho, por lo que deberá ser materia de prueba.
- 1.16. Es cierto, y, además, debe destacarse que esta política de Estado ha estado enmarcada en el cumplimiento de un fin constitucional consagrado en el artículo 365 de la Carta Política de 1991, consistente en el acceso eficiente a los servicios públicos
- 1.17. Es cierto.
- 1.18. Es cierto, pero sólo en cuanto hace referencia al contenido de los Documentos CONPES 3260 y 3259, ambos del 15 de diciembre de 2003, así como el Documento CONPES 3516 del 12 de mayo de 2008. No es cierto que estos documentos establecieran como requisito mínimo habilitante que las empresas de transporte y los propietarios se incluyeran en los pliegos de condiciones para adjudicar la operación del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Cartagena.

En este punto, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- (i) El documento CONPES 3259 señala, en su página 22, lo siguiente: "*Incluir, en los pliegos licitatorios definitivos para la operación de Transcribe y demás rutas a contratar, **incentivos** para la participación de la industria transportadora local que reconozcan su conocimiento y experiencia en el área de influencia del sistema, de acuerdo a los lineamientos establecidos en el Documento CONPES "Política General de Transporte Urbano y Masivo".* (Negrilla fuera del texto).
- (ii) Por su parte, el documento CONPES 3260, establece:
- (a) Página 28: "*Con el fin de aprovechar el conocimiento y la experiencia adquirida por la industria transportadora en cada ciudad, la implementación de los SITM **incentivará** la participación de la misma en los respectivos proyectos.¹ Para ello, los pliegos licitatorios para la operación de los SITM incluirán requisitos mínimos e incentivos para la participación de la industria transportadora local, que reconozcan su experiencia en el área de influencia de los sistemas y su compromiso para eliminar la sobreoferta (chatarización)*"(Negrilla fuera del texto).
- (b) Página 35: "*Incluir en los pliegos definitivos de los contratos de concesión de la operación los **requisitos e incentivos** necesarios que aseguren una participación mínima de la industria transportadora local y los pequeños propietarios de buses en el capital de las empresas operadoras y la utilización de tecnologías limpias, acorde con las políticas establecidas por la Nación, asegurando que dichos incentivos sean eficaces*"(Negrilla fuera del texto).
- (iii) Nótese que los documentos CONPES **no** hablan de *requisitos mínimos habilitantes*, como erróneamente lo refieren los Demandantes, sino de incentivos o estímulos mínimos para promover la participación del transporte público colectivo en los procesos de selección para la adjudicación de la operación del Sistema Integrado de Transporte Masivo.

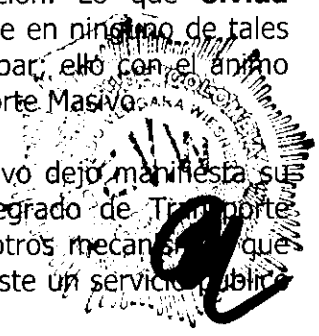
¹ La industria transportadora local la componen las empresas de transporte y servicios asociados al mismo, propietarios de vehículos y conductores existentes en cada ciudad.



- (iv) Lo anterior tiene una gran relevancia conceptual, toda vez que no se fuerza la participación del transporte público colectivo, sino que dicha participación debe incentivarse. Ello tiene una razón sencilla, prístina y lógica, y es que las políticas de Estado, y el Estado mismo, no pueden **obligar** al transporte público colectivo a operar los Sistemas Integrados de Transporte Masivo, sino que debe facilitar su **participación**. Una interpretación como la de los Demandantes, es decir, que era menester u obligatorio incluir al transporte público colectivo como operador del Sistema Integrado de Transporte Masivo, llevaría a suponer, y a hacerlo de forma equivocada, que la implementación de un servicio público de transporte eficiente, ágil y mejor para la ciudadanía estaría subordinado al interés particular y privado de los transportadores.
- (v) En otras palabras, siendo importante, como política de Estado, la implementación de Sistemas Integrados de Transporte Masivo en las ciudades del territorio nacional con más de un millón de habitantes, dicha implementación no puede estar supeditada, subordinada o sometida al interés personal de los transportadores, y no puede estarlo porque el interés particular de los transportadores no puede sobreponerse o superponerse al bienestar general, al del millón de posibles usuarios.
- (vi) De esta manera, y como en efecto ocurrió, si el transporte público colectivo, teniendo incentivos para participar en la operación del Sistema Integrado de Transporte Masivo, no lo hace, no concurre a los procesos de selección abiertos, pues el Estado no puede esperar a que a bien tengan intención de participar, sino que debe promover otros escenarios y otros participantes para que el bienestar general se haga patente y se haga realidad en beneficio de toda la ciudadanía.
- (vii) Tan claro fue este aspecto, que los documentos CONPES no establecieron una única alternativa de participación en los procesos de selección, sino que dejaron abiertos todos los escenarios posibles, señalando, en cualquier caso, que en todos estos escenarios el transporte público colectivo tendría un incentivo mayor para participar. Así, y si aún contando con estos incentivos, el transporte público colectivo no quiso concurrir a la invitación realizada por Transcaribe S.A. (en adelante "Transcaribe" o el "Ente Gestor") pues el Estado no puede obligarlo, ni mucho menos, y tampoco puede desestimar la implementación del Sistema Integrado de Transporte Masivo, teniendo en cuenta la ingente necesidad de ofrecer un servicio público de transporte de garantías, eficiente y ágil.
- (viii) Debe destacarse con total y absoluta claridad que las afirmaciones de los Demandantes, ninguna de ellas se refiere a que no hubieran tenido los **incentivos** para participar, porque los tuvieron, sino a interpretaciones equivocadas y sesgadas de los documentos de política económica y de promoción del servicio público de transporte.

1.19. Es cierto. En efecto, durante muchos años Transcaribe abrió diversos y diferentes procesos de selección para adjudicar la operación del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Cartagena, y en todos ellos, incluido el que ahora es objeto de debate por parte de los Demandantes, se incluyó al transporte público colectivo y a este gremio se le ofrecieron múltiples incentivos para fomentar su participación. Lo que **olvida** mencionar la parte demandante, y lo hace de muy mala fe, es que en ninguno de tales procesos de selección el transporte público colectivo quiso participar; ello con el ánimo de entorpecer la implementación del Sistema Integrado de Transporte Masivo.

En consecuencia, y como quiera que el transporte público colectivo dejó manifiesta su intención de no querer participar o ser parte del Sistema Integrado de Transporte Masivo, Transcaribe se vio abocado a incluir otras alternativas, otros mecanismos que permitieran, como en efecto ocurre ahora mismo, para que se preste un servicio público



de transporte de calidad. En cualquier caso, y debe destacarse, la inclusión de otras alternativas de participación jamás se hizo en desmedro de los derechos o intereses del transporte público colectivo; todo lo contrario, Transcaribe, en todos sus procesos de selección incluyó la posibilidad de que el transporte público colectivo, con incentivos y facilidades, tuviera garantías para participar en los procesos de selección, a pesar de lo cual éstos no se presentaron.

1.20. Es cierto parcialmente. En efecto, para las licitaciones públicas TC-LPN-002 de 2011, TC-LPN-003 de 2011, TC-LPN-002 de 2013 y TC-LPN-003 de 2013, Transcaribe incluyó, no como requisito habilitante, y sí como alternativa de presentación de las propuestas, que los interesados contaran con un cierto número de empresas de transporte público colectivo o con un número determinado de propietarios de buses o busetas. Además, y hecho que olvidan mencionar los Demandantes, también se incluyeron incentivos que fomentaran la participación de estos posibles interesados.

De otra parte, y por ser importante, debe mencionarse que esta alternativa de presentación de propuestas **no se obvió o se dejó de incluir** en el proceso de selección abreviada SA-MC-007 de 2014, en virtud del cual se establecieron las siguientes formas de participación:

- (i) El numeral 4.1.1.3 de los Pliegos de Condiciones regulaba la composición de la estructura de los proponentes y estableció **dos** alternativas, siendo cualquiera de ellas válida.
- (ii) La **Alternativa 1** se reguló en el numeral 4.1.1.3.1 de los Pliegos de Condiciones, en los siguientes términos:

"4.1.1.3.1 Composición de la Estructura Societaria del Proponente: Alternativa 1 de Presentación de la Oferta

Esta alternativa prevé la posibilidad de presentar propuesta sin contar con participación de actores actuales de la operación del transporte público colectivo en la ciudad de Cartagena.

En este escenario, el proponente deberá incluir como miembro del proponente plural (promesa de sociedad futura – promitente socio) o como socio o cooperado del proponente singular (sociedad con objeto único), una persona jurídica cuyo objeto social contemple de manera expresa la prestación del servicio de transporte público de pasajeros, y se encuentre actualmente habilitado por la autoridad de transporte correspondiente del país de origen, fijando un porcentaje de participación mínimo del treinta por ciento (30%) dentro del proponente.

Adicionalmente, deberá acreditar experiencia específica en la prestación del Servicio de Transporte Público Masivo de Pasajeros, en un Sistema de Transporte Masivo que movilice mínimo 300.000 pasajeros pagos por día. La experiencia será acreditada por el miembro del proponente plural o socio o cooperado del proponente singular, en los términos del inciso anterior.

Esta estructura plantea la vinculación de propietarios sólo para efectos de garantizar la adquisición de puntaje por ese concepto, de modo que se garantiza el cumplimiento de la política de vinculación al nuevo Sistema, de los actuales actores.



Para efectos de adquirir el puntaje que se otorga por este concepto, los propietarios podrán ser: (i) socios del proponente, ya sea de forma directa o a través de personas jurídicas conformadas por éstos como miembro del proponente, o (ii) vinculados con el compromiso irrevocable de desvinculación y desintegración del vehículo incluido en el **Apéndice 5**, sin hacer parte de la estructura societaria del proponente.

Cada propietario podrá asociarse o vincularse únicamente a un solo proponente dentro del presente proceso de selección. En relación con los propietarios que de manera directa o a través de personas jurídicas conformadas por propietarios como miembro del proponente, o con compromiso irrevocable de desvinculación y desintegración sea parte de dos proponentes diferentes, Transcribe no tendrá en cuenta a ese propietario, para efectos de otorgar puntaje en ninguna de las propuestas en las que sea vinculado. Si el propietario es vinculado por otro proponente para acreditar el cumplimiento del requisito habilitante, conforme a la Alternativa 2, ese propietario no será tenido en cuenta para acreditar el requisito habilitante, por concurrir en dos proponentes diferentes.

Esta misma regla resulta aplicable cuando el mismo proponente presente propuesta para dos concesiones de manera principal: deberá acreditar el número mínimo de propietarios a partir de los cuales se otorgará el puntaje, de manera independiente para cada una de las concesiones a las cuales busca acceder de manera principal." (Subrayado fuera del texto)

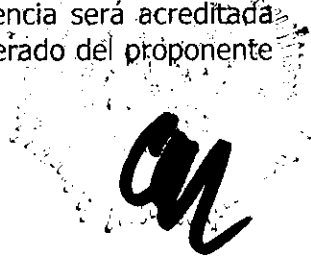
- (iii) Por su parte, la **Alternativa 2**, y que los Demandantes obvian referir de forma furtiva, se reguló en el numeral 4.1.1.3.2 de los pliegos de condiciones, de la siguiente manera:

"4.1.1.3.2. Composición de la Estructura Societaria del Proponente: Alternativa 2 de Presentación de la Oferta

Esta alternativa prevé la posibilidad de presentar propuesta contando con la participación de actores actuales de la operación de transporte público colectivo en la ciudad de Cartagena; propietarios de vehículos con los cuales se presta el Servicio de Transporte Público Colectivo y Empresas de Transporte Público Colectivo actualmente habilitadas.

En este escenario, el proponente deberá incluir como miembro del proponente plural (promesa de sociedad futura – promitente socio) o como socio o cooperado del proponente singular (sociedad de objeto único), una persona jurídica cuyo objeto social contemple de manera expresa la prestación del servicio de transporte público de pasajeros, y se encuentra actualmente habilitado por la autoridad de transporte correspondiente del país de origen, fijando un porcentaje de participación mínimo del treinta por ciento (30%) dentro del proponente.

Adicionalmente, para esta Alternativa el proponente deberá acreditar experiencia específica en la Prestación del Servicio de Transporte Público Masivo de Pasajeros, en un Sistema de Transporte Masivo que movilice mínimo 150.000 pasajeros pagos por día. La experiencia será acreditada por el miembro del proponente plural o socio o cooperado del proponente singular, en los términos del inciso anterior.





De acuerdo con esta alternativa, se deberá presentar la propuesta con un número mínimo de propietarios y empresas de transporte colectivo que se vinculen como miembros del proponente, en calidad de socios, promitentes socios o cooperados.

En relación con los propietarios, en esta alternativa los propietarios deberán ser vinculados con la propuesta haciendo parte de esta manera directa o a través de personas jurídicas conformadas por propietarios. Las empresas de transporte colectivo deberán hacer parte del proponente plural o singular, de manera directa.

Cada propietario podrá asociarse únicamente a un solo proponente dentro del presente proceso de selección. En relación con los propietarios que de manera directa o a través de personas jurídicas conformadas por propietarios como miembro del proponente, o con compromiso irrevocable de desvinculación (sólo para la Alternativa 1), sea parte de dos proponentes diferentes, Transcaribe no tendrá en cuenta a ese propietario, para efectos de acreditar el cumplimiento del requisito habilitante respecto de quien concurra la restricción.

Tampoco el propietario que se encuentre en la situación descrita en el inciso anterior otorgará puntaje en ninguna de las propuestas en las que sea vinculado.

Esta misma regla resulta aplicable cuando el mismo proponente presente propuesta para dos concesiones de manera principal: deberá acreditar el número mínimo de propietarios a partir de los cuales se habilita al proponente, de manera independiente para cada una de las concesiones a las cuales busca acceder. Así mismo, deberá acreditar los propietarios adicionales al requisito habilitante a partir de los cuales se asignará el puntaje, para cada propuesta principal que presente.

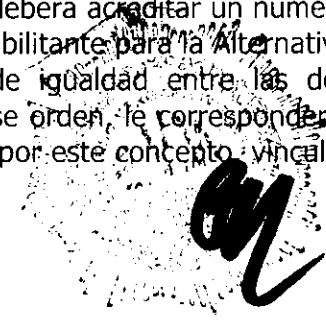
Frente a las empresas de transporte público colectivo, igualmente el proponente que presente propuesta para dos (2) concesiones de manera principal, deberá acreditar el número mínimo de empresas de transporte público colectivo a partir de las cuales se habilita al proponente, de manera independiente para cada una de las concesiones a las cuales busca acceder de manera principal." (Subrayado fuera del texto)

(iv) De otro lado, y con el fin de generar y crear incentivos al transporte público colectivo, como así se establecía en los documentos CONPES, Transcaribe estableció lo siguiente en el numeral 4.6.1 de los pliegos de condiciones:

"4.6.1. Democratización. Inclusión de propietarios adicionales

Se le asignará el puntaje mayor al oferente que ofrezca la mayor cantidad de propietarios adicionales, a los exigidos como criterio habilitante mínimo respecto de la Alternativa 2, y adicionales a ese número mínimo para la Alternativa 1.

Vale decir, para la Alternativa 1 el proponente deberá acreditar un número adicional de propietarios, a partir del mínimo habilitante para la Alternativa 2, de modo que se establezca un criterio de igualdad entre las dos alternativas de presentación de la oferta. En ese orden, le corresponderá, para acceder al rango más bajo de puntuación por este concepto vincular





mínimo 101 propietarios con la propuesta, de acuerdo con las diferentes alternativas de vinculación previstas para la Alternativa 1.

Para la Alternativa 2, para acceder al rango más bajo de puntuación por este concepto, deberá vincular mínimo 1 propietario adicional a los presentados con la propuesta.

La calificación se asignará de la siguiente forma:

0 – 100 propietarios vinculados	0 puntos
101 – 110 propietarios vinculados	20 puntos
111 – 120 propietarios vinculados	40 puntos
121 – 130 propietarios vinculados	60 puntos
131 – 140 propietarios vinculados	80 puntos
Más de 141 propietarios vinculados	100 puntos

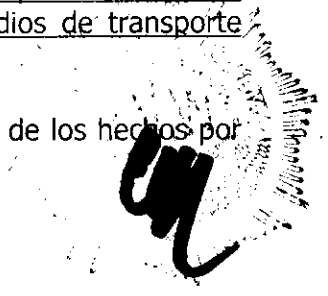
Sólo para efectos de la asignación de puntaje para la Alternativa 1, el propietario puede ser vinculado a la propuesta como socio del proponente, ya sea en forma directa o a través de sociedades conformados por estos como miembro del proponente plural o socio cooperado del proponente singular; o a través de la suscripción de un compromiso irrevocable de desvinculación del vehículo." (Subrayado fuera del texto)

- (v) Queda absolutamente claro que **sí se incluyó** al transporte público colectivo y a los propietarios de buses o busetas como posibles oferentes y futuros adjudicatarios de los diferentes procesos de selección abiertos por Transcaribe para la operación del Sistema Integrado de Transporte Masivo.
- (vi) Igualmente, y debe destacarse, a **ninguno** de los procesos de selección abiertos por Transcaribe, teniendo la alternativa para hacerlo y contando con suficientes incentivos para ello, se presentó el transporte público colectivo, por lo que, de lo expuesto anteriormente, se evidencia la total falta de legitimación en la causa por activa de los ahora Demandantes, teniendo en cuenta que no tienen ningún interés directo comprometido en la adjudicación y celebración del Contrato de Concesión TC-SA-MC-007-14.

1.21. Es cierto, y debe destacarse que ello ha ocurrido por dos sencillas y simples razones: (i) la primera, porque los procesos de selección abiertos, tal como ocurrió en el caso de la operación del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Cartagena, se contempló la alternativa que el transporte público colectivo participara, y (ii) la segunda porque el transporte público colectivo decidió **NO** participar en los procesos de selección. En el caso de la operación del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Cartagena, a pesar de abrirse varios procesos de selección que permitían la participación del transporte público colectivo, este gremio decidió libremente no participar y no ser beneficiario de los incentivos y garantías otorgados para ello.

Ante este panorama, Transcaribe tuvo que idear otras alternativas legales para adjudicar la operación del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Cartagena, pero siempre incluyendo el mecanismo de participación del transporte público colectivo, **sin que este gremio manifestara su interés en ello**. El servicio público de transporte y el bienestar común no pueden esperar a que el transporte público colectivo participe cuando a bien tenga, porque ello supondría superponer el interés particular de los transportadores al derecho constitucional y legal de contar con medios de transporte óptimos y que consulten políticas de Estado legítimas.

1.22. No es cierto, y no es más que un reflejo de la soterrada presentación de los hechos por parte de los Demandante, toda vez que:

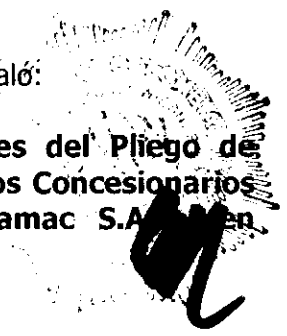


- (i) Transcaribe fue respetuoso de sus obligaciones legales e institucionales y cumplió con las políticas en materia de transporte para la adjudicación de los contratos de concesión que permitieran la correcta operación del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Cartagena.
- (ii) En este sentido, y de acuerdo con lo establecido en los documentos CONPES, estructuró procesos de selección que permitieran al transporte público colectivo y a los propietarios de buses o busetas participar en la operación del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Cartagena. En virtud de ello, y como bien lo mencionan los Demandantes, se abrieron hasta cinco (5) procesos de selección que involucraban, todos, a este gremio, y en ninguno de ellos se hicieron presentes por capricho y con el exclusivo ánimo de entorpecer la implementación del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Cartagena.
- (iii) De otro lado, no es cierto que el proceso de selección SA-MC-007 de 2014 hubiera conculcado los derechos de los Demandantes. En este sentido, debe reiterarse que este proceso de selección **sí** permitió la participación de las empresas de transporte público colectivo y de los propietarios de buses o busetas, por lo que se establecieron dos alternativas de presentación de propuestas; una de ellas exclusiva para este gremio, y éste decidió libremente no presentarse, como también lo hizo en los cuatro procesos anteriores. Lo que pasa es que los Demandantes pretendían que, indefinidamente, se abrieran y abrieran procesos de selección sin que éstos pudieran adjudicarse, sólo porque el transporte público colectivo decidía no participar; en otras palabras, a través de su actuar omisivo, y superponiendo sus intereses particulares, pretendieron truncar y entorpecer que los habitantes de Cartagena tuvieran acceso a un Sistema Integrado de Transporte Masivo de Cartagena, y Transcaribe, en cumplimiento de sus fines institucionales, no podía permitir que ello ocurriera, por lo cual tuvo que buscar otras alternativas legalmente viables para adjudicar la operación de este nuevo modo de transporte público.
- (iv) Los Demandantes sólo hacen referencia a la **Alternativa 1** de presentación de ofertas, y omiten reseñar la **Alternativa 2**, la cual, muy claramente, establecía la posibilidad de presentar propuesta "... contando con la participación de actores actuales de la operación de transporte público colectivo en la ciudad de Cartagena; propietarios de vehículos con los cuales se presta el Servicio de Transporte Público Colectivo y Empresas de Transporte Público Colectivo actualmente habilitadas".
- (v) De esta forma, no es cierto que se hubiera desconocido o pretermitido la participación del transporte público colectivo; todo lo contrario, se ofrecieron todas las garantías para ello, estableciendo, incluso, incentivos que facilitaban que éstos fueran adjudicatarios de la operación del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Cartagena, a pesar de lo cual, este gremio decidió no participar.

1.23. Es cierto, en cuanto hace referencia a un documento de observaciones que presentaron los Demandantes en el marco del proceso de selección SA-MC-007 de 2014, y que fue contestado fundada y motivadamente por parte de Transcaribe.

En efecto, frente a cada una de las observaciones, el Ente Gestor señaló:

- (i) **Inconstitucionalidad e Ilegalidad de las disposiciones del Pliego de Condiciones que refieren a la vinculación de los nuevos Concesionarios con el Patrimonio Autónomo constituido por Sotramac S.A. (en adelante "Sotramac")**



- (a) En primer lugar, se hizo alusión a lo establecido en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, y según el cual: *"Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley (...)".*
- (b) Bajo ese entendido, corresponde revisar las reglas y los principios que corresponden al derecho privado en materia de autonomía de la voluntad de las partes y cumplimiento de los contratos. Frente a ese particular, el artículo 16 del Código Civil prevé lo siguiente: *"No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres".*
- (c) Por su parte, el artículo 1602 del mismo cuerpo normativo dispone que: *"Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".*
- (d) En punto al principio de la autonomía de la voluntad de las partes, la Corte Constitucional indicó lo siguiente en sentencia C-1194 de 2008:

"5. Principio de autonomía de la voluntad privada

El principio de autonomía de la voluntad privada ha sido definido por la doctrina del derecho civil² y por la jurisprudencia constitucional³, como el poder de las personas, reconocido por el ordenamiento positivo para disponer con efecto vinculante de los intereses y derechos de los que son titulares y por ende crear derechos y obligaciones, siempre que respete el orden público y las buenas costumbres.

Al respecto la jurisprudencia de la Corte ha señalado que este principio encuentra fundamento constitucional en los artículos 13 y 16 de la Carta, en tanto reconocen, respectivamente, el derecho a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad. Estos derechos permiten inferir que se reconoce a los individuos la posibilidad de obrar de acuerdo con su voluntad, siempre y cuando respeten el orden jurídico y los derechos de las demás personas.

Aunado a lo anterior, encuentra la Corte, tal y como lo ha expresado previamente, que el principio de autonomía de la voluntad privada está ligado a la libertad de empresa y económica, que en regímenes democráticos, como en el nuestro, se somete a la limitación del bien común, y a la prevalencia del interés general sobre el particular (artículos 333 y 2 de la constitución política). Es de estas libertades que emana la libertad de contratación como manifestación del principio al que se ha venido haciendo referencia, y conforme con el cual los particulares pueden realizar los acuerdos vinculantes que deseen para el intercambio de bienes y servicios.⁴

Ahora bien, el principio de autonomía de la voluntad privada en el marco del Estado colombiano debe ser interpretado conforme con

² Marco Gerardo Monroy Cabra, Introducción al Derecho, Bogotá, Editorial TEMIS, págs. 542-549.

³ Ver Sentencia C-341 de 2006 M. P. Jaime Araujo Rentería.

⁴ Ver Sentencia C-993 de 2006 M. P. Jaime Araujo Rentería

los principios, valores y derechos reconocidos por la Carta y propios del Estado Social de Derecho, lo cual significa que el postulado, como ya se señaló, no tiene una connotación absoluta, y por tanto admite excepciones, relacionadas entre otras, con la realización de la justicia y el respeto de los derechos fundamentales.

Finalmente debe precisar la Corte que, este principio encuentra consagración legal en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual "[t]odo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales" en concordancia con el artículo 16 del mismo ordenamiento, el cual establece que "[n]o podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres", que como ya se dijo, en nuestro contexto debe ser interpretado a la luz de la Constitución Política⁵.

- (e) Como se ve, a partir del principio de libre autonomía de la voluntad de las partes, que resulta aplicable por la remisión del artículo 13 en mención, Transcribe S.A. estructura una propuesta de negocio en la cual, los futuros concesionarios deberán adherir al contrato de fiducia mercantil que suscribirá el actual Concesionario, para efectos de bajar costos financieros asociados al proyecto.
 - (f) Ese contrato de fiducia mercantil está sometido a unas precisas reglas que fueron definidas en el Apéndice 13 del pliego de condiciones de la licitación pública TC-LPN-004 de 2013.
 - (g) Esa es la condición que considera Transcribe S.A., para viabilizar la ejecución del proyecto. En esa condición se materializa la propuesta de negocio que busca adelantar en el marco de la selección abreviada que está desarrollando.
 - (h) Los interesados en participar cuentan con plena libertad para aceptar o no esa condición de negocio, sin que resulte violatorio de norma constitucional o legal alguna.
- (ii) **Ausencia de violación de los documentos CONPES 3516 de 2008 y 3260 de 2003, con la inclusión de la Alternativa 1 de presentación de las ofertas**
- (a) Para responder a esta observación, Transcribe hace referencia a los antecedentes de las licitaciones públicas TC-LPN-002 de 2011, TC-LPN-003 de 2011, TC-LPN-002 de 2013 y TC-LPN-003 de 2013.
 - (b) De acuerdo con la estructuración del proyecto de pliego de condiciones de la licitación pública TC – LPN – 002 de 2011, se contemplaba la inclusión de propietarios y empresas de transporte público colectivo, en los siguientes términos:

"4.1.3. Composición de la estructura societaria del proponente

"4.1.3.1. Descripción de la Composición de la Estructura Societaria del Proponente

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. M.P.: RODRIGO ESCOBAR GIL. Referencia: Expediente D- 7370. Bogotá, tres (3) de diciembre de dos mil ocho (2008)

La Composición de la Estructura Societaria del Proponente, debe seguir los siguientes parámetros:

Deberá contar con un mínimo en la concesión 2 de Doscientos cincuenta (250) y para la concesión 1 de Doscientos (200) Pequeños Propietarios Transportadores y/o Pequeños Propietarios Transportadores Equivalentes que tengan contrato de vinculación vigente con las Empresas de Transporte Público Colectivo habilitadas en el Distrito de Cartagena, que sean propietarios de vehículos incluidos en el Apéndice 5, que cuenten con tarjeta de operación vigente expedida por la autoridad de Transporte a la fecha de apertura de la presente licitación.

Los Pequeños Propietarios Transportadores, deberán ser socios en un porcentaje mínimo del 20% del capital social del proponente plural o individual, exigido mediante la sumatoria de la participación de cada uno de ellos, ya sea en forma directa o indirecta.

(...)

El concesionario estará obligado a conservar o mantener la proporción arriba indicada con respecto a los pequeños propietarios (sin incluir propietarios equivalentes) durante los primeros siete (7) años.

(...)

"4.3. FACTORES DE EXPERIENCIA DEL PROPONENTE

"4.3.1. Experiencia operativa del proponente

"4.3.1.1 Descripción de la Experiencia Operativa del Proponente

El proponente debe acreditar como mínimo que cuatro (4) de sus integrantes, entendiéndose como tales accionistas, socios y/o integrantes del proponente plural, son Empresas de Transporte Público Colectivo habilitadas para prestar dicho servicio en el Distrito de Cartagena. Dichas empresas deben estar incluidas en el Inventario del Parque Automotor realizado por el Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte, DATT, contenido en el Decreto 0334 del 15 de marzo de 2011.

Una empresa de transporte público colectivo actual que se encuentre relacionada en dicho listado, solo puede estar vinculada a un solo proponente.

Para acreditar esta experiencia el proponente debe indicar el nombre de la empresa habilitada para prestar el servicio de transporte, que se encuentra en el listado contenido en el acto administrativo antes citado.

(...)

"4.3.2 EXPERIENCIA EN OPERACIÓN DE TRANSPORTE DE LOS PROPONENTES

"4.3.2.1 Descripción de la Experiencia en Operación de Transporte de los Proponentes



El proponente debe acreditar que cuenta como mínimo con Cuatrocientos (400) vehículos que tienen contrato de vinculación vigente con las Empresas de Transporte Público Colectivo habilitadas para prestar dicho servicio en el Distrito de Cartagena y tarjeta de operación vigente expedida por la autoridad de transporte y tránsito del Distrito de Cartagena a la fecha de la apertura de licitación. Tales vehículos deben estar incluidos en el Apéndice 5 y deben estar vinculados a las empresas de transporte público colectivo que hacen parte de su propuesta.

(...)”

Así, el proyecto de pliego de condiciones previó dos escenarios de vinculación:

- Inclusión de los propietarios en la estructura societaria del proponente.
- Inclusión de los propietarios como factor de experiencia operativa del proponente a las empresas de transporte público colectivo.

No se incluía como factor de asignación de puntaje a ninguno de los dos componentes anteriores.

En este proceso no fue emitida la resolución de apertura de la licitación pública. Fue descartado en etapa de pre-pliego de condiciones.

- (c) En el pliego de condiciones de la Licitación Pública 003 de 2011, en relación con la vinculación de propietarios y empresas de transporte colectivo, se estableció lo siguiente:

“4.1.3. Composición de la estructura societaria del proponente

“4.1.3.1. Descripción de la Composición de la Estructura Societaria del Proponente

La Composición de la Estructura Societaria del Proponente, debe seguir los siguientes parámetros:

Alternativa A.

Cuando se pretenda acreditar factores de experiencia a través de empresas de transporte público colectivo de pasajeros, el proponente singular o proponente plural deberá contar con mínimo cuatro (4) empresas de transporte público colectivo de pasajeros habilitadas en el Distrito de Cartagena, así como también deberá contar un número mínimo de propietarios.

Alternativa B.

Cuando se pretenda acreditar factor de experiencia a través de propietarios de vehículos que hacen parte del censo del parque automotor, el proponente singular o proponente plural, deberá contar con un mínimo, de acuerdo a la concesión elegida, que tengan contrato de vinculación vigente con las Empresas de Transporte Público Colectivo Urbano, habilitadas en el Distrito T. y C. de Cartagena, que sean propietarios de vehículos incluidos en el Apéndice 5, que cuenten con tarjeta de operación vigente expedida por la autoridad de Transporte



Los Propietarios Transportadores deberán ser socios en un porcentaje mínimo del 40% del proponente singular o en la conformación del proponente plural, calculado sobre el patrimonio neto exigido mediante la sumatoria de la participación de cada uno de ellos, ya sea en forma directa o indirecta a través de sociedades conformados por estos como miembro del proponente individual o plural.

(...)

"4.2. FACTORES DE EXPERIENCIA DEL PROPONENTE

"4.3.1 Experiencia operativa del proponente

"4.3.1.1 Descripción de la Experiencia Operativa del Proponente

El proponente debe acreditar que cumple como mínimo con lo siguiente:

Alternativas		Concesión 1	Concesión 2	Concesión 3
Alternativa A	Empresas	4	4	4
	Buses	646	489	456
	Propietarios	100	70	50
Alternativa B	Buses	646	489	456
	Propietarios	350	300	250

Alternativa A:

Para esta alternativa los oferentes deberán cumplir con el mínimo de empresas, el mínimo de vehículos postulados y el mínimo de propietarios para aplicar a cada una de las concesiones bajo lo condiciones de la tabla anterior.

Alternativa B:

Para esta alternativa los oferentes deberán cumplir con el mínimo de propietarios y de vehículos para aplicar a cada una de las concesiones bajo lo condiciones de la tabla anterior"

De acuerdo con lo anterior, conservando la estructura del primer intento de proceso licitatorio se incluyeron a los propietarios en la estructura societaria del proponente, y a las empresas de transporte público colectivo como factor de experiencia, plateando para el efecto dos alternativas para la presentación de las ofertas.

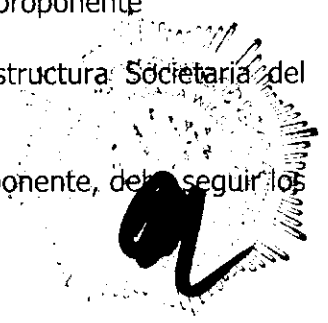
Mediante Resolución 004 de enero de 2012 se ordenó la apertura del proceso licitatorio. Sin embargo, se tuvo que revocar dicho acto mediante la Resolución 019 del 17 de febrero de 2012.

- (d) El 26 de abril de 2013 fue publicado el proyecto de pliego de condiciones de la licitación pública TC – LPN – 002 – 2013, con la siguiente estructura respecto de los requisitos habilitantes:

"4.1.3. Composición de la estructura societaria del proponente

"4.1.3.1. Descripción de la Composición de la Estructura Societaria del Proponente

La Composición de la Estructura Societaria del Proponente, debe seguir los siguientes parámetros:



Alternativa A.

Cuando se pretenda acreditar factores de experiencia a través del número mínimo de empresas de transporte público colectivo de pasajeros habilitadas en el Distrito de Cartagena exigidos para la concesión a la cual se presente, el proponente singular o proponente plural deberá contar con mínimo cuatro (4) empresas de transporte público colectivo de pasajeros habilitadas en el Distrito de Cartagena, así como también deberá contar con un número mínimo de propietarios.

Alternativa B.

Cuando se pretenda acreditar factor de experiencia a través de propietarios de vehículos que hacen parte del censo del parque automotor, el proponente singular o proponente plural deberá contar con un mínimo de propietarios (el cual depende de la concesión elegida) que tengan contrato de vinculación vigente con las Empresas de Transporte Público Colectivo Urbano, habilitadas en el Distrito T. y C. de Cartagena. Adicionalmente, los propietarios deberán estar incluidos en el Apéndice 5 y contar con contrato de vinculación vigente con una empresa de transporte público colectivo.

Tanto en el la Alternativa A como en la Alternativa B, los Propietarios Transportadores deberán ser socios del proponente singular o plural, ya sea en forma directa o indirecta a través de sociedades conformados por estos como miembro del proponente individual o plural".

Como se ve, el proceso 002 de 2013 establecía como factor habilitante a los propietarios y empresas de transporte público colectivo, señalando la condición mínima de vinculación para cada una de las alternativas.

Este proceso fue descartado como consecuencia de la decisión de la Alcaldía del Distrito de Cartagena, de unificar la tecnología de los vehículos, generando como requisito obligatorio que todos funcionaran con gas natural vehicular.

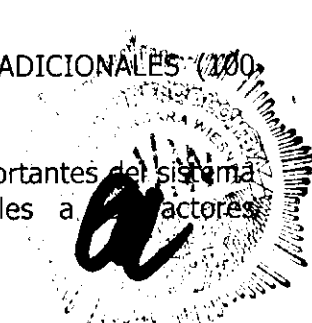
- (e) Bajo el escenario incluido en el numeral anterior, fue necesario publicar nuevamente el pre-pliego de condiciones de un nuevo proceso de selección, haciendo el ajuste a las condiciones estructurales del proceso relacionadas con el factor de calidad de los vehículos (tecnología a gas) y, como consecuencia de lo anterior, estableciendo un nuevo factor de calificación.

En ese sentido, además de la vinculación de los propietarios y de las empresas de transporte público colectivo como requisito habilitante dentro de la estructura del proponente bajo las condiciones de la licitación 002 de 2013, se previó como requisito puntuable la incorporación de propietarios, bajo la siguiente justificación incluida en el estudio previo:

"7.2 CALIDAD:

DEMOCRATIZACIÓN INCLUSIÓN DE PROPIETARIOS ADICIONALES (100 PUNTOS)

Como ya se mencionó una de las prioridades más importantes del sistema TRANSCARIBE es la de generar beneficios sociales a los usuarios y propietarios.





involucrados en el transporte público colectivo. Dentro de estos actores se encuentran los propietarios de vehículos, los cuales son parte fundamental para el éxito del nuevo esquema de negocio y el nuevo sistema de transporte.

En este orden de ideas, se le asignará el puntaje mayor al oferente que ofrezca la mayor cantidad de Propietarios adicionales a los exigidos como criterio habilitante mínimo por cada alternativa por la respectiva concesión”.

De acuerdo con lo anterior, Transcaribe determinó en el proceso licitatorio TC-LPN-003-2013 una doble condición de vinculación para los propietarios y empresas de transporte público colectivo.

Sin embargo, esa decisión no tuvo respuesta por parte de los actores locales, quienes encontraron que el proyecto denotaba problemas de estructuración técnica y financiera que hacían inviable el proceso.

Por lo anterior, en la fecha programada para el cierre, esto es, el 22 de noviembre de 2013, no se presentaron ofertas dentro del mencionado proceso licitatorio. Como consecuencia de lo anterior, mediante acto administrativo motivado se declaró desierto el proceso licitatorio TC-LPN-003-2013.

- (f) La ausencia de participación en el proceso licitatorio 003 de 2013 generó la obligación para Transcaribe S.A., y las demás autoridades locales y nacionales, de buscar estrategias encaminadas a obtener la participación de entes públicos o privados, nacionales o internacionales que, bajo la estructura esencial del proceso —la cual no sufriría modificaciones sustanciales—, se interesaran en la prestación del servicio de transporte público en la ciudad de Cartagena.

Para el efecto, se decidió incorporar dos alternativas de participación, que se resumen así:

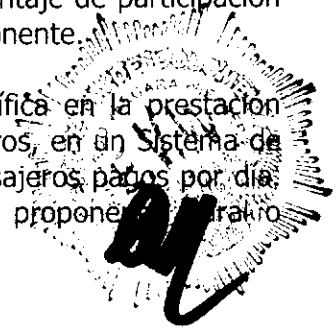
“4.1.1.3. COMPOSICIÓN DE LA ESTRUCTURA DEL PROPONENTE

“4.1.1.3.1. COMPOSICIÓN DE LA ESTRUCTURA SOCIETARIA DEL PROPONENTE: ALTERNATIVA 1 DE PRESENTACIÓN DE LA OFERTA

Esta alternativa prevé la posibilidad de presentar propuesta sin contar con participación de actores actuales de la operación del transporte público colectivo en la ciudad de Cartagena.

En este escenario, el proponente deberá incluir como miembro del proponente plural (promesa de sociedad futura – promitente socio) o como socio o cooperado del proponente singular (sociedad con objeto único), una persona jurídica cuyo objeto social contemple de manera expresa la prestación del servicio de transporte público de pasajeros, y se encuentre actualmente habilitado por la autoridad de transporte correspondiente del país de origen, fijando un porcentaje de participación mínimo del treinta por ciento (30%) dentro del proponente.

Adicionalmente, deberá acreditar experiencia específica en la prestación del Servicio de Transporte Público Masivo de Pasajeros, en un Sistema de Transporte Masivo que movilice mínimo 300.000 pasajeros pagos por día. La experiencia será acreditada por el miembro del proponente.



socio o cooperado del proponente singular, en los términos del inciso anterior.

Esta estructura, en todo caso, plantea la vinculación de propietarios sólo para efectos de garantizar la adquisición de puntaje por ese concepto, de modo que se garantiza el cumplimiento de la política de vinculación al nuevo Sistema, de los actuales actores.

Para efectos de adquirir el puntaje que se otorga por este concepto, los propietarios podrán ser (i) socios del proponente, ya sea en forma directa o a través de personas jurídicas conformados por estos como miembro del proponente o (ii) vinculados con el compromiso irrevocable de desvinculación y desintegración del vehículo incluido en el Apéndice 5, sin hacer parte de la estructura societaria del proponente.

(...)

4.1.1.3.2. COMPOSICIÓN DE LA ESTRUCTURA SOCIETARIA DEL PROPONENTE: ALTERNATIVA 2 DE PRESENTACIÓN DE LA OFERTA

Esta alternativa prevé la posibilidad de presentar propuesta contando con la participación de actores actuales de la operación del transporte público colectivo en la ciudad de Cartagena: propietarios de vehículos con los cuales se presta el Servicio de Transporte Público Colectivo y Empresas de Transporte Público Colectivo actualmente habilitadas.

En este escenario, el proponente deberá incluir como miembro del proponente plural (promesa de sociedad futura – promitente socio) o como socio o cooperado del proponente singular (sociedad con objeto único), una persona jurídica cuyo objeto social contemple de manera expresa la prestación del servicio de transporte público de pasajeros, y se encuentre actualmente habilitado por la autoridad de transporte correspondiente del país de origen, fijando un porcentaje de participación mínimo del treinta por ciento (30%) dentro del proponente.

Adicionalmente, para esta Alternativa el proponente deberá acreditar experiencia específica en la Prestación del Servicio de Transporte Público Masivo de Pasajeros, en un Sistema de Transporte Masivo que movilice mínimo 150.000 pasajeros pagos por día. La experiencia será acreditada por el miembro del proponente plural o socio o cooperado del proponente singular, en los términos del inciso anterior.

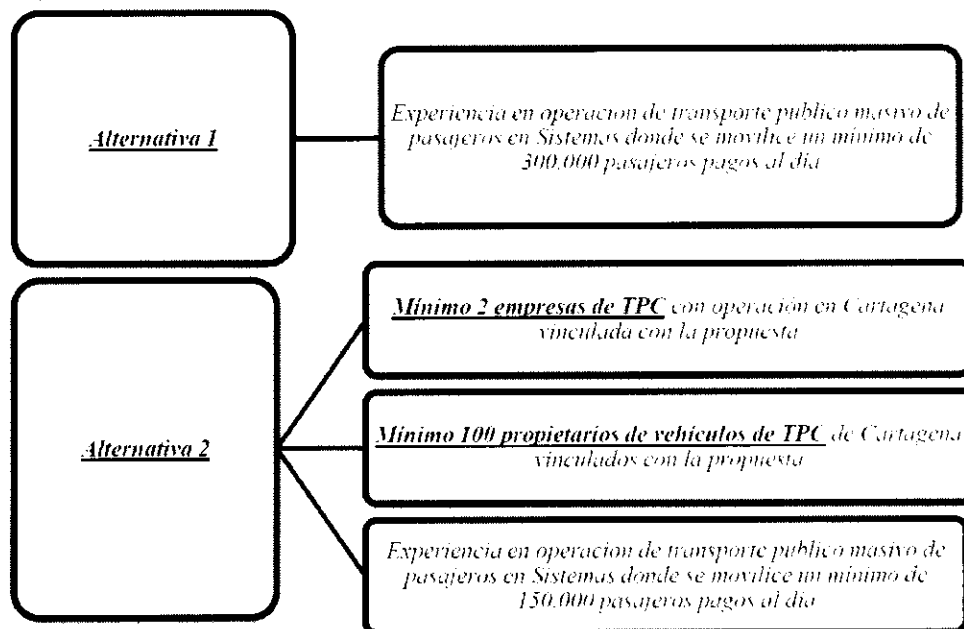
De acuerdo con esta alternativa, se deberá presentar la propuesta con un número mínimo de propietarios y empresas de transporte colectivo que se vinculen como miembros del proponente, en calidad de socios, promitentes socios o cooperados.

En relación con los propietarios, en esta alternativa los propietarios deberán ser vinculados con la propuesta haciendo parte de ésta de manera directa o a través de personas jurídicas conformadas por propietarios. Las empresas de transporte colectivo deberán hacer parte del proponente plural o singular, de manera directa.

(...)"



En resumen; lo que previó el nuevo pliego de condiciones respecto del **requisito habilitante** de propietarios y empresas de transporte público colectivo, fue lo siguiente:



Ahora bien, en relación con el **factor ponderable**, el pliego de condiciones de la licitación pública TC-LPN-004-2013 determinó lo siguiente:

“4.6. PROPUESTA DE CALIDAD (100 PUNTOS)

“4.6.1. DEMOCRATIZACIÓN. INCLUSIÓN DE PROPIETARIOS ADICIONALES

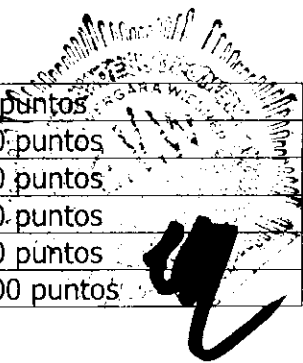
Se le asignará el puntaje mayor al oferente que ofrezca la mayor cantidad de propietarios adicionales, a los exigidos como criterio habilitante mínimo respecto de la Alternativa 2, y adicionales a ese número mínimo para la Alternativa 1.

Vale decir, para la Alternativa 1 el proponente deberá acreditar un número adicional de propietarios, a partir del mínimo habilitante para la Alternativa 2, de modo que se establezca un criterio de igualdad entre las dos alternativas de presentación de la oferta. En ese orden, le corresponderá, para acceder al rango más bajo de puntuación por este concepto, vincular mínimo 101 propietarios con la propuesta, de acuerdo con las diferentes alternativas de vinculación previstas para la Alternativa 1.

Para la Alternativa 2, para acceder al rango más bajo de puntuación por este concepto, deberá vincular mínimo 1 propietario adicional a los presentados con la propuesta.

La calificación se asignará de la siguiente forma:

0 – 100 propietarios vinculados	0 puntos
101 – 110 propietarios vinculados	20 puntos
111 – 120 propietarios vinculados	40 puntos
121 – 130 propietarios vinculados	60 puntos
131 – 140 propietarios vinculados	80 puntos
Más de 141 propietarios vinculados	100 puntos





Sólo para efectos de la asignación de puntaje para la Alternativa 1, el propietario puede ser vinculado a la propuesta como socio del proponente, ya sea en forma directa o a través de sociedades conformados por estos como miembro del proponente plural o socio o cooperado del proponente singular; o a través de la suscripción de un compromiso irrevocable de desvinculación del vehículo”.

Como se ve en los apartes transcritos, es claro que la estructuración de ofertas prevé dos alternativas así:

- Una primera Alternativa que contempla la inclusión de propietarios y empresas de transporte colectivo como requisito habilitante. Así como la inclusión de los propietarios como factor ponderable.
- La segunda Alternativa contempla la inclusión de los propietarios como factor ponderable

Así, respetando la directriz del Documento CONPES 3260 de 2003, se incluyeron “requisitos mínimos e incentivos para la participación de la industria transportadora local”, razón suficiente que desvirtúa cualquier vulneración el mandato del Documento CONPES o de la Constitución Política.

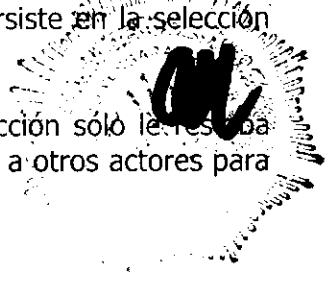
(g) Tal como consta en los documentos previos y las memorias de la licitación pública TC-LPN-004 de 2013, los elementos esenciales del proceso licitatorio TC-LPN-003 de 2013, que fue declarado desierto, no fueron modificados.

En efecto, los siguientes aspectos permanecieron en la licitación pública TC-LPN-004 de 2013 y aún permanecen en la selección abreviada actualmente en trámite:

- El proceso de desvinculación y desintegración sigue en cabeza de los futuros concesionarios.
- No existen recursos para hacer fondeo del Fondo de Contingencias, diferente a lo previsto con recursos de los posibles concesionarios a partir de la liberación de la carga tarifaria que corresponde a TRANSCARIBE S.A.
- El costo de la infraestructura sigue a cargo de la tarifa, aun cuando existe un firme compromiso del Ente Gestor, del Gobierno Distrital y del Gobierno Nacional, de llegar a acuerdos frente a este concepto, mediante el aporte de recursos para el pago de la infraestructura y su consecuente exclusión de la tarifa.

Bajo esa consideración, el riesgo de ausencia de propuestas en la licitación TC-LPN-004 de 2013 era latente, por cuanto justamente sobre los tres (3) elementos antes indicados giró la discusión frente a la inviabilidad del proyecto en la versión que correspondió a la licitación pública declarada desierto en noviembre pasado. Ese mismo riesgo persiste en la selección abreviada.

En ese orden, a TRANSCARIBE y su órgano de dirección sólo le resta generar alternativas de participación que involucraran a otros actores para conciliar dos derechos:



- El derecho de los ciudadanos de contar con un sistema de transporte público que se preste en condiciones de eficiencia – protección del interés general.
- El derecho de los propietarios de vehículos y empresas de transporte público colectivo de continuar vinculados a la prestación del servicio público de transporte por medio del nuevo esquema – protección del interés particular.

De acuerdo con lo anterior, el nuevo proceso de selección abreviada SA-MC-007 de 2014 introdujo modificaciones, particularmente, en relación con las alternativas que tienen los interesados para presentar propuesta, en tanto responde a la necesidad de generar espacios de participación para los transportadores locales, pero garantizando que pueda existir interés de otros actores para también proteger el derecho de los cartageneros de contar con un servicio de transporte público eficiente, como derecho protegido por la Constitución Política.

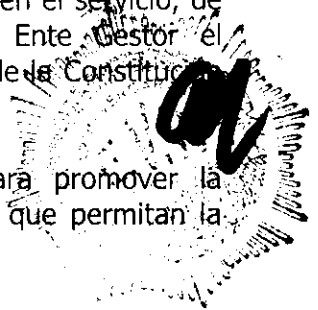
Así, al Estado le corresponde el deber superior de garantizar la prestación del servicio público y, en particular para el caso que nos ocupa, de la prestación del servicio público de transporte a favor de los ciudadanos de Cartagena de Indias. Es derecho correlativo a este deber del Estado, el de los ciudadanos de ser beneficiarios de un servicio público de transporte eficiente. Por eso debe trabajar el Ente Gestor, ese es su mandato.

- (h) En ese orden, tal como se explica en el estudio previo de la selección abreviada SA-MC-007-2014, la ausencia de participación en el proceso licitatorio 003 de 2013 y la declaratoria parcial de desierta de la licitación 004 de 2013, generó la obligación para el Ente Gestor y demás autoridades locales y nacionales, de buscar estrategias encaminadas a obtener la participación de entes públicos o privados, nacionales o internacionales que, bajo la estructura esencial del proceso, se interesen en su prestación.

Ahora bien, en lo que guarda relación con lo contenido en el documento CONPES frente a la vinculación de propietarios y actuales actores del sistema de transporte colectivo de la ciudad de Cartagena, debe indicarse que el nuevo proceso protege esa recomendación incluida en el mencionado documento. En efecto, tanto la alternativa 1 como la alternativa 2 de presentación de oferta, prevén la vinculación de propietarios y empresas de transporte público colectivo. Respecto de la Alternativa 1, a los propietarios como instrumentos para la asignación de puntaje. En la Alternativa 2 a los propietarios y empresas de transporte público colectivo como requisito habilitante para presentar propuesta, en adición a la obtención de puntaje respecto de los propietarios.

En ese contexto es claro que no se desconoce la política prevista en el documento CONPES relacionada con la vinculación de propietarios, pero se crea un mecanismo como alternativa para ampliar el espectro de interesados, para lograr contar con operadores que presten el servicio, de modo que se garantice por parte del Distrito y el Ente Gestor el cumplimiento del mandato contenido en el artículo 365 de la Constitución Política.

La estructuración actual mantiene las condiciones para promover la participación de todos los interesados, bajo condiciones que permitan la



competencia entre actores que se interesen por prestar el servicio público de transporte, partiendo de la premisa según la cual, las condiciones estructurales del proceso licitatorio que fue declarado desierto por ausencia de interés de los actores locales no fueron modificadas.

- (i) Es de resaltar que las afirmaciones expuestas por los ahora Demandantes, además de ventilarse ante Transcribe y ahora en esta demanda, también se expusieron en sede de acción de tutela, en desarrollo de la cual se estableció lo siguiente: "(...) *En primer lugar, las accionantes basan el susodicho perjuicio en la posible y eventual exclusión de las mismas, en la operación del nuevo SITM de la ciudad, lo cual a juicio de este Juez de Tutela, es una situación futura e incierta; teniendo en cuenta que así como la licitación pública No. TC-LPN-004-2013, contiene la citada alternativa, de igual forma estatuye otra (Alternativa 2), en la cual se da la posibilidad de presentar propuestas; contando con la participación de actores actuales de la operación del transporte público colectivo de la ciudad, como son propietario de vehículos, y empresas de transporte —como las tutelantes—; dentro de la constitución societaria del postulante*"(Negrilla fuera del texto).
- (j) Como se ve, el mismo Juez de tutela reconoció la ausencia de vulneración, por cuanto existe la Alternativa 2 de presentación de las ofertas, la cual persiste en la selección abreviada que es objeto de observación.

1.24. Es cierto, Transcribe no aceptó las observaciones realizadas por los ahora Demandantes, pero, como quedó visto, se hizo de forma fundada, motivada y respetando, en su integridad, la ley vigente y las políticas económicas y sociales.

1.25. Es cierto parcialmente. Si bien es cierto que, como consecuencia del proceso de selección SA-MC-007 de 2014, se celebró el Contrato de Concesión, **no es cierto** que ello se hubiere hecho pese a la oposición de las empresas ahora Demandantes. Sobre este particular, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- (i) En primer término, todas las observaciones realizadas por los Demandantes fueron atendidas y resueltas de forma motivada y clara.
- (ii) Y, en segundo lugar, los Demandantes no se opusieron al desarrollo del proceso de selección, y no lo hicieron porque, teniendo la posibilidad de participar, **no lo hicieron**.

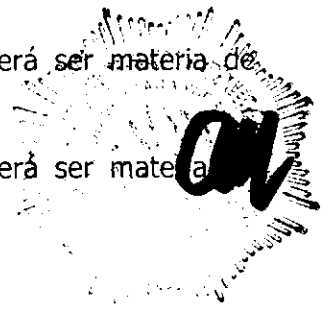
1.26. Es cierto que, a fin de implementar el Sistema Integrado de Transporte Masivo de Cartagena, las autoridades distritales procedieron a revocar las adjudicaciones de rutas urbanas. Ahora, no nos consta que los Demandantes hubieran cuestionado la licitud de estas decisiones en sede jurisdiccional.

1.26.1. No me consta lo expuesto en este hecho, por lo que deberá ser materia de prueba.

1.26.2. No me consta lo expuesto en este hecho, por lo que deberá ser materia de prueba.

1.26.3. No me consta lo expuesto en este hecho, por lo que deberá ser materia de prueba.

1.26.4. No me consta lo expuesto en este hecho, por lo que deberá ser materia de prueba.



2. Oposición a la Pretensión de la Demanda

Los Demandantes formulan como pretensión que se declare la nulidad absoluta del Contrato de Concesión que tuvo su origen en el proceso de selección abreviada SA-MC-007 de 2014, y cuyo objeto es la operación del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Cartagena. La razón de sus pretensiones, se cita textualmente la Demanda, es la siguiente: "... porque con él [con el Contrato de Concesión] se violaron valores, principios y normas constitucionales y legales que regulan imperativamente el procedimiento, adjudicación y celebración de los contratos administrativos".

Consecuentes con la contestación a los hechos de la Demanda, y de acuerdo con las excepciones que más adelante se formulan, Transambiental manifiesta su total oposición a la prosperidad de la pretensión formulada, teniendo en cuenta que la acción presentada se encuentra caducada, no se agotó en debida forma la conciliación como requisito de procedibilidad, la demanda es inepta por no haberse acumulado las pretensiones de nulidad y de controversias contractuales, los Demandantes carecen de legitimación en la causa, y porque en desarrollo del proceso de selección abreviada SA-MC-007-2014 Transcribe cumplió la normatividad legal vigente y las políticas establecidas en los documentos CONPES.

3. Excepciones de Mérito

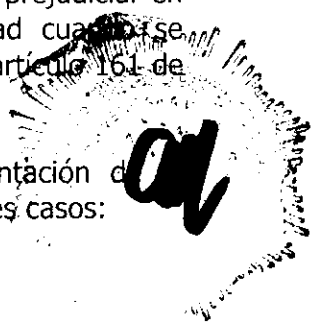
3.1. Los Demandantes agotaron la conciliación como requisito de procedibilidad aún cuando sus pretensiones no tienen la característica de conciliable, por lo que no se puede considerar suspendido el término de caducidad

3.1.1. Lo primero que debe tenerse en cuenta para analizar la prosperidad de esta excepción, es que los Demandantes aportan Constancia de no conciliación de fecha 24 de noviembre de 2016, expedida por la Procuraduría 22 Judicial II para Asuntos Administrativos de Cartagena, y en ella claramente se indica que: "*Las pretensiones de la solicitud fueron las siguientes: "Invocamos a las convocadas o demandadas que acepten que es nulo absolutamente el contrato de concesión de la operación del SITMP de Cartagena de Indias, D. T. y C., No. SA-MC-007-2014, que Transcribe S.A. y Transambiental S.A.S., celebraron el 24 de noviembre de 2014; y éste lo es porque con él se violaron valores, principios y normas constitucionales y legales que regulan imperativamente el procedimiento, adjudicación y celebración de los contratos administrativos".*

3.1.2. El día de la audiencia de conciliación, fijada para el 20 de febrero de 2017, la misma se declaró fallida, y una de las razones fundamentales para ello fue que las partes del Contrato de Concesión SA-MC-007 de 2014 (en adelante el "Contrato de Concesión") no estaban facultadas para declarar, *motu proprio*, la nulidad absoluta del negocio jurídico celebrado, toda vez que esta competencia estaba reservada al juez del Contrato de Concesión.

3.1.3. Sobre el particular, el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, que incluyó el artículo 42A a la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, señaló que la conciliación prejudicial en materia contencioso administrativa sólo sería requisito de procedibilidad cuando se tratara de **asuntos conciliables**. En esta misma línea, el numeral 1º del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011, establece lo siguiente:

"ART. 161 – **Requisitos previos para demandar.** La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos en los siguientes casos:



1. **Quando los asuntos sean conciliables**, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales." (Negrilla fuera del texto)

3.1.4. El Consejo de Estado ha analizado la conciliación extrajudicial de las acciones en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, resaltando su importancia. También ha reseñado los requisitos necesarios para su procedencia y realización, de tal forma que existiera claridad sobre la suspensión, o no, de los términos de caducidad de las acciones. Sobre el particular, esa Corporación ha establecido:

"1. La conciliación ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

De conformidad con el artículo 70 de la Ley 446 de 1998 –que modificó el art. 59 de la Ley 23 de 1991-, pueden conciliar, total o parcialmente en las etapas prejudicial o judicial, las personas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado⁶, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con ocasión de las acciones indemnizatorias -de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y contractual- previstas en el Código Contencioso Administrativo.

De esta forma, el juez aprobará el acuerdo logrado entre las partes, siempre y cuando se verifique el cumplimiento de los siguientes requisitos:

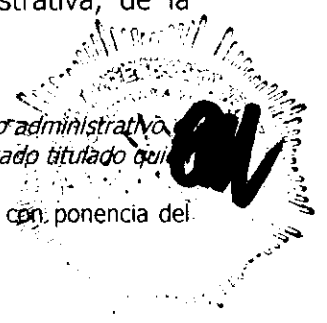
1. De conformidad con el artículo 61 de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 81 de la Ley 446 de 1998, la demanda debe haberse presentado durante el término dispuesto para ello en cada caso, en otras palabras, la acción no debe estar caducada.
2. Las partes deben estar debidamente representadas y sus representantes deben tener capacidad para conciliar.
3. Conforme el artículo 59 de la Ley 23 de 1991 –modificado por el artículo 70 de la Ley 446 de 1998-, el acuerdo conciliatorio al que lleguen las partes se debe restringir a las acciones o derechos de naturaleza económica.
4. Según los términos del inciso 3 del art. 73 de la Ley 446 de 1998, para que el acuerdo conciliatorio sea aprobado, debe contar con las pruebas necesarias que respalden lo reconocido patrimonialmente en el acuerdo.
5. El acuerdo no debe ser violatorio de la ley ni resultar lesivo para el patrimonio público (art. 73 de la Ley 446 de 1998).

Así las cosas, para que el acuerdo de conciliación objeto de estudio sea aprobado, se hace necesario establecer si los referidos requisitos se cumplen a cabalidad."

3.1.5. Adicionalmente, los artículos 61 y 62 de la Ley 23 de 1991, modificada por la Ley 446 de 1998, establecieron los requisitos de la conciliación en materia administrativa, de la siguiente manera:

⁶ Establece el párrafo 3º del artículo 1º de la Ley 640 de 2001 que "en materia de lo contencioso administrativo, el trámite conciliatorio, desde la misma presentación de la solicitud deberá hacerse por medio de abogado titulado quien deberá concurrir, en todo caso, a las audiencias en que se lleve a cabo la conciliación."

⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia del 29 de enero de 2016, expediente 46872, con ponencia del Consejero Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.



"ART. 61 - La conciliación administrativa prejudicial sólo tendrá lugar cuando no procediere la vía gubernativa o cuando ésta estuviere agotada.

Si no fuere posible acuerdo alguno, el Agente del Ministerio Público firmará el acta en que se dé cuenta de tales circunstancias, declarará cerrada la etapa prejudicial, devolverá a los interesados la documentación aportada y registrará en su despacho la información sobre lo ocurrido.

Parágrafo 1º. En caso de que las partes soliciten una nueva audiencia de conciliación, dicha solicitud deberá ser presentada de común acuerdo.

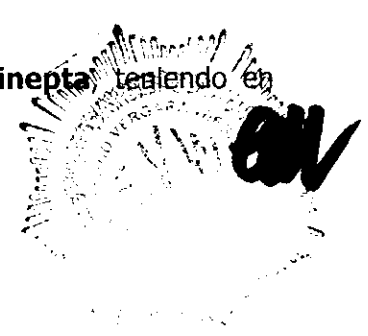
Parágrafo 2º. No habrá lugar a conciliación cuando la correspondiente acción haya caducado."

"ART. 62 - Cuando medie Acto Administrativo de carácter particular, podrá conciliarse sobre los efectos económicos del mismo si se da alguna de las causales del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, evento en el cual, una vez aprobada la conciliación, se entenderá revocado el acto y sustituido por el acuerdo logrado."

- 3.1.6. De acuerdo con lo anterior, se han resumido los requisitos en cuatro: (i) que la acción no haya caducado; (ii) que el acuerdo conciliatorio verse sobre los derechos de contenido particular y económico disponible por las partes; (iii) que las partes estén debidamente representadas y que los representantes tengan capacidad para conciliar, y (iv) que el acuerdo conciliatorio deberá contar con las pruebas necesarias, las cuales no podrán ser violatorias de la ley y/o resultar lesivas para el patrimonio público.
- 3.1.7. Estos aspectos están corroborados en el artículo 1º del Decreto 1167 de 2016, el cual señala: *"Podrán conciliar, total o parcialmente, las entidades públicas y las personas privadas que desempeñan funciones propias de los distintos órganos del Estado, por conducto de apoderado, sobre los conflictos de carácter particular y contenido económico de los cuales pueda conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de los medios de control previstos en los artículos 138, 140 y 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de Contencioso Administrativo"* (Negrilla fuera del texto).
- 3.1.8. En el asunto en revisión, se trata de la nulidad absoluta del Contrato de Concesión, aspecto que, de ninguna manera, es conciliable.
- 3.1.9. Lo anterior implica que los efectos de suspensión del término de caducidad no se apliquen en el presente caso, por lo que el periodo comprendido entre el 24 de noviembre de 2016, fecha en la que se radicó la solicitud de conciliación, y el 20 de febrero de 2017, fecha en la que se llevó a cabo la audiencia, **no se puedan contabilizar** dentro del periodo de caducidad.
- 3.1.10. De esta manera, como quiera que el Contrato de Concesión se celebró el 24 de noviembre de 2014, y que la demanda se presentó el 21 de febrero de 2017, la acción de controversias contractuales se encontraba caducada, por lo que así deberá declararse en la sentencia.

3.2. Inepta Demanda

3.2.1. La demanda formulada por los Demandantes debe considerarse **inepta** teniendo en cuenta que no se presentó en debida forma.



3.2.2. En este sentido, lo primero que debe resaltarse es que los Demandantes reclaman la nulidad absoluta del Contrato de Concesión con base en lo establecido en el numeral 4º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, y que señala:

"ART. 44 – **De las causales de nulidad absoluta.** Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

(...)

4. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten (...)"

3.2.3. En efecto, afirman que en desarrollo del proceso de selección abreviada SA-MC-007 de 2014, y que culminó con la celebración del Contrato de Concesión, existieron, supuestamente, una serie de irregularidades. Sin embargo, los Demandantes **no** solicitaron la nulidad de los actos administrativos preparatorios o previos a la celebración del Contrato de Concesión, por lo que no pueden pretender que se declare la nulidad absoluta del Contrato de Concesión si no se reclamó también la nulidad de los actos administrativos proferidos antes de su celebración.

3.2.4. En otras palabras, par que proceda la nulidad absoluta del Contrato de Concesión por la causal alegada por los Demandantes, previamente deben declararse nulos los actos administrativos en que dicho negocio jurídico se fundamentó. Así, si no se demanda la nulidad de dichos actos previos, pues no se podrá dar aplicación a lo establecido en el numeral 4º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

3.2.5. Ahora, hay una razón fundamental por la cual los Demandantes no acusan la nulidad de los actos previos a la firma del Contrato de Concesión, y es tratar de burlar el término de caducidad de la acción de controversias contractuales. Esta conclusión surge del siguiente análisis:

(i) El artículo 141 de la Ley 1437 de 2011 establece lo siguiente, en relación con la acción de controversias contractuales:

"ART. 141 – **Controversias Contractuales.** Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.

El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes." (Subrayado fuera del texto)

- (ii) De acuerdo con el aparte subrayado, los actos previos a la celebración de un contrato estatal pueden demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de la Ley 1437 de 2011, y que regulan las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho.
- (iii) Sobre estas acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, el literal (c), numeral 2º del artículo 164 establece un término o plazo de caducidad específico, y lo hace en los siguientes términos:

"ART. 164 – **Oportunidad para presentar la demanda.** La demanda deberá ser presentada:

(...)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

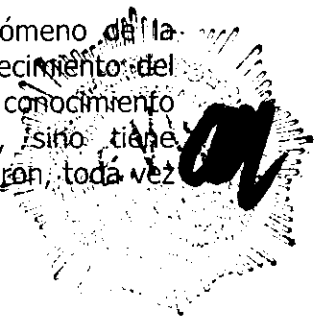
(...)

c) Cuando se pretenda la **nulidad o la nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos a la celebración del contrato, el término será de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente a su comunicación, notificación, ejecución o publicación, según el caso (...)"**

- (iv) Nótese que la norma es muy clara en establecer que, incluso, cuando el Demandante pretenda la simple nulidad de un acto previo a la celebración de un contrato, para dicha declaratoria proceda deberá demandarse dentro del plazo de cuatro (4) meses contados a partir de la notificación de dicho acto.
- (v) Vencido este plazo de cuatro (4) meses, debe entenderse, indefectiblemente, que la nulidad absoluta del Contrato no procede por la causal 4ª del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, toda vez que no existe posibilidad jurídica o legal que permita declarar la nulidad de los actos previos a la celebración de un contrato estatal.
- (vi) Tampoco podría el juez declarar de oficio la nulidad de los actos previos, toda vez que sus facultades oficiosas se restringen a la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, y **no** de los actos previos a su celebración, y, en cualquier caso, no podría hacerlo tampoco si se vencieron los términos para presentar la demanda correspondiente, toda vez que la caducidad es una institución de orden público y no puede desconocerse.

3.2.6. En el caso que nos ocupa, los Demandantes no alegan la nulidad de los actos previos, debiendo hacerlo porque en ellos fundan la nulidad absoluta del Contrato de Concesión, y no lo hacen porque los términos para hacerlo fenecieron completamente por virtud de la caducidad. En este sentido, y si partimos de la base que uno de los actos previos a la celebración del Contrato de Concesión que se alega son irregulares, es el último de ellos, es decir, el acto de adjudicación, tenemos que éste se profirió el 12 de noviembre de 2014, según Resolución 190 de esa fecha, por lo que los Demandantes tenían hasta el 12 de marzo de 2015 para instaurar la acción correspondiente.

3.2.7. Al no haberlo hecho, es evidente que operó, también por esto, el fenómeno de la caducidad de la acción, bien sea ella de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, por lo que no existe forma que permita al Despacho de conocimiento pronunciarse sobre la nulidad absoluta del Contrato de Concesión, sino que tiene herramientas jurídicas para declarar la nulidad de los actos que le precedieron, toda vez que todas ellas se vencieron, tal como fue anteriormente explicado.



3.3. Caducidad de la Acción

- 3.3.1. En las excepciones anteriores hemos visto que todas las acciones judiciales para controvertir la legalidad del Contrato de Concesión o de sus actos preparatorios, se encuentran caducadas. Sin embargo, en desarrollo de este medio exceptivo seremos un poco más profundos, para lo cual nos referiremos a la jurisprudencia vigente sobre la materia.
- 3.3.2. Para comenzar con este análisis, lo primero que deberá destacarse es que, cuando la norma del artículo 141 de la Ley 1437 de 2011 establece la posibilidad de interpretar las pretensiones de nulidad y/o la de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos que se profieran con antelación a la suscripción del contrato, se deja abierta la puerta para igualmente acudir a la pretensión de controversias contractuales contra dichos actos, siempre que se haya celebrado el contrato. En consecuencia, la forma de ejercitar la pretensión contra estos actos previos, si no se ha suscrito el contrato, viene dada por solicitar la nulidad del acto; en tanto que, una vez se suscriba el contrato, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato, excepto un caso específico, y es que, estando en ejecución el contrato, se puede pedir la nulidad o la nulidad y restablecimiento del derecho contra un acto previo **sin** que afecte la legalidad del contrato.
- 3.3.3. Cabe precisar, entonces, que la opción de utilizar las pretensiones de nulidad y/o la de nulidad y restablecimiento del derecho o la pretensión contractual en la demanda de los actos previos, va en sintonía con la concepción expuesta por el Consejo de Estado⁸, en lo relativo a que **es necesario que el debate procesal gire en torno a lo pedido por el demandante**, ya que, en ocasiones, y por ejemplo, podría utilizarse la pretensión de nulidad absoluta del contrato por la nulidad de alguno de los actos previos establecida en el numeral 4º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, pero ésta no podría dar lugar a declarar la nulidad absoluta del contrato, puesto que la afectación únicamente se reflejaría al demostrar la nulidad del acto de adjudicación del procedimiento de selección.
- 3.3.4. En esa medida, si es interpuesta la demanda alegando la pretensión de nulidad del contrato por la nulidad de algún acto previo, pero dicho acto previo no se demanda, o se demanda, pero se encuentra caducada la acción, en nada podrá centrarse la discusión o el problema jurídico, toda vez que el acto previo permanecerá con la presunción de legalidad que ostentan todos los actos administrativos, razón por la cual debe ser este último el acto que debe ser atacado para que el demandante pueda alegar la nulidad absoluta del contrato.
- 3.3.5. En el caso que nos ocupa, como quiera que los Demandantes no alegaron la nulidad de los actos previos a la celebración del Contrato de Concesión que consideran son nulos, no podría, tampoco, declararse la nulidad de dicho negocio jurídico. En cualquier caso, y si la hubieren alegado, tendría que haberse declarado la caducidad de la acción, toda vez que ésta no se ejercitó dentro de los cuatro (4) meses que establece el literal (c), numeral 2º del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011.
- 3.3.6. Este debate ya fue objeto de pronunciamiento por parte del Consejo de Estado⁹, en virtud de lo cual, se señaló lo siguiente:

"15. En este punto, conviene precisar que a partir del cambio de legislación producto de la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -2 de julio de 2012-

⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 4 de septiembre de 1997, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, expediente: 10065.

⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Auto del 5 de marzo de 2015, expediente 49307, con ponencia del Consejero Danilo Rojas Betancourth.

particularmente en lo dispuesto sobre el medio de control de control de controversias contractuales, se limitó la posibilidad, cuando el contrato estatal se hubiera celebrado, de demandar la ilegalidad de los actos precontractuales dentro del término establecido para invocar la nulidad absoluta o relativa del contrato, actuación que si era posible adelantar en vigencia del Código Contencioso Administrativo.

- 16. En efecto, se estableció en el artículo 164, literal c) y j) del C.P.A.C.A., que cuando se pretenda impugnar la legalidad de los actos proferidos antes de la celebración del contrato, estos pueden demandarse dentro del término estipulado para los medios de control de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho -4 meses-¹⁰ y, a su vez, que cuando lo demandado sea la declaratoria de nulidad absoluta o relativa del contrato, el término de caducidad será el correspondiente para el medio de control de controversias contractuales, es decir, dos años.
- 17. Sin perjuicio de lo anterior, la Ley 1437 de 2011 permite que en un mismo proceso se acumulen las pretensiones encaminadas a atacar los actos precontractuales y el contrato, **siempre y cuando no haya operado el término de caducidad, individualmente**, de ninguno de los medios de control -4 meses y dos años-. Así pues, en el evento en el que se le dé trámite a un medio de control de controversias contractuales¹¹, en el cual además de solicitar la nulidad absoluta o relativa del contrato, se pretenda atacar los actos precontractuales una vez ya transcurrió el término de 4 meses para impugnarlos, **implicaría que el juez, al momento de decidir, tendría que proferir un fallo inhibitorio, comoquiera que la causa petendi frente a los últimos ya estaría caducada.**
- 18. En ese orden de ideas, la Sala considera que el medio de control de controversias contractuales tal y como fue incoado en el presente asunto, en virtud de la aplicación del C.P.A.C.A, no es viable, comoquiera que el actor pretende la nulidad absoluta del contrato n.º 175 del 7 de junio de 2011 con base en la ilegalidad del acto precontractual del 4 de mayo de 2011, lo que implica que el término de caducidad para demandar este último -el acto precontractual- era de 4 meses y, en consecuencia, este ya venció, máxime cuando la demanda se presentó hasta el 30 de agosto de 2013." (Negrilla fuera del texto)

3.3.7. En consecuencia, debe tenerse en cuenta lo siguiente para el análisis de la caducidad:

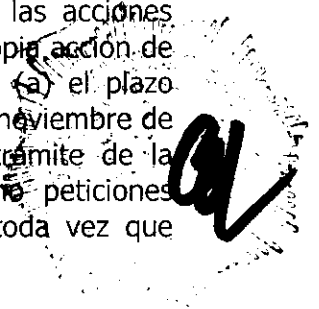
- (i) En primer lugar, consideramos que para que la causal de nulidad absoluta de un Contrato estatal fundada en lo establecido en el numeral 4º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 pueda estudiarse, deben ser nulos los actos preparatorios en que se fundamentan. En otras palabras, esta causal de nulidad absoluta del contrato sólo opera cuando igualmente se han demandado los actos en que se fundamenta dicho negocio jurídico.
- (ii) No puede ser de otra forma, toda vez que no tendría ningún sentido que se declare nulo absolutamente un contrato estatal con base en el numeral 4º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 si los actos previos no se declaran nulos también. Ello llevaría a desvirtuar por completo dos instituciones fundamentales en Derecho: (i) la seguridad jurídica, y (ii) la presunción de legalidad de los actos administrativos.

¹⁰ Artículos 137 y 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
¹¹ Evento en el cual el término de caducidad es de dos (2) años.

- (iii) En efecto, se afectaría la seguridad jurídica porque, estando en firme un acto administrativo que fundamenta un contrato, y no habiendo sido demandada su legalidad; luego, por virtud de la causal 4º de del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, se revivirían términos o plazos caducos. Del mismo modo, se vulneraría la presunción de legalidad de los actos administrativos, toda vez que se anularía un contrato estatal **sin** haber sido anulados los actos en que éste se fundamentó, y ello no podría ocurrir porque los actos previos habrían sido demandados, eventualmente, por fuera del plazo de los cuatro (4) meses de que trata el literal (c) del numeral 2º del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011.
- (iv) Es de resaltar con total y absoluta claridad, que la norma anteriormente mencionada no distingue plazos diferentes entre las acciones de nulidad y la de nulidad y restablecimiento del derecho, lo que significa que los actos preparatorios **no pueden ser demandados en cualquier tiempo**, sino en un plazo específico de cuatro meses. Vencido este plazo, no hay forma alguna de debatirlos en sede jurisdiccional; tampoco a través de la acción de controversias contractuales, la cual, si bien tiene un plazo de caducidad de dos años luego de perfeccionado el contrato, no puede servir de fundamento para revivir términos ya precluidos.
- (v) Con el anterior Código Contencioso Administrativo se señalaba que el vencimiento del término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho permitía exigir, a través de la acción de controversias contractuales, la nulidad de los actos preparatorios como fundamento de la nulidad absoluta del contrato; pero todo ello cambió con la expedición de la Ley 1437 de 2011.

En efecto:

- (a) En la actualidad, las acciones de nulidad y la de controversias contractuales se pueden ejercer de forma independiente.
- (b) Las acciones de nulidad contra los actos previos tienen un plazo de caducidad de cuatro (4) meses. Anteriormente se señalaba que el plazo de caducidad sólo aplicaba para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, toda vez que la acción de nulidad simple no caducaba.
- (c) De esta manera, no puede afirmarse que, teniendo las acciones de nulidad contra actos previos un término de caducidad de cuatro meses, independientemente que sea de nulidad simple o con restablecimiento del derecho, este plazo reviva en virtud de la acción de controversias contractuales por veinte meses más.
- (d) Tampoco puede ser que se declare la nulidad absoluta del contrato con base en los actos previos, si éstos no pueden ser declarados nulos por haber operado el fenómeno de la caducidad. Ello sería contravenir lo establecido en el numeral 4º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, y que claramente señala que los contratos estatales son nulos absolutamente cuando **se declaren nulos** los actos administrativos en que se fundamentan.
- (vi) En cualquier caso, también debe tenerse en cuenta que no sólo las acciones contra los actos previos están caducadas, sino también lo está la propia acción de controversias contractuales. Lo anterior, teniendo en cuenta que: (a) el plazo para instaurar la acción era de dos años contados a partir del 24 de noviembre de 2014; (b) este plazo no se interrumpía con la presentación y trámite de la solicitud de conciliación, toda vez que dicha solicitud tuvo como peticiones asuntos que **no** eran conciliables por expresa prohibición legal, toda vez que



A handwritten signature in black ink is written over a circular stamp. The stamp contains some illegible text, possibly a date or a reference number. The signature appears to be 'AL' or similar initials.

Transcaribe, y mucho menos Transambiental, están facultados para aceptar la nulidad absoluta del Contrato de Concesión, toda vez que dicha actuación es privativa del juez del contrato, en consecuencia, el plazo para presentar la demanda se vencía el 24 de noviembre de 2016; (d) sin embargo, la demanda se presentó el 21 de febrero de 2017, por fuera del plazo de los dos años que establece el literal (j) del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011.

3.4. Falta de Legitimación en la Causa por Activa

- 3.4.1. La legitimación en la causa consiste en la capacidad que tienen las partes para formular pretensiones y que éstas sean controvertidas. A su vez, la legitimación tiene dos categorías diferentes: la primera es por activa, y la segunda es por pasiva. Esto depende de la parte que tiene la **capacidad** para demandar o si puede **comparecer** como demandado.
- 3.4.2. De esta forma, no es una capacidad natural; no todas las personas gozan de ella. Entiéndase que es condición de la parte para comparecer a un litigio. En este sentido, el Consejo de Estado ha interpretado esta figura procesal en los siguientes términos: "... *la legitimación en la causa es una figura de derecho procesal que se refiere a la capacidad de las partes, de acuerdo a la ley, de formular o controvertir las pretensiones de una demanda* || *En efecto, un sector de la doctrina sostiene que "... la legitimación en la causa es la aptitud para ser parte en un proceso concreto*"¹²"¹³
- 3.4.3. Adicionalmente, la legitimación en la causa se fundamenta en la relación e interés sustancial que existe entre las partes previo al inicio del respectivo proceso: "*La legitimación en la causa, en términos generales, **hace referencia a la relación sustancial que debe existir entre las partes en el proceso y el interés sustancial en litigio, de tal manera que aquella persona a quien se le exige la obligación, es a quien habilita la ley para actuar procesalmente***"¹⁴ (Negrilla y subrayado fuera del texto).
- 3.4.4. Como se observa, quien tiene la capacidad de comparecer al proceso es quien tiene la obligación de responder ante un eventual fallo condenatorio, en virtud de la relación sustancial previa al proceso. Por consiguiente, para que exista legitimación en la causa para solicitar una audiencia de conciliación o para ser convocado a la misma es necesario que exista una relación o interés sustancial entre las partes.
- 3.4.5. Frente a la legitimación en la causa por activa, la Ley 1437 de 2011, en su artículo 141, establece lo siguiente:

"ART. 141 – **Controversias Contractuales.** Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.

¹² GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Miguel. *Derecho Procesal Administrativo*. Ed. Gustavo Ibáñez. Décima edición. Bogotá, Colombia. 2002. Pág. 115.

¹³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Quinta. Sentencia del 17 de julio de 2015, radicación 47001-23-31-000-2015-00032-01(ACU), con ponencia del Consejero Alberto Yepes Barreiro.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia del 12 de febrero de 2015, radicación 52509, con ponencia del Consejero Hernán Andrade Rincón (E).

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.

El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes." (Negrilla y subrayado fuera del texto)

- 3.4.6. De lo expuesto anteriormente, y teniendo en cuenta que los Demandantes **NO** participaron de la selección abreviada SA-MC-007 de 2014, y no lo hicieron teniendo la posibilidad de hacerlo, a ellos no les asiste ningún interés jurídico para demandar la nulidad absoluta del Contrato.
- 3.4.7. Los Demandantes alegan que la legitimación está dada porque ellos son empresas de transporte público colectivo y se les cercenó la posibilidad de participar en el proceso de selección, lo cual **no es cierto**, y es totalmente falaz, como quiera que los Demandantes sí podían participar en virtud de la Alternativa 2 consagrada en los pliegos de condiciones de la selección abreviada SA-MC-007 de 2014, pero no quisieran hacerlo, por lo que ahora no pueden demandar la nulidad absoluta del Contrato de Concesión, como quiera que no tienen ningún interés en este proceso; de hecho, ni siquiera tienen un interés indirecto o transversal.
- 3.4.8. Así las cosas, debe declararse la falta de legitimación en la causa por activa, y, consecuencia de ello, no se podrá hacer pronunciamiento alguno sobre las pretensiones de la demanda de controversias contractuales.

3.5. El proceso de selección SA-MC-007-2014 sí permitió la participación del transporte público colectivo

- 3.5.1. Para sustentar esta excepción, es menester hacer referencia a los antecedentes de las licitaciones públicas TC-LPN-002 de 2011, TC-LPN-003 de 2011, TC-LPN-002 de 2013 y TC-LPN-003 de 2013.
- 3.5.2. De acuerdo con la estructuración del proyecto de pliego de condiciones de la licitación pública TC – LPN – 002 de 2011, se contemplaba la inclusión de propietarios y empresas de transporte público colectivo, en los siguientes términos:

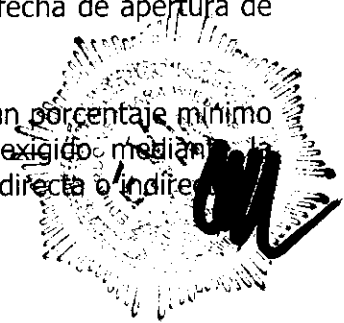
"4.1.3. Composición de la estructura societaria del proponente

"4.1.3.1. Descripción de la Composición de la Estructura Societaria del Proponente

La Composición de la Estructura Societaria del Proponente, debe seguir los siguientes parámetros:

Deberá contar con un mínimo en la concesión 2 de Doscientos cincuenta (250) y para la concesión 1 de Doscientos (200) Pequeños Propietarios Transportadores y/o Pequeños Propietarios Transportadores Equivalentes que tengan contrato de vinculación vigente con las Empresas de Transporte Público Colectivo habilitadas en el Distrito de Cartagena, que sean propietarios de vehículos incluidos en el Apéndice 5, que cuenten con tarjeta de operación vigente expedida por la autoridad de Transporte a la fecha de apertura de la presente licitación.

Los Pequeños Propietarios Transportadores, deberán ser socios en un porcentaje mínimo del 20% del capital social del proponente plural o individual, exigido mediante la sumatoria de la participación de cada uno de ellos, ya sea en forma directa o indirecta.



(...)

El concesionario estará obligado a conservar o mantener la proporción arriba indicada con respecto a los pequeños propietarios (sin incluir propietarios equivalentes) durante los primeros siete (7) años.

(...)

"4.3. FACTORES DE EXPERIENCIA DEL PROPONENTE

"4.3.1. Experiencia operativa del proponente

"4.3.1.1 Descripción de la Experiencia Operativa del Proponente

El proponente debe acreditar como mínimo que cuatro (4) de sus integrantes, entendiéndose como tales accionistas, socios y/o integrantes del proponente plural, son Empresas de Transporte Público Colectivo habilitadas para prestar dicho servicio en el Distrito de Cartagena. Dichas empresas deben estar incluidas en el Inventario del Parque Automotor realizado por el Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte, DATT, contenido en el Decreto 0334 del 15 de marzo de 2011.

Una empresa de transporte público colectivo actual que se encuentre relacionada en dicho listado, solo puede estar vinculada a un solo proponente.

Para acreditar esta experiencia el proponente debe indicar el nombre de la empresa habilitada para prestar el servicio de transporte, que se encuentra en el listado contenido en el acto administrativo antes citado.

(...)

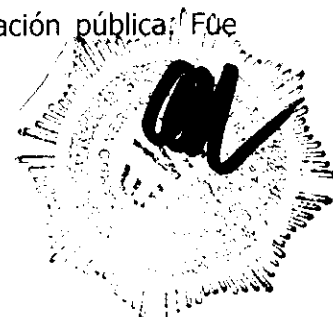
"4.3.2 EXPERIENCIA EN OPERACIÓN DE TRANSPORTE DE LOS PROPONENTES

"4.3.2.1 Descripción de la Experiencia en Operación de Transporte de los Proponentes

El proponente debe acreditar que cuenta como mínimo con Cuatrocientos (400) vehículos que tienen contrato de vinculación vigente con las Empresas de Transporte Público Colectivo habilitadas para prestar dicho servicio en el Distrito de Cartagena y tarjeta de operación vigente expedida por la autoridad de transporte y tránsito del Distrito de Cartagena a la fecha de la apertura de licitación. Tales vehículos deben estar incluidos en el Apéndice 5 y deben estar vinculados a las empresas de transporte público colectivo que hacen parte de su propuesta.

(...)"

- 3.5.3. Así, el proyecto de pliego de condiciones previó dos escenarios de vinculación: (i) Inclusión de los propietarios en la estructura societaria del proponente; y (ii) Inclusión de los propietarios como factor de experiencia operativa del proponente a las empresas de transporte público colectivo.
- 3.5.4. No se incluía como factor de asignación de puntaje a ninguno de los dos componentes anteriores.
- 3.5.5. En este proceso no fue emitida la resolución de apertura de la licitación pública; Fue descartado en etapa de pre-pliego de condiciones.



3.5.6. En el pliego de condiciones de la Licitación Pública 003 de 2011, en relación con la vinculación de propietarios y empresas de transporte colectivo, se estableció lo siguiente:

"4.1.3. Composición de la estructura societaria del proponente

"4.1.3.1. Descripción de la Composición de la Estructura Societaria del Proponente

La Composición de la Estructura Societaria del Proponente, debe seguir los siguientes parámetros:

Alternativa A.

Quando se pretenda acreditar factores de experiencia a través de empresas de transporte público colectivo de pasajeros, el proponente singular o proponente plural deberá contar con mínimo cuatro (4) empresas de transporte público colectivo de pasajeros habilitadas en el Distrito de Cartagena, así como también deberá contar un número mínimo de propietarios.

Alternativa B.

Quando se pretenda acreditar factor de experiencia a través de propietarios de vehículos que hacen parte del censo del parque automotor, el proponente singular o proponente plural, deberá contar con un mínimo, de acuerdo a la concesión elegida, que tengan contrato de vinculación vigente con las Empresas de Transporte Público Colectivo Urbano, habilitadas en el Distrito T. y C. de Cartagena, que sean propietarios de vehículos incluidos en el Apéndice 5, que cuenten con tarjeta de operación vigente expedida por la autoridad de Transporte.

Los Propietarios Transportadores deberán ser socios en un porcentaje mínimo del 40% del proponente singular o en la conformación del proponente plural, calculado sobre el patrimonio neto exigido mediante la sumatoria de la participación de cada uno de ellos, ya sea en forma directa o indirecta a través de sociedades conformados por estos como miembro del proponente individual o plural.

(...)

"4.2. FACTORES DE EXPERIENCIA DEL PROPONENTE

"4.3.1 Experiencia operativa del proponente

"4.3.1.1 Descripción de la Experiencia Operativa del Proponente

El proponente debe acreditar que cumple como mínimo con lo siguiente:

Alternativas		Concesión 1	Concesión 2	Concesión 3
Alternativa A	Empresas	4	4	4
	Buses	646	489	456
	Propietarios	100	70	50
Alternativa B	Buses	646	489	456
	Propietarios	350	300	250

Alternativa A:

Para esta alternativa los oferentes deberán cumplir con el mínimo de empresas, el mínimo de vehículos postulados y el mínimo de propietarios para aplicar a cada una de las concesiones bajo lo condiciones de la tabla anterior.





Alternativa B:

Para esta alternativa los oferentes deberán cumplir con el mínimo de propietarios y de vehículos para aplicar a cada una de las concesiones, bajo las condiciones de la tabla anterior"

- 3.5.7. De acuerdo con lo anterior, conservando la estructura del primer intento de proceso licitatorio se incluyeron a los propietarios en la estructura societaria del proponente, y a las empresas de transporte público colectivo como factor de experiencia, planteando para el efecto dos alternativas para la presentación de las ofertas.
- 3.5.8. Mediante Resolución 004 de enero de 2012 se ordenó la apertura del proceso licitatorio. Sin embargo, se tuvo que revocar dicho acto mediante la Resolución 019 del 17 de febrero de 2012.
- 3.5.9. El 26 de abril de 2013 fue publicado el proyecto de pliego de condiciones de la licitación pública TC – LPN – 002 – 2013, con la siguiente estructura respecto de los requisitos habilitantes:

"4.1.3. Composición de la estructura societaria del proponente

"4.1.3.1. Descripción de la Composición de la Estructura Societaria del Proponente

La Composición de la Estructura Societaria del Proponente, debe seguir los siguientes parámetros:

Alternativa A.

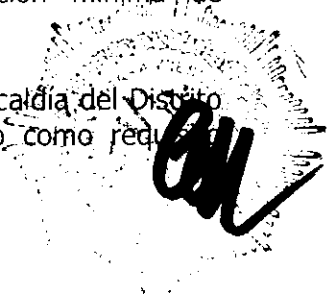
Cuando se pretenda acreditar factores de experiencia a través del número mínimo de empresas de transporte público colectivo de pasajeros habilitadas en el Distrito de Cartagena exigidos para la concesión a la cual se presente, el proponente singular o proponente plural deberá contar con mínimo cuatro (4) empresas de transporte público colectivo de pasajeros habilitadas en el Distrito de Cartagena, así como también deberá contar con un número mínimo de propietarios.

Alternativa B.

Cuando se pretenda acreditar factor de experiencia a través de propietarios de vehículos que hacen parte del censo del parque automotor, el proponente singular o proponente plural deberá contar con un mínimo de propietarios (el cual depende de la concesión elegida) que tengan contrato de vinculación vigente con las Empresas de Transporte Público Colectivo Urbano, habilitadas en el Distrito T. y C. de Cartagena. Adicionalmente, los propietarios deberán estar incluidos en el Apéndice 5 y contar con contrato de vinculación vigente con una empresa de transporte público colectivo.

Tanto en el la Alternativa A como en la Alternativa B, los Propietarios Transportadores deberán ser socios del proponente singular o plural, ya sea en forma directa o indirecta a través de sociedades conformados por estos como miembro del proponente individual o plural".

- 3.5.10. Como se ve, el proceso 002 de 2013 establecía como factor habilitante a los propietarios y empresas de transporte público colectivo, señalando la condición mínima de vinculación para cada una de las alternativas.
- 3.5.11. Este proceso fue descartado como consecuencia de la decisión de la Alcaldía del Distrito de Cartagena, de unificar la tecnología de los vehículos, generando como requisito obligatorio que todos funcionaran con gas natural vehicular.



3.5.12. Bajo el escenario incluido en el numeral anterior, fue necesario publicar nuevamente el pre-pliego de condiciones de un nuevo proceso de selección, haciendo el ajuste a las condiciones estructurales del proceso relacionadas con el factor de calidad de los vehículos (tecnología a gas) y, como consecuencia de lo anterior, estableciendo un nuevo factor de calificación.

3.5.13. En ese sentido, además de la vinculación de los propietarios y de las empresas de transporte público colectivo como requisito habilitante dentro de la estructura del proponente bajo las condiciones de la licitación 002 de 2013, se previó como requisito puntuable la incorporación de propietarios, bajo la siguiente justificación incluida en el estudio previo:

"7.2 CALIDAD:

DEMOCRATIZACIÓN INCLUSIÓN DE PROPIETARIOS ADICIONALES (100 PUNTOS)

Como ya se mencionó una de las prioridades más importantes del sistema TRANSCARIBE es la de generar beneficios sociales a los actores involucrados en el transporte público colectivo. Dentro de estos actores se encuentran los propietarios de vehículos, los cuales son parte fundamental para el éxito del nuevo esquema de negocio y el nuevo sistema de transporte.

En este orden de ideas, se le asignará el puntaje mayor al oferente que ofrezca la mayor cantidad de Propietarios adicionales a los exigidos como criterio habilitante mínimo por cada alternativa por la respectiva concesión".

3.5.14. De acuerdo con lo anterior, Transcaribe determinó en el proceso licitatorio TC-LPN-003-2013 una doble condición de vinculación para los propietarios y empresas de transporte público colectivo.

3.5.15. Sin embargo, esa decisión no tuvo respuesta por parte de los actores locales, quienes encontraron que el proyecto denotaba problemas de estructuración técnica y financiera que hacían inviable el proceso.

3.5.16. Por lo anterior, en la fecha programada para el cierre, esto es, el 22 de noviembre de 2013, no se presentaron ofertas dentro del mencionado proceso licitatorio. Como consecuencia de lo anterior, mediante acto administrativo motivado se declaró desierto el proceso licitatorio TC-LPN-003-2013.

3.5.17. La ausencia de participación en el proceso licitatorio 003 de 2013 generó la obligación para Transcaribe S.A., y las demás autoridades locales y nacionales, de buscar estrategias encaminadas a obtener la participación de entes públicos o privados, nacionales o internacionales que, bajo la estructura esencial del proceso —la cual no sufriría modificaciones sustanciales—, se interesaran en la prestación del servicio de transporte público en la ciudad de Cartagena.

3.5.18. Para el efecto, se decidió incorporar dos alternativas de participación, que se resumen así:

"4.1.1.3. COMPOSICIÓN DE LA ESTRUCTURA DEL PROPONENTE

"4.1.1.3.1. COMPOSICIÓN DE LA ESTRUCTURA SOCIETARIA DEL PROPONENTE: ALTERNATIVA 1 DE PRESENTACIÓN DE LA OFERTA



Esta alternativa prevé la posibilidad de presentar propuesta sin contar con participación de actores actuales de la operación del transporte público colectivo en la ciudad de Cartagena.

En este escenario, el proponente deberá incluir como miembro del proponente plural (promesa de sociedad futura – promitente socio) o como socio o cooperado del proponente singular (sociedad con objeto único), una persona jurídica cuyo objeto social contemple de manera expresa la prestación del servicio de transporte público de pasajeros, y se encuentre actualmente habilitado por la autoridad de transporte correspondiente del país de origen, fijando un porcentaje de participación mínimo del treinta por ciento (30%) dentro del proponente.

Adicionalmente, deberá acreditar experiencia específica en la prestación del Servicio de Transporte Público Masivo de Pasajeros, en un Sistema de Transporte Masivo que movilice mínimo 300.000 pasajeros pagos por día. La experiencia será acreditada por el miembro del proponente plural o socio o cooperado del proponente singular, en los términos del inciso anterior.

Esta estructura, en todo caso, plantea la vinculación de propietarios sólo para efectos de garantizar la adquisición de puntaje por ese concepto, de modo que se garantiza el cumplimiento de la política de vinculación al nuevo Sistema, de los actuales actores.

Para efectos de adquirir el puntaje que se otorga por este concepto, los propietarios podrán ser (i) socios del proponente, ya sea en forma directa o a través de personas jurídicas conformados por estos como miembro del proponente o (ii) vinculados con el compromiso irrevocable de desvinculación y desintegración del vehículo incluido en el Apéndice 5, sin hacer parte de la estructura societaria del proponente.

(...)

"4.1.1.3.2. COMPOSICIÓN DE LA ESTRUCTURA SOCIETARIA DEL PROPONENTE: ALTERNATIVA 2 DE PRESENTACIÓN DE LA OFERTA

Esta alternativa prevé la posibilidad de presentar propuesta contando con la participación de actores actuales de la operación del transporte público colectivo en la ciudad de Cartagena: propietarios de vehículos con los cuales se presta el Servicio de Transporte Público Colectivo y Empresas de Transporte Público Colectivo actualmente habilitadas.

En este escenario, el proponente deberá incluir como miembro del proponente plural (promesa de sociedad futura – promitente socio) o como socio o cooperado del proponente singular (sociedad con objeto único), una persona jurídica cuyo objeto social contemple de manera expresa la prestación del servicio de transporte público de pasajeros, y se encuentre actualmente habilitado por la autoridad de transporte correspondiente del país de origen, fijando un porcentaje de participación mínimo del treinta por ciento (30%) dentro del proponente.

3.5.19. Adicionalmente, para esta Alternativa el proponente deberá acreditar experiencia específica en la Prestación del Servicio de Transporte Público Masivo de Pasajeros, en un Sistema de Transporte Masivo que movilice mínimo 150.000 pasajeros pagos por día. La experiencia será acreditada por el miembro del proponente plural o socio o cooperado del proponente singular, en los términos del inciso anterior.

3.5.20. De acuerdo con esta alternativa, se deberá presentar la propuesta con un número mínimo de propietarios y empresas de transporte colectivo que se vinculen como miembros del proponente, en calidad de socios, promitentes socios o cooperados.

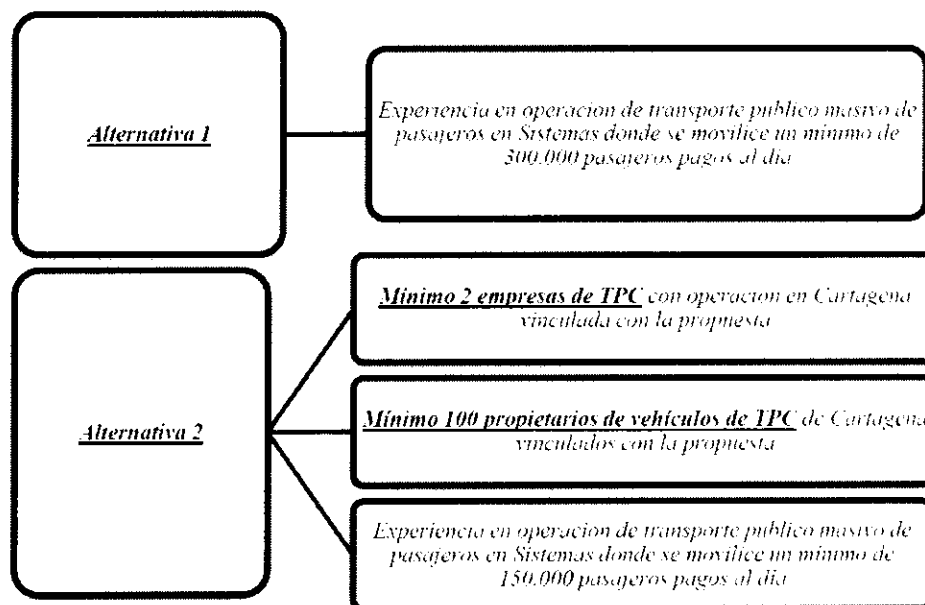


57

3.5.21. En relación con los propietarios, en esta alternativa los propietarios deberán ser vinculados con la propuesta haciendo parte de ésta de manera directa o a través de personas jurídicas conformadas por propietarios. Las empresas de transporte colectivo deberán hacer parte del proponente plural o singular, de manera directa.

(...)"

3.5.22. En resumen, lo que previó el nuevo pliego de condiciones respecto del requisito habilitante de propietarios y empresas de transporte público colectivo, fue lo siguiente:



3.5.23. Ahora bien, en relación con el factor ponderable, el pliego de condiciones de la licitación pública TC-LPN-004-2013 determinó lo siguiente:

"4.6. PROPUESTA DE CALIDAD (100 PUNTOS)

"4.6.1. DEMOCRATIZACIÓN. INCLUSIÓN DE PROPIETARIOS ADICIONALES

Se le asignará el puntaje mayor al oferente que ofrezca la mayor cantidad de propietarios adicionales, a los exigidos como criterio habilitante mínimo respecto de la Alternativa 2, y adicionales a ese número mínimo para la Alternativa 1.

3.5.24. Vale decir, para la Alternativa 1 el proponente deberá acreditar un número adicional de propietarios, a partir del mínimo habilitante para la Alternativa 2, de modo que se establezca un criterio de igualdad entre las dos alternativas de presentación de la oferta. En ese orden, le corresponderá, para acceder al rango más bajo de puntuación por este concepto, vincular mínimo 101 propietarios con la propuesta, de acuerdo con las diferentes alternativas de vinculación previstas para la Alternativa 1.

3.5.25. Para la Alternativa 2, para acceder al rango más bajo de puntuación por este concepto, deberá vincular mínimo 1 propietario adicional a los presentados con la propuesta.

3.5.26. La calificación se asignará de la siguiente forma:

3.5.27. 0 – 100 propietarios vinculados	3.5.28. 0 puntos
3.5.29. 101 – 110 propietarios vinculados	3.5.30. 20 puntos
3.5.31. 111 – 120 propietarios vinculados	3.5.32. 40 puntos
3.5.33. 121 – 130 propietarios vinculados	3.5.34. 60 puntos
3.5.35. 131 – 140 propietarios vinculados	3.5.36. 80 puntos
3.5.37. Más de 141 propietarios vinculados	3.5.38. 100 puntos

[Handwritten signature and stamp]

- 3.5.39. Sólo para efectos de la asignación de puntaje para la Alternativa 1, el propietario puede ser vinculado a la propuesta como socio del proponente, ya sea en forma directa o a través de sociedades conformados por estos como miembro del proponente plural o socio o cooperado del proponente singular; o a través de la suscripción de un compromiso irrevocable de desvinculación del vehículo”.
- 3.5.40. Como se ve en los apartes transcritos, es claro que la estructuración de ofertas prevé dos alternativas así:
- 3.5.41. Una primera Alternativa que contempla la inclusión de propietarios y empresas de transporte colectivo como requisito habilitante. Así como la inclusión de los propietarios como factor ponderable.
- 3.5.42. La segunda Alternativa contempla la inclusión de los propietarios como factor ponderable
 Así, respetando la directriz del Documento CONPES 3260 de 2003, se incluyeron “requisitos mínimos e incentivos para la participación de la industria transportadora local”, razón suficiente que desvirtúa cualquier vulneración el mandato del Documento CONPES o de la Constitución Política.
- 3.5.43. Tal como consta en los documentos previos y las memorias de la licitación pública TC-LPN-004 de 2013, los elementos esenciales del proceso licitatorio TC-LPN-003 de 2013, que fue declarado desierto, no fueron modificados.
- 3.5.44. En efecto, los siguientes aspectos permanecieron en la licitación pública TC-LPN-004 de 2013 y aún permanecen en la selección abreviada actualmente en trámite:
- 3.5.45. El proceso de desvinculación y desintegración sigue en cabeza de los futuros concesionarios.
- 3.5.46. No existen recursos para hacer fondeo del Fondo de Contingencias, diferente a lo previsto con recursos de los posibles concesionarios a partir de la liberación de la carga tarifaria que corresponde a TRANSCARIBE S.A.
- 3.5.47. El costo de la infraestructura sigue a cargo de la tarifa, aun cuando existe un firme compromiso del Ente Gestor, del Gobierno Distrital y del Gobierno Nacional, de llegar a acuerdos frente a este concepto, mediante el aporte de recursos para el pago de la infraestructura y su consecuente exclusión de la tarifa.
- 3.5.48. Bajo esa consideración, el riesgo de ausencia de propuestas en la licitación TC-LPN-004 de 2013 era latente, por cuanto justamente sobre los tres (3) elementos antes indicados giró la discusión frente a la inviabilidad del proyecto en la versión que correspondió a la licitación pública declarada desierta en noviembre pasado. Ese mismo riesgo persiste en la selección abreviada.
- 3.5.49. En ese orden, a TRANSCARIBE y su órgano de dirección sólo le restaba generar alternativas de participación que involucraran a otros actores para conciliar dos derechos:
- 3.5.50. El derecho de los ciudadanos de contar con un sistema de transporte público que se preste en condiciones de eficiencia – protección del interés general.
- 3.5.51. El derecho de los propietarios de vehículos y empresas de transporte público colectivo de continuar vinculados a la prestación del servicio público de transporte por medio del nuevo esquema – protección del interés particular.

Contraloría General de la República
 AL

- 3.5.52. De acuerdo con lo anterior, el nuevo proceso de selección abreviada SA- MC-007 de 2014 introdujo modificaciones, particularmente, en relación con las alternativas que tienen los interesados para presentar propuesta, en tanto responde a la necesidad de generar espacios de participación para los transportadores locales, pero garantizando que pueda existir interés de otros actores para también proteger el derecho de los cartageneros de contar con un servicio de transporte público eficiente, como derecho protegido por la Constitución Política.
- 3.5.53. Así, al Estado le corresponde el deber superior de garantizar la prestación del servicio público y, en particular para el caso que nos ocupa, de la prestación del servicio público de transporte a favor de los ciudadanos de Cartagena de Indias. Es derecho correlativo a este deber del Estado, el de los ciudadanos de ser beneficiarios de un servicio público de transporte eficiente. Por eso debe trabajar el Ente Gestor, ese es su mandato.
- 3.5.54. En ese orden, tal como se explica en el estudio previo de la selección abreviada SA-MC-007-2014, la ausencia de participación en el proceso licitatorio 003 de 2013 y la declaratoria parcial de desierto de la licitación 004 de 2013, generó la obligación para el Ente Gestor y demás autoridades locales y nacionales, de buscar estrategias encaminadas a obtener la participación de entes públicos o privados, nacionales o internacionales que, bajo la estructura esencial del proceso, se interesen en su prestación.
- 3.5.55. Ahora bien, en lo que guarda relación con lo contenido en el documento CONPES frente a la vinculación de propietarios y actuales actores del sistema de transporte colectivo de la ciudad de Cartagena, debe indicarse que el nuevo proceso protege esa recomendación incluida en el mencionado documento. En efecto, tanto la alternativa 1 como la alternativa 2 de presentación de oferta, prevén la vinculación de propietarios y empresas de transporte público colectivo. Respecto de la Alternativa 1, a los propietarios como instrumentos para la asignación de puntaje. En la Alternativa 2 a los propietarios y empresas de transporte público colectivo como requisito habilitante para presentar propuesta, en adición a la obtención de puntaje respecto de los propietarios.
- 3.5.56. En ese contexto es claro que no se desconoce la política prevista en el documento CONPES relacionada con la vinculación de propietarios, pero se crea un mecanismo como alternativa para ampliar el espectro de interesados, para lograr contar con operadores que presten el servicio, de modo que se garantice por parte del Distrito y el Ente Gestor el cumplimiento del mandato contenido en el artículo 365 de la Constitución Política.
- 3.5.57. La estructuración actual mantiene las condiciones para promover la participación de todos los interesados, bajo condiciones que permitan la competencia entre actores que se interesen por prestar el servicio público de transporte, partiendo de la premisa según la cual, las condiciones estructurales del proceso licitatorio que fue declarado desierto por ausencia de interés de los actores locales no fueron modificadas.
- 3.5.58. Es de resaltar que las afirmaciones expuestas por los ahora Demandantes, además de ventilarse ante Transcribe y ahora en esta demanda, también se expusieron en sede de acción de tutela, en desarrollo de la cual se estableció lo siguiente: "(...) En primer lugar, las accionantes basan el susodicho perjuicio en la posible y eventual exclusión de las mismas, en la operación del nuevo SITM de la ciudad, lo cual a juicio de este Juez de Tutela, es una situación futura e incierta; teniendo en cuenta que así como la licitación pública No. TC-LPN-004-2013, contiene la citada alternativa, de igual forma estatuye otra (Alternativa 2), en la cual se da la posibilidad de presentar propuestas; contando con la participación de actores actuales de la operación del transporte público colectivo de la ciudad, como son propietario de vehículos, y empresas de transporte —como las tutelantes—; dentro de la constitución societaria del postulante" (Negrita fuera del texto).

Handwritten signature and official stamp of the court.

3.5.59. Como se ve, el mismo Juez de tutela reconoció la ausencia de vulneración, por cuanto existe la Alternativa 2 de presentación de las ofertas, la cual persiste en la selección abreviada que es objeto de observación.

3.6. Legalidad de la Alternativa 1 de selección del Concesionario para la operación del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Cartagena

3.6.1. Así como es claro que la Alternativa 2 consagraba la posibilidad para que el transporte público colectiva participara con incentivos en la adjudicación de la operación del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Cartagena, también es cierto que la Alternativa 1 es absolutamente legal, por lo que su inclusión en los pliegos de condiciones no puede censurarse.

3.6.2. Como vimos en los antecedentes, la adjudicación de la operación fue un trámite que se adelantó hasta en cinco oportunidades, cuatro de las cuales o se suspendieron, se cerraron o se terminación con acta de declaratoria de desierta, teniendo en cuenta que el transporte público colectivo nunca tuvo intención de participar a través de la Alternativa 2.

3.6.3. Ello llevó a Transcaribe y a todas las demás autoridades del orden nacional con competencia en materia de transporte, a idear nuevas alternativas que permitieran la concurrencia de participantes idóneos para la operación del Sistema Integrado de Transporte Masivo, sin desdibujar los incentivos para que el transporte público colectivo participara.

3.6.4. En este sentido, tanto la Alternativa 1 como la Alternativa 2 previeron la vinculación de proponentes y empresas de transporte público colectivo. respecto de la Alternativa 1, a los propietarios como instrumentos para la asignación de puntaje. En la Alternativa 2 a los propietarios y empresas de transporte público colectivo como requisito habilitante para presentar propuesta, en adición a la obtención de puntaje respecto de los propietarios.

3.6.5. En ese contexto, es claro que no se desconoció la política prevista en el documento CONPES, relacionada con la vinculación del transporte público colectivo. Simplemente se creó un mecanismo como alternativa para ampliar el espectro de interesados, y, de tal manera, poder lograr contar con operadores que prestaran el servicio de modo que se garantizara por parte de Transcaribe el cumplimiento de los mandatos establecidos en el artículo 365 de la Constitución Política de Colombia.

3.6.6. La estructuración mantuvo las condiciones para promover la participación de todos los interesados bajo condiciones que permitieran la competencia entre actores que se interesen por prestar el servicio público de transporte, partiendo de la premisa según la cual, las condiciones estructurales del proceso licitatorio que fue declarado desierto por ausencia de interés de los actores locales no fueron modificados.

3.6.7. Las estructuraciones adelantadas por Transcaribe **siempre contemplaron** la participación del transporte público colectivo. La diferencia con la selección abreviada SA-MC-007 de 2014 es que, ante la renuencia, falta de interés y apatía por parte del transporte público colectivo en participar como operador del Sistema Integrado de Transporte Masivo, se incluyó una Alternativa 1 que ampliara el espectro de participantes.

3.6.8. Como se indicó, los actores locales no manifestaron en ninguno de los procesos, en ninguno, su interés en participar en la adjudicación de la operación del Sistema Integrado de Transporte Masivo. De ahí que al Ente Gestor le correspondiera idear una alternativa adicional a aquella establecida para el transporte público colectivo, para así lograr poner en marcha el único Sistema que se encontraba pendiente de inici



3.7. La participación de un Patrimonio Autónomo es legal y válida

- 3.7.1. En relación con este punto, corresponde hacer un análisis preliminar sobre la capacidad jurídica de los patrimonios autónomos para ser sujetos de derechos y obligaciones por conducto de las sociedades fiduciarias, y la posibilidad de suscribir un contrato de sociedad. En adición a lo anterior, se deben revisar recientes pronunciamientos de la Superintendencia de Sociedades, mediante los cuales reconoce la viabilidad para que un patrimonio autónomo, por conducto de la sociedad fiduciaria que lo administra, sea titular de acciones de una sociedad comercial.
- 3.7.2. Frente al primer aspecto, esto es, en punto a la capacidad para ser sujetos de derechos y obligaciones, la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia, prevé lo siguiente:

"4.2. Aspectos procesales: No obstante que nuestro ordenamiento jurídico regula la situación en que se encuentran los acreedores frente a su deudor que ha disminuido o suprimido bienes de su patrimonio que ocasionan o agravan su estado de insolvencia, de suerte que éste resulta insuficiente para atender sus obligaciones, lo cierto es que las soluciones que frente a tales hipótesis suelen darse por aquél tienen carácter excepcional.

Y no podría ser de otra manera, toda vez que en las mencionadas hipótesis nos encontramos frente a un caso en el cual se trata de deshacer un negocio jurídico válidamente celebrado.

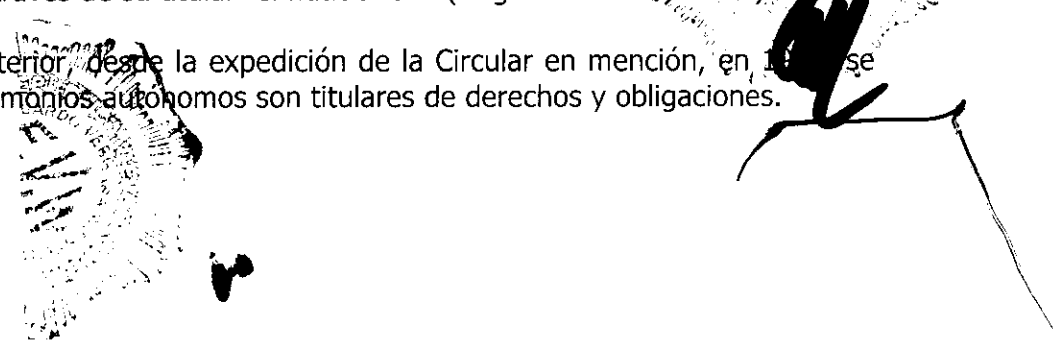
Precisamente dentro de los anteriores supuestos fácticos se enmarca el derecho que, en los términos del inciso 1o. del artículo 1238 del Código de Comercio, le asiste a los acreedores del fideicomitente anteriores a la celebración de un contrato de fiducia mercantil de perseguir los bienes fideicomitados que conforman el respectivo patrimonio autónomo; derecho cuyo ejercicio implica, a no dudarlo, la posibilidad de que se declare su extinción con fundamento en lo dispuesto en el ya citado numeral 8o. del artículo 1240 del Código de Comercio.

Dicha pretensión, en tanto se endereza a procurar la reconstitución del patrimonio del deudor-fideicomitente debe seguir los trámites propios de un proceso ordinario, independientemente del título que documenta la respectiva obligación y de que éste preste o no mérito ejecutivo.

En materia de fiducia mercantil los bienes fideicomitados salen definitivamente del patrimonio del fideicomitente y se destinan al cumplimiento de la finalidad señalada en el acto constitutivo, conformando un verdadero "patrimonio de afectación" que el citado artículo 1233 del Código de Comercio califica como "patrimonio autónomo", sobre el que pierde potestad dicho fideicomitente, pero que tampoco forma parte del patrimonio del fiduciario.

Como consecuencia de la formación de ese patrimonio autónomo y dada su afectación al cumplimiento de la finalidad señalada en el acto constitutivo, el se convierte en un centro receptor de derechos subjetivos pudiendo ser, desde el punto de vista sustancial, titular de derechos y obligaciones, y desde el punto de vista procesal, comparecer a juicio como demandante o demandado a través de su titular -el fiduciario-." (Negrilla fuera del texto)

- 3.7.3. De acuerdo con lo anterior, desde la expedición de la Circular en mención, en la se reconoce que los patrimonios autónomos son titulares de derechos y obligaciones.



3.7.4. Ahora bien, para mayor claridad fueron expedidos dos Decretos. El primero de ellos, corresponde la Decreto 1049 de 2006, que reglamenta los artículos 1233 y 1234 del Código de Comercio, el cual determina lo siguiente:

“Artículo 1º. Derechos y deberes del fiduciario. Los patrimonios autónomos conformados en desarrollo del contrato de fiducia mercantil, **aún cuando no son personas jurídicas, se constituyen en receptores de los derechos y obligaciones legal y convencionalmente derivados de los actos y contratos celebrados y ejecutados por el fiduciario en cumplimiento del contrato de fiducia.**

El fiduciario, como vocero y administrador del patrimonio autónomo, celebrará y ejecutará diligentemente todos los actos jurídicos necesarios para lograr la finalidad del fideicomiso, comprometiendo al patrimonio autónomo dentro de los términos señalados en el acto constitutivo de la fiducia. Para este efecto, el fiduciario deberá expresar que actúa en calidad de vocero y administrador del respectivo patrimonio autónomo. En desarrollo de la obligación legal indelegable establecida en el numeral 4 del artículo 1234 del Código de Comercio, el fiduciario llevará además la personería del patrimonio autónomo en todas las actuaciones procesales de carácter administrativo o jurisdiccional que deban realizarse para proteger y defender los bienes que lo conforman contra actos de terceros, del beneficiario o del constituyente, o para ejercer los derechos y acciones que le correspondan en desarrollo del contrato de fiducia.

Parágrafo. **El negocio fiduciario no podrá servir de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales”** (Negrilla fuera del texto)

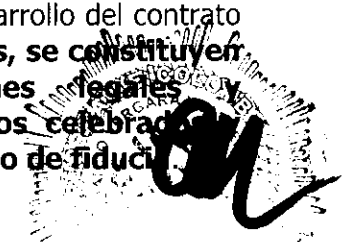
3.7.5. De la norma en revisión se extraen varias conclusiones, así:

- (i) Los patrimonios autónomos no son personas jurídicas
- (ii) Sin perjuicio de lo anterior, son receptoras de derechos y obligaciones derivados de los actos y contratos que celebre el fiduciario en cumplimiento de la finalidad encomendada en el contrato de fiducia mercantil.
- (iii) Lo que se compromete es el patrimonio autónomo constituido en los términos del contrato de fiducia mercantil.
- (iv) El patrimonio autónomo no puede ser usado para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente.

3.7.6. El Decreto 2555 de 2010, por medio del cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones, sobre el particular, señala:

“TÍTULO 2 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS ACTOS Y CONTRATOS CELEBRADOS Y EJECUTADOS POR EL FIDUCIARIO

Artículo 2.5.2.1.1 (Artículo 1 Decreto 1049 de 2006) Derechos y deberes del fiduciario. **Los patrimonios autónomos conformados en desarrollo del contrato de fiducia mercantil, aún cuando no son personas jurídicas, se constituyen en receptores de los derechos y obligaciones legales y convencionalmente derivados de los actos y contratos celebrados y ejecutados por el fiduciario en cumplimiento del contrato de fiducia.**



El fiduciario, como vocero y administrador del patrimonio autónomo, celebrará y ejecutará diligentemente todos los actos jurídicos necesarios para lograr la finalidad del fideicomiso, comprometiendo al patrimonio autónomo dentro de los términos señalados en el acto constitutivo de la fiducia. **Para este efecto, el fiduciario deberá expresar que actúa en calidad de vocero y administrador del respectivo patrimonio autónomo.**

En desarrollo de la obligación legal indelegable establecida en el numeral 4 del artículo 1234 del Código de Comercio, el Fiduciario llevará además la personería del patrimonio autónomo en todas las actuaciones procesales de carácter administrativo o jurisdiccional que deban realizarse para proteger y defender los bienes que lo conforman contra actos de terceros, del beneficiario o del constituyente, o para ejercer los derechos y acciones que le correspondan en desarrollo del contrato de fiducia.

Parágrafo. El negocio fiduciario no podrá servir de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales" (Negrilla fuera del texto)

- 3.7.7. Como se ve, es unánime la normativa vigente en relación con la capacidad que tienen los patrimonios autónomos de ser sujetos de derechos y obligaciones, **por conducto de la sociedad fiduciaria que los representa en virtud del contrato de fiducia mercantil que le da origen.**
- 3.7.8. En ese sentido, corresponde revisar un concepto de la Superintendencia de Sociedades, en el cual se precisa ese aspecto en punto a la participación como socio o accionista de un patrimonio autónomo en una sociedad comercial:

"La pluralidad jurídica se predica de la sociedad fiduciaria, lo que descarta la causal de disolución prevista para las sociedades por acciones.

Aviso recibo del escrito en referencia, a través del cual pregunta si la transferencia de acciones de una sociedad anónima a favor de un patrimonio autónomo, constituye causal de disolución de conformidad con el numeral 3º del artículo 457 y numeral 3º del artículo 218 del Código de Comercio, en los siguientes supuestos:

- "1. Existe una sociedad anónima en cuyo capital social participan cinco accionistas, cada uno titular de un porcentaje de participación inferior al noventa y cinco por ciento (95%) de las acciones suscritas y en circulación de la sociedad; y
2. Todos y cada uno de los cinco accionistas de la sociedad anónima deciden voluntariamente transferir el ciento por ciento (100%) de las acciones de su propiedad en la sociedad anónima a un patrimonio autónomo constituido en virtud de un contrato de fiducia mercantil del cual todos ellos, en su conjunto, son fideicomitentes que tienen sobre los derechos fiduciarios del fideicomiso las mismas proporciones de participación que tenían sobre las acciones de la sociedad anónima".

Luego de lo cual solicita se aclare "si por virtud de la transferencia de las acciones al patrimonio autónomo, en los eventos en que la fiduciaria en condición de vocera del patrimonio autónomo comparezca a las asambleas de accionistas de la sociedad, habría o no pluralidad para la toma de decisiones en dichas asambleas".

Para resolver las inquietudes planteadas se hace necesario algunos apartes del Oficio 220-050631 de 19 de septiembre de 2006, oportunidad en la que la Entidad, **sumado a que reitera que los patrimonios autónomos, por carecer de personalidad jurídica, no pueden ostentar la calidad de socios o accionistas en las sociedades comerciales**, trae a colación la opinión de la Superintendencia Financiera de Colombia - Oficio 2003035259-0 del 2 de junio de 2004-, que desarrolla el tema relacionado con la **posibilidad de que la sociedad fiduciaria sea quien represente las acciones o cuotas sobre las cuales se celebra un contrato de fiducia**, criterio que en su integridad comparte esta Entidad. En esa ocasión se le solicitó a esta Superintendencia recoger la posición sobre la no viabilidad de los patrimonios autónomos para concurrir como socios o accionistas en el capital de sociedades comerciales habida consideración a la expedición del Decreto 1049 de 2006, por el cual se reglamentan los artículos 1233 y 1234 de Código de Comercio, solicitud que fue negada, entre otros, con fundamento en la siguiente argumentación:

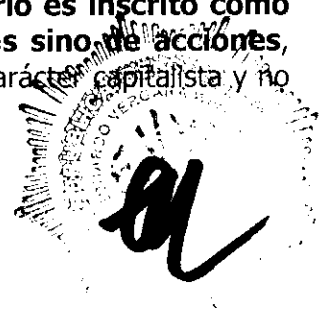
"(...)

La acción en una sociedad anónima, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 379 del C. Co., confiere a su propietario, sin distinguir la causa de adquisición o título, un conjunto de derechos de crédito que son exigibles con base en el contrato de sociedad. **Es obvio que los derechos y obligaciones de origen societario se radican en un patrimonio, con o sin personalidad y que el patrimonio receptor no puede ser considerado accionista**; aquí de lo que se trata es de establecer el sentido y alcance con que **una sociedad fiduciaria, en desarrollo de la gestión a que se obliga como fiduciario, ejerce y cumple los derechos y obligaciones derivados del contrato social correspondiente a las acciones que ingresan al patrimonio autónomo que administra**. En otras palabras, es necesario precisar **en qué forma se entiende que una sociedad fiduciaria**, que legalmente no puede convertirse en propietaria de los bienes que integran un patrimonio autónomo fiduciario que se distingue de su propio patrimonio, **actúa legalmente como accionista en provecho de los beneficiarios, con cargo y por cuenta del patrimonio autónomo fiduciario al cual ingresan las acciones y para cumplir con la finalidad que le ha sido encomendada el fiduciante**.

Cuando una o varias acciones son **fideicomitidas** al celebrarse una fiducia mercantil, o cuando ingresan a un patrimonio autónomo de fiduciario preexistente, **el respectivo patrimonio autónomo no se convierte en accionista**, y ello por el hecho elemental de que en la ley se establece que tal calidad es privativa de los sujetos de derecho, esto es, de las personas naturales o jurídicas que por el contrato de sociedad se obligan a hacer un aporte en dinero (C. Co. Art. 98) o que adquieren una acción ya suscrita. **Pero esto ni impide la transferencia de acciones al patrimonio autónomo, ni la adquisición de acciones por cuenta del patrimonio autónomo, cosa distinta es que quien actúa por cuenta y en nombre del mismo es el fiduciario, independientemente de si hay uno o varios fiduciantes, uno o varios beneficiarios, y de si hay coincidencia total o parcial entre la identidad de los fiduciantes y los beneficiarios**.

Cuando dicha suscripción o adquisición ocurre, **el fiduciario es inscrito como propietario en el libro de registro, no de accionistas sino de acciones**, como se le denomina en la ley en la forma acorde con el carácter capitalista y no personalista de la sociedad anónima.

(...)



Para efectos de este concepto conviene resaltar que incluso si los fideicomisos de inversión que dan origen a FONDOS Comunes de Inversión (Fondos Comunes Ordinarios -FCO- y/o Fondos Comunes Especiales FCE-), no se llevan a cabo a través de fiducias mercantiles sino mediante fideicomisos colectivos, en todo caso es claro que el fiduciario actúa por cuenta ajena y en nombre propio cuando invierte en acciones con cargo al encargo común; **de ahí que sea a él a quien se Inscribe en el libro de registro de acciones como consecuencia de la transferencia a su nombre de las acciones, sin perjuicio de que para efectos del ejercicio de los derechos derivados del respectivo contrato social se establezcan instrucciones que permitan a los fideicomitentes y/o beneficiarios instruir al fiduciario o, incluso, reservarse para sí el ejercicio directo de determinadas facultades.**

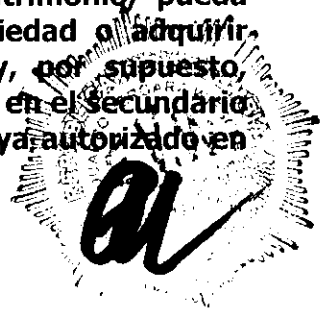
(...)

Conforme a lo expuesto, **es claro que la propiedad de las acciones fideicomitidas se radica en cabeza de la sociedad fiduciaria con el propósito instrumental, como titular que es del "patrimonio autónomo" que surge con ocasión del contrato de fiducia mercantil, o como consecuencia de su actuación en nombre propio y por cuenta de numerosos fideicomitentes individuales,** cuando el encargo no se lleva a cabo a través de una fiducia sino mediante un simple fideicomiso; **y es claro también que para el ejercicio de los derechos políticos que tales acciones confieren, su titular fiduciario ha de sujetarse a lo establecido en el acto constitutivo,** pues es factible que tales derechos hayan sido reservados por el fideicomitente o los beneficiarios, caso en el cual se sujetará su actuar a las instrucciones que en materia de votos se le señalen, sin que ello signifique que se presente un fraccionamiento del voto cuando, de existir instrucciones distintas provenientes de los constituyentes o fideicomitentes, vote en sentidos distintos, tanto en el caso de fiducias constituidas por varios fideicomitentes, o cuando actúe como vocero o titular de distintos patrimonios autónomos a los cuales hayan ingresado acciones emitidas por una misma sociedad.

(...)

Por esa razón, mediante una fiducia mercantil no puede obviarse la exigencia legal de pluralidad de asociados en las sociedades, esto es, de por lo menos dos socios como regla general (C. Co. **art.** 98), y de por lo menos cinco accionistas en las sociedades por acciones (C. Co. **arts.** 343 y 374). Tal es el caso del ejemplo de su consulta, según el cual a través de la fiducia el único socio de una sociedad de responsabilidad limitada pretendería ilegalmente bifurcar o multiplicar su participación, como si la transferencia fiduciaria lo "clonara" para efectos de volverlo varias veces socio. Se presenta al mismo problema de ilegalidad si se pretendiera que a través de patrimonios autónomos se puede obviar el número mínimo de cinco accionistas que se exige para la constitución y funcionamiento legal de las sociedades anónimas.

Lo anterior **no impide que una sociedad fiduciaria, en desarrollo de un contrato de fiducia mercantil que da origen a un patrimonio autónomo, con los recursos o bienes que conforman dicho patrimonio, pueda legalmente participar en la constitución de una sociedad o adquirir participaciones sociales en sociedades constituidas y, por supuesto, invertir en acciones tanto en el mercado primario como en el secundario de acciones, siempre y cuando expresamente se le haya autorizado en el respectivo acto constitutivo o contrato.**



Y es claro que en dicho supuesto quien aparecería como propietario inscrito en el libro de registro de acciones respectivo sería la sociedad fiduciaria que es, a su vez, titular del patrimonio autónomo al cual ingresan las acciones en cuestión".

(...)" (Negrilla fuera del texto)

De la argumentación expuesta queda en claro la viabilidad para que uno, varios o todos los accionistas puedan voluntariamente, en virtud de un contrato de fiducia, transferir sus acciones a un patrimonio autónomo, evento en el cual la sociedad fiduciaria en condición de vocera del patrimonio autónomo comparezca, delibere y decida en las reuniones de asamblea general de accionistas de la sociedad, siempre que ese derecho no hubiere sido de aquellos que el fideicomitente se hubiere reservado; consecuente con lo ello, la fiduciaria habrá de actuar según las instrucciones impartidas en materia de derechos económicos y/o políticos, es decir, que tratándose del voto habrá de estarse a las instrucciones del constituyente o de los constituyentes, "sin que ello signifique que se presente un fraccionamiento del voto cuando, de existir instrucciones distintas provenientes de los constituyentes o fideicomitentes, vote en sentidos distintos".

Ahora bien, con relación a la inquietud relacionada con la pluralidad o no para la toma de decisiones cuando el capital de una sociedad se encuentra representado en su integridad por una persona natural o jurídica, en este caso la fiduciaria, se precisa recordarle que de tiempo atrás es posición de esta Entidad la llamada pluralidad jurídica, tema examinado a través del Memorando DAL-039 de 11 de julio de 1988, publicado en el libro de Doctrinas y Conceptos Jurídicos, 1995, Pág. 109, oportunidad en la que esta Superintendencia concluyó "Esta fuera de discusión que, en la gran mayoría de casos, las asambleas y juntas de socios se conforman con un número plural de personas físicas. Pero no debe perderse de vista que existe también en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de que con la sola asistencia del representante de varios asociados, es de pleno cumplimiento la exigencia legal en materia de pluralidad, a que se concreta este estudio sobre formación de los llamados máximos órganos sociales de las compañías mercantiles. Se trata aquí de la pluralidad jurídica, cuyos perfiles no desdibujan la estructura de las asambleas y juntas de socios, ya que en la realidad no repugna en forma alguna al entendimiento, el hecho de que en cabeza de una única persona física se concentren diversas voluntades en virtud de la representación consagrada en el artículo 184 del Código de Comercio, han depositado varios o todos los socios de una compañía...".

En resumen, no queda duda que una sociedad fiduciaria que actúa en desarrollo de contratos fiduciarios que dieron origen a uno o varios patrimonios autónomos pueda legalmente integrar una asamblea o junta de socios habida consideración a la llamada pluralidad jurídica y votar según las instrucciones impartidas, sin que el hecho de que vote en sentidos diferentes signifique fraccionamiento del voto, pues se repite, su actuar debe sujetarse a las instrucciones impartidas por los constituyentes o fideicomitentes, adicional a que esta misma condición descarta la causal de disolución prevista en el numeral 3º del artículo 457, concordante con el numeral 3º del artículo 218 del Código de Comercio, pues es obvia la pluralidad aunque su representación esté en cabeza de la sociedad fiduciaria vocera de los patrimonios autónomos constituidos sobre las acciones que conforman el capital de la sociedad, como así se expresa en el referido concepto "mediante una fiducia mercantil no puede obviarse la exigencia legal de pluralidad de asociados en las sociedades, esto es, de por lo menos dos socios

como regla general (C. Co. art. 98), y de por lo menos cinco accionistas en las sociedades por acciones (C. Co. arts. 343 y 374)¹⁵

- 3.7.9. De acuerdo con lo anterior, la sociedad fiduciaria, como sujeto de derecho y vocera del patrimonio autónomo que se constituye, puede adquirir derechos y contraer obligaciones, destinados a cumplir la finalidad de un contrato de fiducia mercantil. Es claro que tales derechos y obligaciones afectan o recaen sobre un patrimonio autónomo, separado del patrimonio de la sociedad fiduciaria y diferente del patrimonio del fideicomitente.
- 3.7.10. Así, si bien un patrimonio autónomo no puede ser parte en un contrato, la Fiduciaria en cumplimiento de la finalidad del fideicomiso, puede serlo. Los derechos y obligaciones que surgen del contrato que se celebra, afectan exclusivamente al patrimonio autónomo.
- 3.7.11. En ese orden, la Sociedad Fiduciaria como vocera del patrimonio autónomo, y en cumplimiento de la finalidad incluida en el contrato de fiducia mercantil, concurre a la suscripción del contrato de sociedad que da origen a una sociedad comercial.
- 3.7.12. En el asunto bajo revisión, Ashmore Managment Company Colombia S.A.S., identificada con NIT 900.316.081-9 concurrió a la celebración del contrato de sociedad para la creación de la sociedad T Caribe Holding S.A.S., que es miembro del proponente singular denominado Transambiental S.A.S., y lo hizo como único accionista.
- 3.7.13. Frente a la participación del PA Fondo de Infraestructura Colombia Ashmore I – FCP, debe revisarse lo regulado en el artículo 12 de la Ley 1258 de 2008, por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada. Dicho artículo prevé lo siguiente:

"ART. 12 – Transferencia de Acciones a Fiducias Mercantiles. Las acciones en que se divide el capital de la sociedad por acciones simplificada podrán estar radicadas en una fiducia mercantil, siempre que en el libro de registro de accionistas se identifique a la compañía fiduciaria, así como a los beneficiarios del patrimonio autónomo junto con sus correspondientes porcentajes en la fiducia.

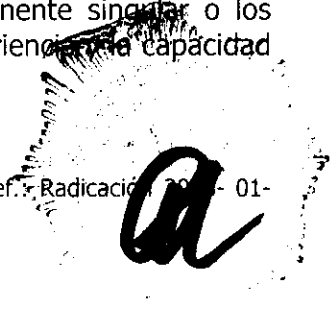
Los derechos y obligaciones que por su condición de socio le asisten al fideicomitente serán ejercidos por la sociedad fiduciaria que lleva la representación del patrimonio autónomo, conforme a las instrucciones impartidas por el fideicomitente o beneficiario, según el caso."

- 3.7.14. En el presente caso, por acto privado, y en virtud de un contrato de fiducia mercantil suscrito con la Sociedad Fiduciaria Fiducor, fueron entregadas al PA Fondo de Infraestructura Colombia Ashmore I – FCP todas las acciones que ostenta la sociedad Ashmore Managment Company Colombia S.A.S., en la sociedad T Caribe Holding S.A.S.
- 3.7.15. El pliego de condiciones preveía la posibilidad de acreditar los requisitos financieros y de experiencia, mediante las sociedades matrices, subordinadas o filiales del miembro del proponente. Al respecto, el pliego de condiciones indicó lo siguiente:

"4.4. ACREDITACIÓN DE EXPERIENCIA EN PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE TRANSPORTE EN SISTEMAS MASIVOS Y CAPACIDAD FINANCIERA COMO REQUISITOS HABILITANTES MEDIANTE MATRICES, SUBSIDIARIAS O FILIALES

El proponente singular, los socios o cooperados del proponente singular o los miembros de un proponente plural, podrán acreditar la experiencia y la capacidad financiera mediante su matriz, subsidiarias o filiales.

¹⁵ SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-043847 Del 06 de Mayo de 2013. Ref. Radicación 2013-01-071692



Respecto del proponente singular, esto es, sociedades o cooperativas de objeto único, el cumplimiento de los requisitos habilitantes por matrices, subsidiarias o filiales se podrá acreditar por los socios o cooperados del proponente singular, siempre que se demuestre la situación de control respecto de aquéllos (de los socios o cooperados).

Para efectos de acreditar la situación de la matriz, subsidiaria y filial, se deberá:

El proponente singular, los socios o cooperados del proponente singular o los miembros del proponente plural deberán demostrar la situación de control de la siguiente manera, para acreditar la experiencia y la capacidad financiera de la sociedad matriz, subsidiaria o filial:

- (a) Si el proponente singular, los socios o cooperados del proponente singular o los miembros del proponente plural acreditan la experiencia o la capacidad financiera de su matriz, la situación de control se verificará (i) en el certificado de existencia y representación legal del proponente si fuere colombiano o (ii) si el proponente es extranjero, (1) mediante el certificado de existencia y representación legal del proponente en el cual conste la inscripción de la situación de control, si la jurisdicción de incorporación de la sociedad controlada tuviere tal certificado y en el mismo fuese obligatorio registrar la situación de control, o (2) mediante la presentación de un documento equivalente al certificado de existencia y representación legal según la jurisdicción, siempre que en el mismo fuese obligatorio registrar la situación de control, o (3) mediante certificación expedida conjuntamente por los representantes legales del proponente singular, los socios o cooperados del proponente singular o los miembros del proponente plural y de la sociedad controlante; para fines de claridad únicamente, la certificación podrá constar en documentos separados suscritos por los representantes legales de cada una de las sociedades involucradas (...)” (Negrilla fuera del texto)

3.7.16. Al proceso de selección abreviada se presentó la oferta por parte de la sociedad de objeto único Transambiental S.A.S., creada en septiembre de 2014. Los socios de esa sociedad son los siguientes: T Caribe Holding S.A.S. (61%), Organización Suma S.A.S. (36%), Corkin S.A.S. (3%).

3.7.17. En relación con la situación de control, se encuentra que uno de los socios del proponente singular es la sociedad T Caribe Holding S.A.S. Esa sociedad presenta como matriz la sociedad Fiduciaria Fiducor, en su condición de vocera del PA Fondo de Infraestructura Colombia Ashmore I – FCP, para acreditar el cumplimiento de los requisitos de orden financiero, de acuerdo con lo previsto en el pliego de condiciones. El Fondo en mención es un patrimonio autónomo administrado por la Sociedad Fiduciaria Fiducor S.A., de acuerdo con los documentos aportados con la oferta.

3.7.18. Al respecto, corresponde revisar lo que ha mencionado la Superintendencia de Sociedades respecto de los accionistas únicos para demostrar la situación de control:

“En síntesis, el control existe en la medida en que el poder de decisión de una sociedad subordinada o controlada se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, de tal forma que, **configurado uno o varios de los presupuestos legales, el o los controlantes, de conformidad con el artículo 30 de la mencionada Ley 222 de 1995, están en la obligación de hacer constar tal situación a través de un documento privado, indicando nombre, domicilio, nacionalidad y actividad de los vinculados, así como el presupuesto que hubiere dado lugar a tal situación;** igualmente, la ley en mención obliga tanto a las en

matrices como a las controlantes a realizar la inscripción de la situación de control o grupo empresarial en las cámaras de comercio correspondientes a la circunscripción de cada uno de los vinculados, dentro de los treinta días siguientes a la configuración de la situación de control” Igualmente se recuerda cómo la inscripción de la situación de control es suficiente para dar por enterada a la entidad de supervisión del cumplimiento de la obligación, así como, que las Superintendencias financiera y de sociedades declararán la situación de vinculación, cuando vencido el plazo mencionado la controlante omitiere hacerlo, sin perjuicio de la imposición de multas a que haya lugar.

En conclusión, respecto de su consulta podría decirse que, la sociedad que posee el 100% del capital de una S.A.S. estaría incurso, en principio, en la primera de las presunciones de subordinación del artículo 261 del Código de Comercio, esto es, ser propietaria de más del 50% de su capital, lo cual generaría la consecuente obligación de declaratoria e inscripción del control, en los términos del artículo 30 de la Ley 222 de 1995; no obstante, dado que el control es definido por la Ley como el sometimiento del poder de decisión de una sociedad a la voluntad de otra o de otras personas, las presunciones de subordinación del mencionado artículo pueden desvirtuarse a través de la prueba de que, no obstante encontrarse la sociedad en algunas de las situaciones previstas en éste, no existe tal sometimiento¹⁶ (Negrilla fuera del texto)

3.7.19. En la oferta se presentó en el Certificado de Existencia y Representación Legal de la sociedad T Caribe Holding S.A.S. En ese documento se indica lo siguiente:

“Que por documento privado No. Sin num de representante legal del 19 de septiembre de 2014, inscrito el 23 de septiembre de 2014 bajo el número 01870491 del Libro IX, comunico la sociedad matriz: Fondo de Infraestructura Colombia Ashmore I – FCP.

Domicilio: Bogotá D.C.

Que se ha configurado una situación de control con la sociedad de la referencia.

Fecha de configuración de la situación de control: 2014 – 09 – 19” (Negrilla fuera del texto)

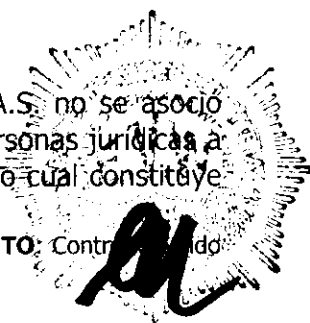
3.7.20. De acuerdo con el análisis que se hace en este documento, el PA Fondo de Infraestructura Colombia Ashmore I – FCP concurre por conducto de la Sociedad Fiduciaria Fiducor a la constitución de la sociedad T Caribe Holding S.A.S., bajo el entendido que el fideicomiso, de manera autónoma no puede ser socio o accionista de la sociedad que se crea, sino por conducto del fiduciario. Así se analizó desde el inicio en la evaluación de la oferta.

3.7.21. En ese orden, en la misma lógica que supone que es la Fiduciaria la que concurre a la celebración del contrato de sociedad que da origen a T Caribe Holding S.A.S., la situación de control se ejerce por la Fiduciaria en su condición de vocera del patrimonio autónomo que administra y que es accionista único de la mencionada sociedad.

3.8. Capacidad Jurídica de la Organización Suma S.A.S.

3.8.1. En primer término, corresponde señalar que la Organización Suma S.A.S. no se asoció con Transambiental; la Organización Suma S.A.S. concurre con otras personas jurídicas a la celebración de un contrato de sociedad que creó a Transambiental, lo cual constituye

¹⁶ SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Concepto 220-097653 de 24 de junio de 2014. **ASUNTO:** Contrato de sociedad por accionista único y consolidación de estados financieros.



una persona jurídica diferente de sus socios, de acuerdo con lo indicado en el artículo 1º de la Ley 1258 de 2008, y que señala:

“ART. 1º – Constitución. La sociedad por acciones simplificada podrá constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas, quienes sólo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes.

Salvo lo previsto en el artículo 42 de la presente ley, el o los accionistas no serán responsables por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad.” (Subrayado fuera del texto)

3.8.2. En punto a la personalidad jurídica, el artículo 2º de la mencionada ley, prevé lo siguiente:

“ART. 2º – Personalidad Jurídica. La sociedad por acciones simplificada, una vez inscrita en el Registro Mercantil, formará una persona jurídica distinta de sus accionistas.” (Subrayado fuera del texto)

3.8.3. Frente a la naturaleza de las sociedades por acciones simplificadas, el artículo 3º de la Ley 1258 de 2008, regula lo siguiente:

“ART. 3º – Naturaleza. La sociedad por acciones simplificada es una sociedad de capitales cuya naturaleza será siempre comercial, independientemente de las actividades previstas en su objeto social. Para efectos tributarios, la sociedad por acciones simplificada se regirá por las reglas aplicables a las sociedades anónimas.” (Subrayado fuera del texto)

3.8.4. Es necesario también resaltar lo señalado por el doctor Francisco Reyes Villamizar *“(...) la SAS, se trata de un tipo societario diseñado para estructurar compañías cerradas. La amplísima libertad contractual, por cuyo efecto es factible pactar normas de exclusión de accionistas, voto múltiple, restricciones a la negociación de acciones”*. De acuerdo con lo anterior, claramente, cuando se crea una sociedad por acciones simplificada se constituye una persona jurídica diferente a los socios que la conforman. Dicho tipo societario tiene la condición de ser sociedad de capitales, diferente a la sociedad de personas. Esta distinción cobra mucha relevancia para refutar las afirmaciones hechas por los Demandantes en el concepto de la violación.

3.8.5. Para el efecto, de acuerdo con la doctrina especializada sobre temas societarios, la diferencia estructural entre sociedades de capitales y las de personas, se resume así:

*“(...) Este tipo social es utilizado, con frecuencia, para integrar verdaderas constelaciones societarias estructuradas bajo la forma de grupos empresariales. La consideración capitalista, por cuyo efecto los asociados restringen su riesgo al monto de lo aportado, constituye una configuración idónea para estructurar negocios a gran escala. El elemento *intuitu pecuniae* se convierte así en la más sobresaliente característica de las sociedades de capital.*

Las denominadas sociedades de personas, por el contrario, se conciben como estructuras cerradas en las que prevalecen las calidades personales de los asociados. El elemento *intuitu personae* se refleja en los diversos aspectos de su regulación normativa. Desde el momento de su constitución, cualquier elemento que pueda afectar las condiciones personales de la asociación tiene implicaciones sobre los vínculos de los asociados o, inclusive, respecto de la misma viabilidad jurídica de la sociedad. Desde luego, esta misma connotación personalista da lugar a sistemas de administración legal compartidos entre los socios y repercute, entre otras consecuencias, en causales de disolución relacionadas con esos mismos aspectos personales.

El sistema de riesgos para los asociados se caracteriza por una extensión de responsabilidad que envuelve un compromiso del patrimonio personal de los socios en las operaciones que realiza la persona jurídica. De ahí que ellos pueda llamárseles a responder por las deudas adquiridas por el ente social en aquellos casos en que los fondos sociales resultan insuficientes para satisfacer en su integridad el pasivo social externo.

(...)

La sociedad de capital se presenta así como una estructura impersonal en la que el elemento *intuito rei* prevalece en diversas manifestaciones normativas. Como es obvio, su constitución depende del concurso de los aportes de capital, sin que se tenga mayor consideración a los accionistas (...)

Como de maneras reiterada se ha afirmado, aunque la sociedad se comprometa en grandes proyectos para los que se exijan cuantiosas inversiones de capital, los accionistas se mantendrán amparados por la limitación de responsabilidad que restringe su riesgo hasta el monto de lo aportado al fondo social".¹⁷

3.8.6. Claros estos aspectos, y que sirvieron de fundamento para que Transcribe aceptara la vinculación de la Organización Suma S.A.S. en la conformación de Transambiental, es menester concatenarlos con lo establecido en la Ley 80 de 1993 y el pliego de condiciones de la selección abreviada SA-MC-007 de 2014.

3.8.7. El pliego de condiciones previó como requisito habilitante para la Alternativa 1, lo siguiente:

"4.1.1.3.1 Composición de la Estructura Societaria del Proponente: Alternativa 1 de Presentación de la Oferta

Esta alternativa prevé la posibilidad de presentar propuesta sin contar con participación de actores actuales de la operación del transporte público colectivo en la ciudad de Cartagena.

En este escenario, el proponente deberá incluir como miembro del proponente plural (promesa de sociedad futura – promitente socio) o como socio o cooperado del proponente singular (sociedad con objeto único), una persona jurídica cuyo objeto social contemple de manera expresa la prestación del servicio de transporte público de pasajeros, y se encuentre actualmente habilitado por la autoridad de transporte correspondiente del país de origen, fijando un porcentaje de participación mínimo del treinta por ciento (30%) dentro del proponente.

Adicionalmente, deberá acreditar experiencia específica en la prestación del Servicio de Transporte Público Masivo de Pasajeros, en un Sistema de Transporte Masivo que movilice mínimo 300.000 pasajeros pagos por día. La experiencia será acreditada por el miembro del proponente plural o socio o cooperado del proponente singular, en los términos del inciso anterior.

Esta estructura plantea la vinculación de propietarios sólo para efectos de garantizar la adquisición de puntaje por ese concepto, de modo que se

¹⁷ REYES VILLAMIZAR, Francisco. *Derecho Societario*. Segunda Edición. Editorial Temis. Bogotá, 2009. Tomo 1, pp. 21 y ss.

garantiza el cumplimiento de la política de vinculación al nuevo Sistema, de los actuales actores.

Para efectos de adquirir el puntaje que se otorga por este concepto, los propietarios podrán ser: (i) socios del proponente, ya sea de forma directa o a través de personas jurídicas conformadas por éstos como miembro del proponente, o (ii) vinculados con el compromiso irrevocable de desvinculación y desintegración del vehículo incluido en el **Apéndice 5**, sin hacer parte de la estructura societaria del proponente.

Cada propietario podrá asociarse o vincularse únicamente a un solo proponente dentro del presente proceso de selección. En relación con los propietarios que de manera directa o a través de personas jurídicas conformadas por propietarios como miembro del proponente, o con compromiso irrevocable de desvinculación y desintegración sea parte de dos proponentes diferentes, Transcaribe no tendrá en cuenta a ese propietario, para efectos de otorgar puntaje en ninguna de las propuestas en las que sea vinculado. Si el propietario es vinculado por otro proponente para acreditar el cumplimiento del requisito habilitante, conforme a la Alternativa 2, ese propietario no será tenido en cuenta para acreditar el requisito habilitante, por concurrir en dos proponentes diferentes.

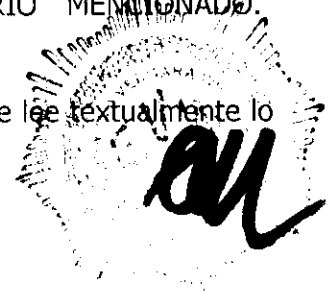
Esta misma regla resulta aplicable cuando el mismo proponente presente propuesta para dos concesiones de manera principal: deberá acreditar el número mínimo de propietarios a partir de los cuales se otorgará el puntaje, de manera independiente para cada una de las concesiones a las cuales busca acceder de manera principal." (Subrayado fuera del texto)

3.8.8. De acuerdo con la exigencia del pliego de condiciones, la vinculación del miembro del proponente debía ser con *—una persona jurídica cuyo objeto social contemple de manera expresa la prestación del servicio de transporte público de pasajeros, y se encuentre actualmente habilitado por la autoridad de transporte correspondiente del país de origen—*.

3.8.9. El objeto social de la ORGANIZACIÓN SUMA S.A.S., prevé lo siguiente:

"LA SOCIEDAD TIENE POR OBJETO ÚNICO O EXCLUSIVO EL DESARROLLO DE LAS SIGUIENTES ACTIVIDADES: A) OPERAR LA CONCESIÓN, CUYO OBJETO SERÁ LA EXPLOTACIÓN PREFERENCIAL Y NO EXCLUSIVA, DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE DE PASAJEROS DENTRO DEL ESQUEMA DEL SITP: 1) USAQUEN, 2) ENGATIVÁ, 3) FONTIBÓN, 4) SAN CRISTOBAL, 5) SUBA ORIENTAL, 6) SUBA CENTRO, 7) CALLE 80, 8) TINTAL – ZONA FRANCA, 9) KENNEDY, 10) BOSA, 11) PERDOMO, 12) CIUDAD BOLÍVAR Y 13) USME, PARA LAS ZONAS QUE RESULTE ADJUDICATARIO. B) LA SOCIEDAD FUE CONSTITUIDA CON EL ÚNICO OBJETO DE PARTICIPAR EN LA LICITACIÓN PÚBLICA 004 DE 2009, Y SU OBJETO SOCIAL EXCLUSIVO ES LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE MASIVO EN LA CIUDAD DE BOGOTÁ, TENIENDO LA CAPACIDAD PARA PRESENTAR LA PROPUESTA, SUSCRIBIR EL CONTRATO DE CONCESIÓN QUE SE DERIVE DE ESTA LICITACIÓN Y, EN GENERAL REALIZAR TODOS LOS DEMÁS ACTOS NECESARIOS EN CASO DE RESULTAR ADJUDICATARIO DEL PROCESO LICITATORIO MENCIONADO."
(Negrilla fuera del texto)

3.8.10. En el mencionado certificado de existencia y representación legal, se lee textualmente lo siguiente:



"EN DESARROLLO DE SU OBJETO SOCIAL, LA SOCIEDAD PODRÁ

(...)

B) CELEBRAR CONTRATOS DE SOCIEDAD Y TOMAR INTERÉS O PARTICIPACIÓN EN OTRAS SOCIEDADES EMPRESAS O ASOCIACIONES

(...)

G) PARTICIPAR EN LICITACIONES PÚBLICAS O PRIVADAS, O EN CONCURSOS DE MÉRITO, PUDIENDO CONSTITUIR CONSORCIOS O UNIONES TEMPORALES O CUALQUIER OTRA FORMA DE ASOCIACIÓN O COLABORACIÓN EMPRESARIAL.

H) FORMAR PARTE COMO SOCIA DE OTRAS SOCIEDADES O ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO QUE SEAN COMPLEMENTARIAS O ACCESORIAS DEL OBJETO PRINCIPAL O QUE COMPENDAN ACTIVIDADES QUE FACILITEN O SEAN INDISPENSABLES PARA SU DESARROLLO.

I) CELEBRAR CONTRATOS CIVILES O ADMINISTRATIVOS CON PERSONAS NATURALES O JURÍDICAS SEAN ESTAS DE DERECHO PRIVADO O DE DERECHO PÚBLICO, CONVENIENTES PARA EL LOGRO DE LOS FINES SOCIALES.

(...)"

3.8.11. De acuerdo con lo anterior, revisando armónicamente el requisito del pliego de condiciones, con la capacidad jurídica del miembro del proponente singular, es claro que la sociedad Organización Suma S.A.S., concurrió válidamente a la suscripción del contrato de sociedad que dio origen al proponente Transambiental S.A.S.

3.8.12. En ese sentido, es claro que la Organización Suma S.A.S. aportó la experiencia en prestación del servicio de transporte, sin que por ello pueda entenderse que entrará a prestar el servicio en la ciudad de Cartagena, porque (i) su objeto único se lo impide y (ii) porque esa actividad la desarrolla Transambiental.

3.8.13. Frente a las disposiciones de la Ley 80 de 1993, cobran relevancia dos de ellas: (i) la del parágrafo 3º del artículo 7º, y (ii) el literal i) del numeral 1º del artículo 8º.

3.8.14. En relación con la primera disposición, se determina que:

"ART. 7º – **De los Consorcios y Uniones Temporales.** Para los efectos de esta ley se entiende por:

1. Consorcio:

Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en el desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.

(...)

PARÁGRAFO 3º.- En los casos en que se conformen sociedades bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal, la responsabilidad y sus efectos se regirá por las disposiciones previstas en esta ley para los consorcios."

3.8.15. Claramente, la disposición refiere a la ejecución del contrato, así como al efecto de la responsabilidad en punto a que recaerá sobre cada uno de los integrantes de la sociedad de objeto único que se constituye, a diferencia de lo que ocurre en las Uniones Temporales, en las cuales la responsabilidad y el efecto de ella recae en el miembro que la origina.

3.8.16. Esa disposición debe leerse en concordancia con lo previsto en el literal i) del numeral 1º del artículo 8º de la mencionada Ley, y según la cual:

"ART. 8º – De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar:

1. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

i) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria."

3.8.17. El efecto del incumplimiento estaría determinado por el régimen que limita el tipo societario, esto es, hasta los aportes de los accionistas, por expresa disposición legal. En cuanto a los efectos frente a la responsabilidad, la ley determina el efecto de inhabilidad para los socios de las sociedades de personas que den lugar a la declaratoria de caducidad, así como de las sociedades en las cuales ellas formen parte con posterioridad a la declaratoria de caducidad.

3.8.18. De acuerdo con la norma del artículo 3º de la Ley 1258 de 2008, las sociedades por acciones simplificadas son de capitales, por oposición a las sociedades de personas. Así, en el evento en que se declare la caducidad a la sociedad Transambiental, la inhabilidad prevista en el artículo 8º de la Ley 80 de 1993, no sería aplicable a los socios de Transambiental, porque no es sociedad de personas, sino de capitales.

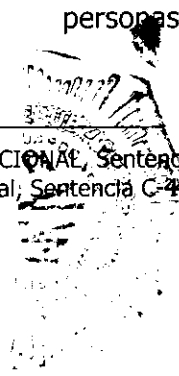
3.8.19. Al respecto, debe recordarse que las inhabilidades e incompatibilidades son taxativas y de interpretación restrictiva. Así lo ha reconocido la Corte Constitucional¹⁸ al indicar que:

"5.5. Sobre el alcance y contenido del régimen de inhabilidades previsto para quienes aspiran a celebrar contratos con el Estado, la Corte¹⁹ ha dicho:

"El carácter reconocidamente taxativo y restrictivo de este régimen y el de las correlativas nulidades, obedece a la necesidad de salvaguardar el interés general ínsito en la contratación pública de manera que implique el menor sacrificio posible al derecho de igualdad y de reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes aspiran a contratar con el Estado. Es evidente que si la restricción legal (incompatibilidad o inhabilidad) no se sustenta en ninguna necesidad de protección del interés general o ésta es irrazonable o desproporcionada, en esa misma medida pierde justificación constitucional como medio legítimo para restringir, en ese caso, el derecho a la igualdad y el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas que resultan rechazadas del ámbito contractual del Estado".

¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-353 de 2009.

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-445 de 1994.



- 3.8.20. Por lo anterior, los alegatos de los Demandantes en este punto tampoco pueden ser de recibo, por lo que deben rechazarse.
- 3.8.21. Ahora, y si, sólo en el caso hipotético, aceptásemos que la Organización Suma no tenía capacidad, por su objeto social, de participar en el proceso de selección SA-MC-007 de 2014, es de resaltar que dicho vicio sería objeto de nulidad relativa, de acuerdo con lo establecido en los artículos 44 y 46 de la Ley 80 de 1993.
- 3.8.22. En efecto, dentro de las causales enunciadas en el artículo 44 como de nulidad absoluta, no se menciona que un proponente no tenga capacidad estatutaria para participar. Del mismo modo, y de acuerdo con la normatividad civil, la falta de capacidad es motivo de nulidad relativa, toda vez que no se trata de una persona absolutamente incapaz (art. 1741 del Código Civil).
- 3.8.23. La nulidad relativa, de acuerdo con el artículo 46 de la Ley 80 de 1993, puede sanearse por ratificación expresa de los interesados o por el transcurso de dos (2) años contados a partir de la ocurrencia del hecho generador del vicio. En la misma línea, el artículo 1743 del Código Civil establece que: “[l]a nulidad relativa no puede ser declarada por el juez o prefecto sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el Ministerio Público en el solo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquéllos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso de tiempo o por ratificación de las partes”.
- 3.8.24. En el caso que nos ocupa, tenemos lo siguiente:
- (i) Los Demandantes **NO** están legitimados para pedir la nulidad relativa, porque ella sólo puede ser alegada por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, y ya vimos que los Demandantes no están instituidos para ello porque son terceros ajenos a la relación contractual y tampoco tienen un interés directo en ello.
 - (ii) Si bien Organización Suma S.A.S. era accionista de Transambiental en el momento de la presentación de la propuesta, es de resaltar que el 6 de octubre de 2015 cedió todas sus acciones a SI03 S.A., lo cual fue autorizado y puede ser corroborado por Transcribe.
 - (iii) De otro lado, es menester señalar que el supuesto vicio de nulidad relativa **NO** fue alegado por los Demandantes, por lo que no puede ser declarado de oficio por el Tribunal.
 - (iv) Finalmente, es de resaltar que, en cualquier caso, el vicio quedó saneado porque dentro de los dos años siguientes no fue alegado, por lo que se entiende saneado, de acuerdo con las formas de saneamiento establecidas en el artículo 46 de la Ley 80 de 1993.

3.8.25. En consecuencia, tampoco puede prosperar la pretensión de la demanda por este hecho.

3.9. El Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá como Transporte Masivo

- 3.9.1. Para dar respuesta a la observación resulta relevante tener en cuenta las disposiciones del Decreto 3109 de 1997, por el cual se reglamenta la habilitación, la prestación del servicio público de transporte masivo de pasajeros y la utilización de los recursos de la Nación.
- 3.9.2. El artículo 3º del mencionado Decreto define el transporte masivo de pasajeros en los siguientes términos:

"Artículo 3º.- Se entiende por transporte masivo de pasajeros el servicio que se presta a través de una combinación organizada de infraestructura y equipos, en un sistema que cubre un alto volumen de pasajeros y da respuesta a un porcentaje significativo de necesidades de movilización"

3.9.3. Desarrollando lo anterior, fue expedido el Decreto 309 de 2009, por medio del cual se adopta el Sistema Integrado de Transporte Público para Bogotá D.C. Los artículos 1, 2 y 3 señalan lo siguiente:

"Artículo 1º.- Adopción del Sistema Integrado de Transporte Público. Adóptese el SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE PÚBLICO -en adelante el SITP- como sistema de transporte público distrital en la ciudad de Bogotá. En el marco del presente Decreto se establecen acciones para: la articulación, vinculación y operación integrada de los diferentes modos de transporte público; las instituciones o entidades creadas para la planeación, la organización, el control del tráfico y el transporte público; así como para la infraestructura requerida para la accesibilidad, circulación y el recaudo, control e información y servicio al usuario del sistema.

Parágrafo.- La integración de los diferentes modos de transporte público en el radio de acción distrital, iniciará con el transporte público colectivo urbano de pasajeros y el masivo actual. Posteriormente y de acuerdo con el cronograma que se defina por la Secretaría Distrital de Movilidad, con el apoyo de las instancias de coordinación interinstitucional definidas por el Alcalde Mayor, se integrará el transporte férreo, los otros modos de transporte y los demás componentes establecidos en el artículo 14 del Decreto Distrital 319 de 2006. Este cronograma deberá ser revisado y ajustado periódicamente de conformidad con los resultados de los estudios previos y con el desarrollo de ejecución de las obras.

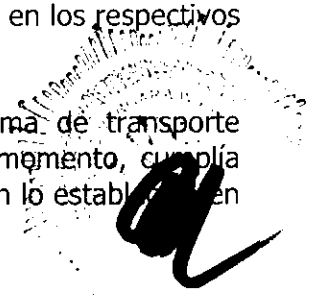
Artículo 2º.- Eje Estructurante. De conformidad con lo establecido en el Plan Maestro de Movilidad, el SITP es el eje estructurante del sistema de movilidad en Bogotá. En consecuencia, para todos los efectos se considerará prioritario para la ciudad su desarrollo, expansión e implantación. Dicha prioridad será criterio esencial para la adopción de las decisiones asociadas a la definición, desarrollo e implementación de políticas de transporte e infraestructura vial de la ciudad.

Artículo 3º.- Régimen Aplicable. **El SITP de Bogotá, D.C., se estructurará** con base en las estipulaciones del Plan Maestro de Movilidad y **bajo las condiciones previstas en la regulación del transporte masivo, sus normas reglamentarias, modificatorias y el presente acto administrativo.**

En consecuencia, el acceso al servicio público que se prestará a través del SITP requerirá, en todos los casos, de la celebración de contratos de concesión, adjudicados en licitación pública, bajo las reglas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública vigente.

Las condiciones en materia de organización, capacidad financiera, capacidad técnica y de seguridad a que se refiere el artículo 11 de la Ley 336 de 1996 y el Decreto Nacional 3109 de 1997, deberán incluirse con precisión en los respectivos pliegos de condiciones".

3.9.4. Las normas transcritas permiten identificar al SITP como un sistema de transporte masivo, por lo que se entiende que la certificación aportada, en su momento, cumplía con la prestación del servicio en este sistema, y, por ende, cumplía con lo establecido en el pliego de condiciones.



- 3.9.5. En concordancia con lo antes expuesto, el Subgerente económico de Transmilenio S.A. aclaró que el SITP es uno solo, el cual absorbió las operaciones del Subsistema Transmilenio, fase I y fase II, el cual ya había iniciado en el año 2001 como un único sistema; en el año 2012 inicio operaciones el SITP.
- 3.9.6. En adición a lo anterior, se incluyen los apartes relevantes de los estudios previos que sustentaron la licitación TMSA-LP-004 de 2009, y cuyo objeto consistía en: *"El objeto de la licitación es seleccionar las propuestas más favorables para la adjudicación de trece (13) contratos de concesión, cuyo objeto será la explotación preferencial y no exclusiva, de la prestación del servicio público de transporte de pasajeros dentro del esquema del SITP: 1) USAQUÉN, 2) ENGATIVÁ, 3) FONTIBÓN, 4) SAN CRISTÓBAL, 5) SUBA ORIENTAL, 6) SUBA CENTRO, 7) CALLE 80, 8) TINTAL – ZONA FRANCA, 9) KENNEDY, 10) BOSA, 11) PERDOMO, 12) CIUDAD BOLÍVAR Y 13) USME, que se definen en el Anexo 1 – Resumen Ejecutivo Diseño de Operación del Sistema, que hace parte del Anexo Técnico – Detalle y descripción del objeto del contrato, sus características y condiciones técnicas, documento que hace parte del pliego de condiciones"*.
- 3.9.7. En este documento, en punto a la justificación jurídica²⁰, se indicó lo siguiente:

"4. JUSTIFICACIÓN JURÍDICA DE LA NECESIDAD.

4.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA.

El Sistema Integrado de Transporte Público desarrolla derechos que tienen especial protección constitucional, como son: la vida, la dignidad humana, la solidaridad, la prevalencia del interés general, la libre locomoción, el goce de un medio ambiente sano y el uso racional del espacio público.

La protección de estos derechos constituye el pilar fundamental para el desarrollo del Sistema Integrado de Transporte Público, precisamente porque la connotación de servicio público esencial que se le asigna al transporte, obliga al Estado a garantizar su prestación en condiciones que amparen los derechos anotados.

Adicionalmente, el artículo 13 del Plan Maestro de Movilidad, define claramente que el objeto del Sistema Integrado de Transporte Público, es el cumplimiento de dichos derechos: "El Sistema Integrado de Transporte Público tiene por objeto garantizar los derechos de los ciudadanos al ambiente sano, al trabajo, a la dignidad humana y a la circulación libre por el territorio, mediante la generación de un sistema de transporte público de pasajeros organizado, eficiente y sostenible para perímetro urbano de la ciudad de Bogotá."

La Corte Constitucional ha mantenido una línea jurisprudencial uniforme, en el sentido de señalar que en el servicio de transporte público deben primar los derechos constitucionales que se involucran y el interés general, sobre cualquier otro interés particular. En la Sentencia C-043-98, sostuvo lo siguiente:

"(...) la ley 336 de 1996, "por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Transporte", en armonía con la ley 105 de 1993, le otorga 'El carácter de servicio público esencial...' y resalta la prelación del interés general sobre el particular, especialmente en lo que tiene que ver con la garantía de la prestación del servicio y la protección de los usuarios, conforme a los derechos y obligaciones establecidas en la Constitución, la ley y los reglamentos". (...)

"(...) al igual que ocurre con el contrato estatal de concesión de servicios públicos, la Administración goza de ciertos derechos y prerrogativas que lo

²⁰ Este documento puede consultarse en el siguiente enlace del SECOP, Portal de Contratación Pública del Estado Colombiano: <https://www.contrato5.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=17.12-002742>

beneficiarios de las mismas como son, entre otros: 1) el derecho a introducir las modificaciones que considere necesarias para obtener una mejor organización y funcionamiento del servicio; 2) el derecho a exigir al operador del servicio la adaptación del mismo a las nuevas demandas o conveniencias para los usuarios; 3) la prerrogativa de vigilancia y control sobre la actividad desarrollada, el cual se justifica por el interés público que aquella involucra, y que, finalmente, origina el otorgamiento de la licencia; 4) el derecho a exigir del operador del servicio el cumplimiento debido y la ejecución del mismo, 5) el derecho a revocar la licencia de funcionamiento antes de cumplirse el plazo estipulado, por razones de interés público o por circunstancias previamente definidas en la Constitución, la ley o los reglamentos”.

“(…) Así entonces, tratándose del servicio público de transporte, en el que se encuentran comprometidos derechos constitucionales fundamentales como la vida y la integridad personal de los usuarios y, en general, el interés público, la autorización inicial de los organismos estatales de control no puede ser inmodificable. (…)

De igual forma, la Corte Constitucional en la providencia T-354 de 1994, frente a la forma de prestación del servicio de transporte en Bogotá, sostuvo que ésta no se venía realizando adecuadamente y que las autoridades tienen una enorme responsabilidad frente a este hecho, por la importancia de los derechos constitucionales que se encuentran amenazados.

“A los enunciados principios superiores no escapa, entonces, la prestación del servicio público del transporte colectivo urbano, objeto del proceso, máxime si se tiene en cuenta que se trata de una actividad de suyo riesgosa, en la que los descuidos en las funciones de vigilancia y control de competencia de las autoridades públicas pueden representar atentado a la vida y la integridad de las personas.

La obligación estatal de protección -que se establece de manera genérica en el Preámbulo de la Carta, al señalar que uno de los propósitos de su vigencia es precisamente el de asegurar la vida a los integrantes de la comunidad, y que está desarrollada en diversas normas constitucionales adquiere una mayor dimensión tratándose de actividades peligrosas, como es el caso del servicio público de transporte masivo o colectivo, pues en tal evento corresponde a la autoridad competente proveer todas las condiciones necesarias para que dicha actividad no rebase los límites de riesgo, de por sí implícito en ella. (…)

La locomoción de quienes se ven obligados a tomar el servicio que nos ocupa no debe convertirse, como de hecho sucede en la actualidad, en una aventura diaria de supervivencia, en donde el usuario se encuentra en condiciones de indefensión manifiesta ante una situación de inseguridad de la cual sería responsable el Estado si no asume de manera seria y efectiva la grave responsabilidad de vigilancia que le compete.”

En la Sentencia C-490/95, la Corte reiteró la obligación fundamental de las autoridades de garantizar la seguridad de los usuarios en la prestación del servicio de transporte público, en el mismo sentido de la sentencia anteriormente citada: “El transporte colectivo urbano es un servicio público inherente a la finalidad social del Estado, y es deber de éste asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, según lo dispone el artículo 365 de la Carta Política, norma ésta que, a su vez, resalta el hecho de que a las autoridades les corresponde mantener la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios, (...) precisamente en aras de la seguridad de los usuarios de este servicio público.”

En igual orden de ideas, el Consejo de Estado, mediante fallo del 26 de abril de 2007 del Consejo de Estado, (25000 2324 000 2003 00834 02) también se pronunció sobre la obligación de las autoridades distritales en torno a la prestación eficiente del servicio público de transporte: "El hecho de que los servicios públicos puedan ser prestados por particulares, no los hace perder su naturaleza, ni los excluye del control que les corresponde. En ese orden, el Distrito Capital en cuanto expresión orgánica y funcional del Estado, y en la medida en que un servicio público esté determinado o delimitado por el ámbito o jurisdicción de su territorio y su respectiva población, cabe decir que está a cargo del Distrito Capital, tiene legalmente el deber de asegurar su prestación eficiente (...)."

Por otra parte, es importante señalar que el Plan Maestro de Movilidad, pretende a través del SITP, lograr una movilidad segura, equitativa, inteligente, articulada, respetuosa del medio ambiente, institucionalmente coordinada, y financiera sostenible, lo cual coincide plenamente con el derecho a la libertad de circulación, ya que dicho derecho no se constituye en un derecho aislado, por el contrario, éste guarda conexidad material con los derechos constitucionales mencionados anteriormente, porque de su concreción depende el mejoramiento de las condiciones de vida de los habitantes del Distrito Capital.

"La política sobre sistemas de servicio público urbano de transporte masivo de pasajeros deberá orientarse a asegurar la prestación de un servicio eficiente que permita el crecimiento ordenado de las ciudades y el uso racional del suelo urbano con base en los siguientes principios: i) desestimular la utilización superflua del automóvil particular, ii) mejorar la eficiencia en el uso de la infraestructura vial mediante la regulación del tráfico y iii) promover la masificación del transporte público a través del empleo de equipos eficientes en el consumo de combustibles y el espacio público." Corte Constitucional, Sentencia C-568 de 2003.

"A través de una adecuada organización del servicio público de transporte terrestre, se busca garantizar el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, así como propender por la protección a la vida de todas las personas residentes en Colombia". Corte Constitucional, Sentencia C-408-04.

En síntesis, el objetivo del Sistema Integrado de Transporte Público, frente al mejoramiento de las condiciones en que se viene prestando el servicio público de transporte colectivo en Bogotá, en aras de proteger los derechos constitucionales de los ciudadanos, coincide plenamente con los pronunciamientos jurisprudenciales que han efectuado los máximos tribunales citados y obliga a las autoridades distritales a garantizar una movilidad racional, planificada, respetuosa de la vida, el medio ambiente y la infraestructura pública, lo cual se pretende lograr mediante el proceso de implantación del SITP, en el cual la selección de operadores que nos ocupa es uno de los primeros y más fundamentales componentes.

4.2. LEY 105 DE 1993

Por medio de esta ley se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones sobre funciones, responsabilidades, infraestructura y recursos para el transporte.

4.3. ESTATUTO NACIONAL DEL TRANSPORTE – LEY 336 DE 1996

El Estatuto Nacional del Transporte establece como prioridad esencial del Estado, la protección de los usuarios, al tiempo que le ordena exigir y verificar las condiciones de

seguridad, comodidad y accesibilidad, dándole prioridad a la utilización de medios de transporte masivo.

4.4. PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL – DECRETO 190 DE 2004.

El Distrito Capital en julio de 2000, adoptó el Plan de Ordenamiento Territorial – POT mediante el Decreto 619 de 2000, como instrumento de planificación de la ciudad-región y ordenamiento físico del territorio a mediano y largo plazo garantizando la sostenibilidad ambiental, económica y fiscal del Distrito Capital. Mediante el Decreto 469 de 2003, se realizó la revisión y modificación al Decreto 619 de 2000 y finalmente mediante el Decreto 190 de 2004 normatividad vigente, se compilaron las disposiciones contenidas en los Decretos Distritales 619 de 2000 y 469 de 2003.

Según el artículo 45 del Decreto 190 de 2004, los planes maestros constituyen el instrumento de planificación del primer nivel de jerarquización en el marco de la estrategia de ordenamiento de la ciudad-región y permiten definir las políticas objetivos, estrategias y proyectos de inversión sectorial en el corto, mediano y largo plazo.

El Sistema de Movilidad según lo establecido en el artículo 19, integra de manera jerarquizada e interdependiente los modos de transporte de personas y carga con los diferentes tipos de vías y espacios públicos de la ciudad y el territorio rural, y está conformado según lo establecido en el Artículo 164, por los subsistemas vial, de transporte, de regulación y control del tráfico y vial peatonal.

El subsistema vial está compuesto por la malla vial arterial, intermedia y local, alamedas y pasos peatonales, red de ciclorrutas y corredores de movilidad local y malla vial rural.

El subsistema de transporte está compuesto por la red de transporte masivo Metro, la red de corredores troncales de buses y sus rutas alimentadoras, la red de transporte público colectivo, el tren de cercanías, el transporte individual público y privado, la red de estacionamientos públicos en vía y fuera de vía de propiedad pública, privada o mixta, los terminales de pasajeros de transporte urbano e interurbano, los terminales de carga y los aeropuertos El Dorado y Guaymaral.

El subsistema de regulación y control del tráfico está compuesto por los centros de control de tráfico, la red de semaforización y los sistemas tecnológicos de vigilancia y control de la operación del tráfico.

El subsistema vial peatonal está compuesto por los andenes, plazas, parques, cruces peatonales, puentes peatonales y senderos.

4.5. PLAN MAESTRO DE MOVILIDAD – DECRETO 319 DE 2006.

El Plan Maestro de Movilidad fue concertado con las entidades involucradas en el tema: Instituto de Desarrollo Urbano – IDU, Departamento Administrativo de Planeación Distrital -DAPD, TRANSMILENIO S.A., Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público – DADEP, Terminal de Transporte S.A., Secretaría de Obras Públicas y el Departamento Administrativo del Medio Ambiente – DAMA, y se articuló con los demás planes maestros de la ciudad.

Igualmente, incluyó un proceso de participación permanente con la ciudadanía en general (academia, sector privado, expertos en movilidad, etc.) y con el sector transporte en particular (gremios de empresas, propietarios y conductores de servicio público colectivo, servicio público individual y transporte de carga).

A faint map of Bogotá is visible in the lower-left quadrant of the page. To its right, there is a large, dark, handwritten signature or stamp that appears to be a stylized 'OL' or similar initials.

El Plan Maestro de Movilidad se adoptó mediante el Decreto Distrital 319 del 15 de agosto de 2006, el cual se complementa con el documento técnico de soporte dividido en 18 capítulos.

Este Plan Maestro tuvo por objeto concretar las políticas, estrategias, programas, proyectos y metas relacionados con la movilidad del Distrito Capital, y establecer las normas generales que permitan alcanzar una movilidad segura, equitativa, inteligente, articulada, respetuosa del medio ambiente, institucionalmente coordinada, y financiera y económicamente sostenible para Bogotá y para la Región.

En su articulado establece los siguientes objetivos: Contribuir al aumento de la productividad y competitividad de la región Bogotá Cundinamarca; mejorar la accesibilidad y conectividad de los sectores periféricos y rurales de la ciudad, con las distintas centralidades y el centro de la ciudad; contribuir al crecimiento inteligente considerando la interacción entre los usos del suelo y los modos de transporte de tal forma que se mejore la accesibilidad en concordancia con la descentralización de las grandes unidades de servicios y equipamientos; priorizar los subsistemas de transporte más sostenibles, como el transporte público o el transporte no motorizado (peatonal o bicicleta); articular en forma eficiente y competitiva los subsistemas vial, de transporte y de regulación y control del tráfico con tecnologías apropiadas; garantizar la seguridad vial a los diferentes grupos poblacionales, especialmente a los más vulnerables; articular mediante intercambiadores modales los diversos modos de transporte urbano e interurbano de pasajeros con el fin de optimizar los flujos de tráfico y de privilegiar aquellos modos menos contaminantes del medio ambiente; promover el funcionamiento logístico de la Ciudad-Región mediante acciones coordinadas entre actores públicos y privados para el desarrollo de centros logísticos, y soluciones viales así como estrategias para el reordenamiento del suelo de uso industrial; reducir los niveles de contaminación ambiental por fuentes móviles e incorporar criterios ambientales para producir un sistema de movilidad eco-eficiente; garantizar niveles de coordinación institucional entre las entidades responsables de la planeación, operación y control que respondan a los objetivos de un sistema regional de movilidad competitivo y articulado; conformar un modelo de gestión que propicie la participación de los diferentes actores institucionales y de la sociedad; adoptar el enfoque basado en procesos en las diversas actuaciones que desarrollen las entidades públicas distritales, quienes presten servicios a éstas, y los particulares cuyas funciones se relacionen con la movilidad; procurar la sostenibilidad financiera y de recursos para los proyectos del Plan Maestro de Movilidad; promover mecanismos de retribución o contribución por los impactos derivados de la movilidad.

El Plan establece también las prioridades que deberán atender las autoridades distritales al ejecutar acciones sobre la infraestructura vial y vial peatonal (diseño, intervención, mantenimiento, reparación o construcción), sobre la base de criterios de jerarquización vial que incluyen aspectos relacionados con los usos del suelo, el diseño geométrico, normas de tránsito, entre otros.

En lo que respecta al transporte público, ordena un proceso de integración operacional, tarifario e institucional de acuerdo con los principios constitucionales de coordinación y complementariedad, logrando una unidad física para los usuarios del transporte, que les garantice el acceso al servicio en condiciones de óptima calidad, economía y eficiencia. Para lograr dichos niveles de calidad y mejoramiento del servicio, se requiere a través de estudios técnicos definir la jerarquización de rutas, la definición del proceso de modernización de los equipos de transporte, la definición de infraestructura, la adopción del sistema tarifario y la integración del recaudo.

Así mismo ordena garantizar la integración del transporte colectivo, estableciendo condiciones objetivas que garanticen la democratización del sistema, la participación de propietarios de vehículos de servicio público en las empresas operadoras y la sostenibilidad de la composición accionaria de dichas empresas.

Se ordena el establecimiento de medidas para suprimir la sobreoferta de transporte público colectivo, y como aspecto importante de alto impacto social y económico se ordena capacitar a los propietarios registrados de vehículos de servicio público colectivo, en todos aquellos aspectos necesarios para concurrir de manera efectiva a la operación del sistema integrado de transporte público.

El Plan Maestro de Movilidad también contempla estrategias para racionalización del servicio, sistemas de control para la sobreoferta, para la prestación del servicio de manera ilegal y esquema tarifario para el transporte individual tipo taxi, así como programas y estrategias para el mejoramiento y control del transporte de carga y un amplio capítulo para la promoción del transporte no motorizado. Igualmente se establece la posibilidad actual y/o futura de articular los modos férreos: tren de cercanías y metro.

De igual forma establece como estrategia, la integración técnica, operativa y tarifaria entre las diferentes modalidades del transporte público colectivo e integrar el transporte público colectivo con el masivo, conformando el sistema integrado de transporte público y facilitando el intercambio modal. Así, el SITP integrará el Sistema TRANSMILENIO, el actual transporte público colectivo, el transporte público individual y será complementado por la red de intercambiadores modales, la red de estacionamientos, la red de peajes y el componente férreo. No obstante, en su primera fase, esta labor se limitará a la integración del actual sistema de transporte público colectivo al sistema de transporte masivo – TRANSMILENIO.

Toda la integración se conoce con el nombre de Sistema Integrado de Transporte Público, como se ha mencionado a lo largo del presente documento, el cual comprende las acciones para la articulación, vinculación y operación integrada de los diferentes modos de transporte público, las instituciones o entidades creadas para la planeación, la organización, el control del tráfico y el transporte público, así como la infraestructura requerida para la accesibilidad, circulación y el recaudo del sistema.

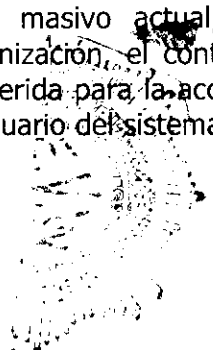
El Plan Maestro de Movilidad definió el objeto y alcance del denominado Sistema Integrado de Transporte Público "SITP", que corresponde a garantizar los derechos de los ciudadanos al ambiente sano, al trabajo, a la dignidad humana y a la circulación libre por el territorio, mediante la generación de un sistema de transporte público de pasajeros organizado, eficiente y sostenible para el perímetro urbano de la ciudad de Bogotá.

4.6. DECRETO 486 DE 2006.

Desarrolla lo previsto en el Plan Maestro de Movilidad, en el sentido de asignarle a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio – TRANSMILENIO S.A., la responsabilidad por la integración, evaluación y seguimiento de la operación del Sistema Integrado de Transporte Público – SITP y adelantar los procesos de selección necesarios para poner en marcha la integración del transporte colectivo con el actual sistema de transporte público masivo, bajo las condiciones previstas en la Ley 310 de 1996 y sus normas reglamentarias y modificatorias, especialmente el Decreto 3109 de 2007.

4.7. DECRETO 309 DE 2009.

Este Decreto distrital adopta el Sistema Integrado de Transporte Público - SITP/ como el sistema de transporte público en la ciudad de Bogotá, que integra el transporte colectivo y el masivo actual, las instituciones o entidades creadas para la planeación, la organización, el control del tráfico y el transporte público, así como la infraestructura requerida para la accesibilidad, circulación y el recaudo, control e información y servicio al usuario del sistema.



Entre los principales lineamientos para la implementación del SITP, establece que éste funcionará bajo un modelo de delegación por zonas operacionales y operará de acuerdo con una arquitectura de rutas jerarquizadas, la cual comprende los elementos de infraestructura complementarios requeridos para la prestación del servicio como terminales, estaciones y paraderos, así como la forma de integración y las características básicas de tipología vehicular.

De igual forma crea el Subsistema Integrado de Recaudo, Control, Información y servicio al usuario -SIRCI entendido como el conjunto de software, hardware y demás componentes que permiten la gestión y operación del subsistema de recaudo, de los centros de control, del subsistema de información y servicio al usuario, la consolidación de la información y la conectividad de la totalidad del SITP.

El Decreto también asegura que la prestación del servicio público de transporte, se efectuará mediante la celebración de contratos de concesión adjudicados en licitación pública, bajo las reglas del estatuto de contratación estatal vigente, teniendo como máxima autoridad a la Secretaría Distrital de Movilidad y como ente gestor a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio - TRANSMILENIO S.A.

De igual forma ordena la revocatoria de los permisos de operación otorgados actualmente a las empresas de transporte público colectivo, una vez sean reemplazados por las nuevas zonas de operación del SITP, de manera gradual.

Un tema muy importante es el relacionado con la democratización del sistema. El decreto ordena establecer las condiciones para que se propicie la participación del mayor número posible de actores actuales del transporte colectivo, tales como empresarios, propietarios de vehículos y conductores.

Finalmente establece que el SITP funcionará con una tarifa integrada, fijada por el Alcalde Mayor, la cual será sostenible, abarcará los costos de los servicios de alta, media y baja capacidad que se incorporen al SITP y responderá a la capacidad de pago promedio de los usuarios."

Como se ve de lo anterior, claramente el Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá refiere a la integración del transporte público colectivo con el masivo, donde se adoptan la modalidad de prestación como este último; de ahí que fuera aceptada la experiencia que se acreditó por parte de Transambiental. La prestación del servicio se hace mediante el suministro de buses individuales que prestan servicios en carriles mixtos, así como en carriles exclusivos para el transporte masivo que no sólo corresponden a las Fases I y II de Transmilenio.

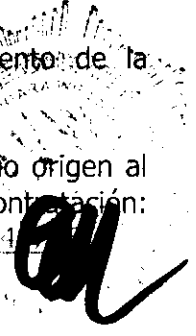
3.10. Genérica

En general, cualquier otra que resulte probada en el proceso, en los términos previstos en el artículo 282 del Código General del Proceso. De acuerdo con ello, solicitamos al Tribunal reconocer cualquier otra excepción que encuentren probada dentro del presente proceso.

4. Pruebas

Solicito que se tengan como pruebas las que aporte Transcribe en cumplimiento de la obligación establecida en el parágrafo 1º del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011.

Igualmente, es de resaltar que toda la información del proceso de selección que dio origen al Contrato de Concesión puede consultarse en el siguiente link del Portal Único de Contratación: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=14-11-284>



5. Anexos


Se aportan los siguientes:

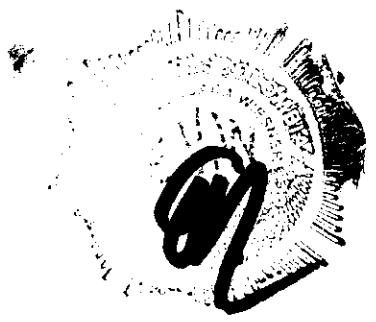
- 5.1. Poder para actuar en representación de Transambiental.
- 5.2. Certificado de existencia y representación legal de Transambiental.
- 5.3. Acta de Junta Directiva No. 021 de Transambiental.

6. Notificaciones

- 6.1. Transambiental recibirá notificaciones en el Patio Portal Transcribe, Urbanización Anita Diagonal 35 # 71 - 77 de Cartagena, teléfono 6930168, y correos electrónicos: contactenos@transambiental.com.co y sandra.fortaleza@transambiental.com.co.
- 6.2. Como apoderado de Transambiental, recibiré notificaciones en la Carrera 7 No. 77 - 07 oficina 501 de la ciudad de Bogotá D.C., y correos electrónicos lorena.diaz@transambiental.com.co; lopez@astrolena.com.

Del Honorable Tribunal,


JOSÉ IGNACIO LEIVA GONZÁLEZ
 C.C. 79.520.588 de Bogotá
 T.P. 75.388 del C.S. de la J. †



16
Notaría

NOTARÍA DIECISEIS DEL CÍRCULO DE BOGOTÁ D.C.

RECONOCIMIENTO DE CONTENIDO Y FIRMA

Del Circuito de Bogotá

Ante mí, EDUARDO VERGARA WIESNER NOTARIO 16 DE BOGOTÁ D.C., Compareció:

LEIVA GONZALEZ JOSE IGNACIO

Quien se identificó con: C.C. 79520588 y T.P. 75388

y declaró que la firma que aparece en el mismo es suya y que el contenido es cierto. De conformidad con el Art. 68 del Decreto Ley 960 de 1970.

Verifique los datos en:
www.notariaenlinea.com
35BHUWNSZE37OTW6



g54ve4tt3bewe3t

CDS

Bogotá D.C. 16/02/2018 a las 11:37:46 a.m.

EDUARDO VERGARA WIESNER
NOTARIO 16 DE BOGOTÁ D.C.

[Handwritten signature and scribbles]

Se autoriza de conformidad con el artículo 12 del Decreto 2175 de 2017 con respecto al artículo 3º del Decreto de junio de 2015 de firmas registradas despacho sin que en la base de datos Nacional del Estado C.

